



Derecho Procesal Constitucional Transnacional

Juan Carlos Hitters y Juan Manuel Hitters

SUMARIO: I. Encuadre del tema. Antecedentes. Enfoque histórico.— II. La dimensión supranacional del derecho procesal constitucional transnacional.— III. El derecho procesal constitucional transnacional.— IV. Conclusiones.

➔ Con la aparición de la dimensión transaccional del proceso del derecho y de la justicia se han puesto en marcha una serie de rituales, organismos y mecanismos, jurisdiccionales y *quasi* jurisdiccionales, tendientes a proteger al ser humano en cualquier lugar donde se encuentre (*lex universalis*). Alrededor de todo este importante movimiento y a consecuencia del mismo nació esta nueva disciplina: el derecho procesal internacional (o transnacional) de los derechos humanos.

I. Encuadre del tema. Antecedentes. Enfoque histórico(*)

Una de las tendencias evolutivas que tiene su punto de arraigo en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial se ha configurado sin duda en la especial dedicación de los procesalistas, constitucionalistas y comparatistas en abordar la *justicia constitucional*, todo ello con la evidente finalidad de dar mayor protección a ciertas potestades y derechos fundamentales del hombre (1).

Desde entonces se puede advertir la “constitucionalización” de no pocos derechos humanos —como más adelante veremos—, que algunos autores encasillan bajo el nombre de “dimensión constitucional de la justicia”, consistente en la afirmación e individualización de los requisitos mínimos de la equidad y del derecho, resguardados por las cartas magnas y celosamente defendidos por los tribunales constitucionales creados —al principio en Europa— para que dichos criterios axiológicos fueran efectivamente aplicables en la realidad.

Más con posterioridad se consideró que esa vertiente constitucional fue insuficiente, pues

era posible que no pocas prerrogativas naturales e inmanentes a la humanidad cambiaran de destino al traspasar las fronteras. Se pensó por ello en que esas garantías debían gozar de una vigencia limitada, o por decirlo de otro modo, *operativas en cualquier lugar donde se encuentre el beneficiario* (2).

Se pergeñó así lo que luego dio en llamarse la “dimensión transnacional de la justicia”, con la evidente intención de que el resguardo de los derechos humanos logre un nivel supranacional (*lex universalis*), a través de tribunales y organismos especializados (3).

Toda esa profunda revolución debió ser acompañada por la legislación fonal y por supuesto también por el *derecho procesal*.

Es posible señalar que, como consecuencia de ello, se fue recortando a la par en Europa una disciplina jurídica llamada *derecho comunitario*, que rige las relaciones entre el individuo y los Estados, y entre aquél y determinadas organizaciones de tipo supranacional (en el campo económico) (4). Y en paralelo —como no podía ser de otro modo— sobresalió la figura de lo que podemos llamar el *derecho procesal constitucional transnacional*, que reglamentó las garantías y los trámites jurisdiccionales que emanan de los litigios a nivel comunitario (5). De este modo el derecho procesal y el derecho constitucional no han quedado a la zaga en esta colosal transformación, apareciendo entonces una nueva vertiente; el *derecho procesal constitucional transnacional* (6).

Alcalá-Zamora y Castillo estima que ha sido Kelsen quien sentó las bases de esta disciplina (7), que luego fue perfeccionada por Calamandrei (8) y por Couture (9), y revitalizada por Cappelletti (10), Fix-Zamudio (11) y González Pérez (12), entre otros (13). Este último doctrinario estimaba que dicha rama jurídica fue cultivada en España por los constitucionalistas “a espaldas de la técnica procesal” (14), de ahí que es necesario que los procesalistas paren mientes en la necesidad de su conceptualización (15).

La denominación fue mantenida por Couture, Sagüés, González Pérez y Fix-Zamudio, aunque el último en un antiguo e importante trabajo ha rectificado el rumbo, prefiriendo hablar de *derecho “constitucional” procesal* (16).

Es necesario poner de relieve que este sector de la ciencia no significa para nada la atomización de la rama madre, el derecho procesal, pues no debe escapársele al lector que modernamente se tiende a remarcar la unidad del orden jurídico como contraposición a una excesiva disgregación del modelo. Empero es innegable que desde el horizonte pedagógico y científico es conveniente —sin olvidar lo antes dicho— delinear las fronteras de las ramas que van adquiriendo cierta categorización y autonomía propias.

Siguiendo el hilo conductor que venimos trayendo, es oportuno poner de resalto que, a causa de esta evolución, el clásico control de constitucionalidad realizado dentro de los países —por órganos centralizados (concentrados), o fragmentariamente por cualquiera de los jueces (difuso)— es ahora mucho más fascinante y abarcador, ya que se cumple a la par por *cuerpos transnacionales*, que conforman la *justicia constitucional supranacional*. Todo ello a través del control de convencionalidad.

Aparece de esta manera una “dupla” perfectamente imbricada entre la *justicia supranacional* y el *derecho procesal constitucional transnacional*, cuya interrelación abordaremos sintéticamente a partir de ahora.

Cabe alertar que el control doméstico (control “interno” o primario) no queda para nada minorizado por el supranacional, si se tiene en cuenta que este es “subsidiario” (art. 46.1, CADH).

El derecho procesal transnacional rige los trámites tanto para el modelo comunitario (cuya Corte se encuentra en Luxemburgo) como en el esquema de los Derechos Humanos (Corte Europea de Derechos Humanos con asiento en Estrasburgo y Corte Interame-

ricana de Derechos Humanos con asiento en Costa Rica).

II. La dimensión supranacional del derecho procesal constitucional transnacional

II.1. Generalidades

Las escuelas jurídicas del siglo XIX se ocuparon del derecho positivo “nacional” y tal fenómeno se reflejó en las legislaciones sectoriales y estancas de cada país, sin levantar la mirada más allá de sus fronteras, dictando normas “hacia adentro”. Mas tal situación se ha ido revirtiendo —como vimos— a partir de la segunda mitad del siglo pasado, con la aparición del *derecho comunitario* y del *derecho internacional de los derechos humanos* que se fueron afirmando de una manera lenta pero progresiva. Y ese recorrido no se limitó al aspecto exterior, esto es, creciente interés por el derecho comparado, sino que afectó en su raíz a la concepción misma del derecho y de la justicia, al pasar de ciertas ideas “exclusivistas” hacia las “pluralistas”; tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre o la Convención Europea de los Derechos y las Libertades Fundamentales; o —para citar ejemplos americanos— la Conferencia Centroamericana de Washington de 1907, o el llamado Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos, CADH de 1969), y los demás tratados y documentos posteriores.

Por ello hemos dicho que el derecho debe adecuarse al carácter progresivamente multinacional, con tendencia universal de los principios fundamentales de la realidad contemporánea (17).

II.2. El “Corpus Iuris Civilis” y el “Corpus Iuris Canonici”

Puntualizamos que este camino del “derecho sin fronteras” y la aparición de organismos transnacionales tuvo su epicentro en la segunda mitad del siglo pasado; mas si hacemos un análisis histórico-comparativo de la problemática notaremos sin hesitación que en

DOCTRINA. Derecho Procesal Constitucional Transnacional

Juan Carlos Hitters y Juan Manuel Hitters 1

NOTA A FALLO. Un fallo esclarecedor sobre el tratamiento de la responsabilidad civil del fiduciario

Rodolfo G. Papa 4

JURISPRUDENCIA

FIDEICOMISO. *Pool* de siembra. Preservación de los bienes fideicomitidos. Contratación de un seguro multiriesgo climático. Objeto del fideicomiso. Exclusión de la normativa consumeril. Contrato netamente mercantil (CNCCom.) 4

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Error judicial. Necesidad de una resolución infundada. Falta de servicio. Daño psíquico (CNFed. Contenciosoadministrativo) 7

DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Deber de información. Relación de consumo. Omisión del sitio *web* de compras de brindar la información del vendedor que no entregó un producto (CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires) 8

JUBILACIONES. Contrato de renta vitalicia. Sistema de capitalización. Movilidad. Aplicación del índice RIPE. Imprudencia (CFed. Seg. Social) 10

el campo de la enseñanza el fenómeno se gestó en Europa antes del nacimiento de los Estados nacionales. En efecto, con mucha anterioridad es factible detectar los orígenes de tal proceso de internacionalización, si colegimos que por ejemplo en la Roma imperial, el *Corpus Iuris Civilis* tenía ya un carácter universal, pues regía a todos los pueblos dominados por el poder central. Similar visión generalizadora se observa en el *Corpus Iuris Canonici*, puesto que la Iglesia aplicó sus pautas rectoras sin ningún tipo de limitación territorial; lo que demuestra que ese ordenamiento tuvo también una vocación de universalidad, que aún mantiene (18).

II.3. La Universidad de Bolonia y la universalización de la enseñanza

En este orden de pensamiento, debemos recordar que en el área de la enseñanza y de la cultura tuvo trascendencia esta apetencia transnacional. En efecto, la Universidad de Bolonia jugó un papel determinante en tal evolución, ya que a partir del año 1100 recibió y expandió el derecho romano y el derecho canónico hacia los cuatro vientos. Un siglo después concurrían a esa casa de altos estudios más de 5000 estudiantes, no sólo boloñeses, sino que provenían de por lo menos quince países. Se origina allí una fusión de nacionalidades bajo el común denominador del latín. Los profesores comenzaron a rotar por varias instituciones universitarias, creando algunos de ellos nuevos centros por toda Europa, esta interrelación se extendió hasta el siglo XVI, inclusive (19).

II.4. La evolución posterior

Este desarrollo cae luego —lamentablemente— en un movimiento inverso; podemos decir que a partir del año 1500 es donde se gesta una corriente en sentido contrario a la *ley universal*, y en favor de las normas intrafronteras. Las universidades desde entonces son típicamente locales sin vocación transnacional.

Esta oleada concluyó en el proceso de las codificaciones nacionales (en el año 1804 el Código Civil francés, en el año 1900 el Código alemán, etcétera), operando de este modo el fin de la *lex communis*.

Tal peligrosa sectorización y férrea demarcación de los límites fronterizos fue el fermento lamentable de las dos guerras mundiales; la excesiva “nacionalización” actuó como base dogmática de ciertas ideas totalitarias con gran desarrollo en el viejo

continente. Contra esto, y como reacción, proliferaron entidades de derechos humanos y antibelicistas, así como luego de la primera conflagración vio la luz la Sociedad de las Naciones; después de la segunda fue creada la Organización de las Naciones Unidas. Se van avizorando desde esos momentos ciertas respuestas “continentales”. En 1951 se crea la Comunidad del Carbón y del Acero (CECA), y en 1957 la Comunidad Económica Europea (CEE), y la Comunidad de la Energía (EURATOM), instituciones que luego se fueron generalizando. Como por ejemplo en el ámbito de la Unión Europea el *tratado* para su funcionamiento (Tratado de Maastricht, 1992, versión consolidada de 2012 y luego actualizada); el Tratado Constitutivo de la de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Versión consolidada 2012), o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012 con modificaciones posteriores). En el ámbito del Consejo de Europa para continuar con el enfoque histórico podemos citar, el Protocolo 15 referido a la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (2013), y el Protocolo 16, Convención para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (2014), entre otros, que posteriormente se fueron desarrollando.

II.5. Jurisdicción internacional de las libertades y la protección de los derechos humanos en el ámbito transnacional

El derecho de acción —o de accionar— es considerado como una potestad autónoma de carácter constitucional. Esta esencia ya había sido avizorada por Carnelutti, Alcalá-Zamora y Couture, pero luego —debido al fenómeno de la socialización jurídica— fue sujeto de una gran transformación impulsada por los ya citados Cappelletti y Fix-Zamudio, entre otros, cambiando la base de sustentación *individualista* que antes tenía, en una típicamente social, emergiendo entonces la *acción procesal como derecho humano a la justicia*, reflejando en varias constituciones modernas que caracterizan al derecho de acción con independencia del de petición, con la prístina misión de *garantizar* (no sólo de proclamar) ciertas libertades de la humanidad, que de ese modo gozan de una coraza suprallegal; generando en su derredor una nueva protección sustancial, y procesal, el *derecho procesal constitucional*.

Dicha génesis, que ya había sido de alguna manera anticipada por Calamandrei cuando hizo referencia a la relatividad del derecho de acción. Se observa con claridad en los trata-

dos y en las convenciones internacionales, que garantizan el acceso a la jurisdicción a nivel transnacional, como por ejemplo los convenios y tratados sobre derechos humanos y sus distintos protocolos.

Todo esto tiene trascendencia si reparamos en que un gran número de países, con excepción de Estados Unidos, Canadá y algunas islas del caribe, ha ido ratificado la mayoría de instrumentos internacionales incorporándolos a su régimen interno (p. ej., entre muchos otros, el art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina).

Por otra parte, en la antigüedad se creía que sólo los Estados eran sujetos del derecho internacional público. Sin embargo, a mediados del siglo pasado, Heffer, Fiore Bluntschli (en el exterior) y Alberdi (en Argentina), y sostuvieron que el hombre individualmente considerado goza de ciertas reglas que no pueden ser vulneradas por ningún Estado. Así concebida la mencionada disciplina jurídica conduce a una *internacionalización* general del derecho (*lex universalis*) y el hombre adquiere el rango de “ciudadano del mundo” (20).

En el sector interamericano el sendero de “internacionalización” se puso en evidencia con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Interamericana llevada a cabo en Bogotá en octubre de 1948. A su vez la “V Reunión de Consulta” cumplida en 1979, en su “Declaración de Santiago de Chile”, encomendó la redacción de un proyecto de Convención de Derechos Humanos, que se concretó justamente en el denominado Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22/11/1969. Esta tendencia *proliferó con el tiempo en la sanción de distintos convenios y tratados interamericanos, a los que los países se fueron* adhiriendo.

Todo el desarrollo llegó a lo que se denomina por un lado la “justicia constitucional de las libertades”, por medio de la cual se protegen —dentro de cada Estado— ciertos derechos fundamentales a través de normas suprallegales; y por otro lo que Cappelletti hace mucho tiempo bautizó como “jurisdicción internacional de las libertades” como fenómeno de internacionalización o supranacionalización de las prerrogativas humanas, las que pueden, defenderse a la par, fuera de las fronteras estatales. Este trasvasamiento de lo interno a lo internacional necesitó, para su efectiva aplicación, de los “procedimientos” y remedios adecuados para tales fines, a través de lo que hemos llamado *derecho procesal transnacional*.

III. El derecho procesal constitucional transnacional

III.1. Particularidades

El trámite ante un órgano jurisdiccional como, p. ej., la Corte Interamericana de Derechos Humanos implica —como vimos— el ejercicio del *derecho de acción*, con similares características —aunque con ciertas diferencias— al que se lleva a cabo ante los tribunales domésticos.

Es dable reiterar que el proceso moderno no constituye un simple rito regulado solamente en los códigos adjetivos, pues en los últimos tiempos abarca ciertas instituciones como el derecho a la jurisdicción, el amparo, el hábeas corpus, etc.; que tienen notable rai-gambre constitucional y que se incorporaron —tal cual vimos— a las *cartas máximas*; por lo que el pleito se ha convertido en un instrumento para realizar uno de los derechos trascendentes del hombre, el derecho a la justicia, que no se concreta con la mera posibilidad de accionar, sino de *acceder efectivamente a ella* (21).

Destacamos el fenómeno que concluyó con la aparición de esta nueva disciplina que regula el procedimiento internacional, de la que —como decía hace ya tiempo el ex juez de la Corte IDH, Gros Espiell— poco se ha escrito, y que es necesario abordar en forma autónoma, sin dejar de reiterar que no se diferencia esencialmente de su rama madre, el derecho procesal, dado que se apuntoa en los mismos principios (22).

Este sector del derecho adjetivo no recibe una denominación única. Ciertos autores hablan de “derecho procesal internacional”, mientras que algunos de “derecho procesal relativo a los derechos humanos”, y otros —entre los que nos incluimos— *derecho procesal transnacional o supranacional* atinente a los Derechos Humanos (23).

Lo cierto es que —tal cual anticipamos—, como con toda agudeza remarcó Alcalá-Zamora y Castillo, el hecho de que se hayan puesto en funcionamiento tribunales internacionales no autoriza a pensar que los preceptos que lo reglan tengan una esencia diversa de los que se ocupan del rito local, por ende esta parcela no adquiere autonomía, como tampoco la posee, para dar un ejemplo, la jurisdicción militar (24). Además los derechos que custodia tal sistema son los mismos que abarca cualquier juicio doméstico. En todo caso la autonomía

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) “En la nueva edad de las garantías y de un opulento y efectivo proceso justo la gravitante influencia de los Tribunales transnacionales y sus vinculantes sentencias condicionan el modelo de las naciones...” (Augusto Mario Morello).

(1) CAPPELLETTI, Mauro, “Acceso a la justicia (Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológico)”, JA 1981-2, trad. por Juan Carlos Hitters.

(2) HITTERS, Juan Carlos - FAPPIANO, Oscar, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Ediar, Buenos Aires, 2014, t. I, vol. 1, p. 80.

(3) DURÁN, Carlos, “Los mecanismos para la protección internacional, Curso de Derechos Internacional de los derechos humanos”, Ed. Trotta, 2002, p. 53.

(4) P. ej., el Mercosur.

(5) Se advierten así dos “categorías”: el *Derecho Procesal Transnacional Comunitario*; y el *Derecho Procesal Transnacional de los Derechos Humanos*.

(6) CAPPELLETTI, Mauro, “El ‘formidable problema’ del control judicial y la contribución del análisis comparado”, trad. Faustino González, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, nro. 15, enero-febrero, Madrid, 1980, ps. 61 y ss. Del mismo autor: “Justicia constitucional supranacional”, trad. Luis Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1979, mayo-agosto, t. XXVIII, p. 339.

(7) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “Proceso, autocomposición y autodefensa”, Universidad de

México, 1970, 2ª ed., 1970, p. 215.

(8) Este autor abordó dicha temática en tres artículos publicados en italiano, a saber: “Potere giudiziario e suprema corte costituzionale; la illegimità costituzionale delle leggi processo civile”; “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, aparecidos en *Opere giuridiche*, Nápoles, 1968, t. III, ps. 215-225, 337-412, 609-654 (véase CALAMANDREI, Piero, “Estudios sobre el proceso civil”, trad. Sentís Melendo, Ejea, ps. 23-168).

(9) COUTURE, Eduardo, “Estudios de derecho procesal civil”, Ediar, Buenos Aires, 1948, ps. 194 y ss. Este jurista le dedicó la tercera parte del t. I al *derecho procesal constitucional*, bajo el título “Casos de derecho procesal constitucional”.

(10) Sin duda es este uno de los publicistas más destacados en esa especialidad. Se ocupó de tales cuestiones en los siguientes artículos: “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes”, UNAM, México, 1966; “Jurisdicción constitucional de la libertad”, trad. Héctor Fix-Zamudio, México, 1961; “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, ob. cit.; y “Justicia constitucional supranacional”, trad. por Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nro. 110, México, 1978, mayo-agosto, t. XXVIII, ps. 337 y ss.

(11) Este publicista mexicano abordó con gran profundidad y sin vacuidad esta disciplina. Véase, “Protección procesal de los derechos humanos”, Ponencia General, presen-

tada en el *V Congreso de Derecho Procesal*, México, 1972.

(12) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “Derecho procesal constitucional”, Ed. Civitas, Madrid, 1980.

(13) Se ha ocupado también en forma específica de la referida asignatura, hace más de 40 años, GONZÁLEZ DELEITO-DOMINGO, Nicolás, “Tribunales constitucionales. Organización y funcionamiento”, Ed. Tecnos, Madrid, 1980.

(14) GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., p. 50.

(15) Aclara González Pérez que, sin embargo, en México y en Italia fueron los cultores del derecho procesal los que han abordado el derecho procesal constitucional (ob. cit., ps. 50-54).

(16) FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, presentado en las *IX Jornadas Iberoamericanas del Derecho Procesal*, celebradas en Madrid, en 1985.

(17) HITTERS, Juan Carlos, “Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeo”, LA LEY, 2003-D, 1373.

(18) Conferencia titulada “El Instituto Universitario Europeo. ¿Posible modelo para América Latina?”, pronunciada por el profesor Mauro Cappelletti en el año 1981 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata. Sobre el tema puede verse también: BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, Ed. Depalma, t. I, ps. 14 y ss.

(19) CAPPELLETTI, Mauro, “Justicia Constitucional Supranacional”, revista de la Facultad de Derecho de la

Universidad de México, nro. 110, 1978, t. 128, ps. 4 y ss. *Idem* HITTERS, Juan Carlos - FAPPIANO, Oscar, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, ob. cit., t. I, c. 1, p. 81.

(20) CAPELLETTI, Mauro, “La justicia constitucional”, UNAM, México 1987, ps. 361-362. *Idem* HITTERS, Juan Carlos - FAPPIANO, Oscar, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, ob. cit., t. I, v. 1, p. 83. Véase GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El control de convencionalidad y sus problemas”, en *Derecho Procesal Constitucional y Transnacional*, coord. Eduardo FERRER Mac-GREGOR, Biblioteca Porrúa, 2016, p. 2016.

(21) BERIZONCE, Roberto, “Efectivo acceso a la justicia”, prólogo de M. Cappelletti, Librería Editora Platenese, Buenos Aires, 1987, ps. 55 y ss. Véase CAPELLETTI, Mauro, “La justicia constitucional”, ob. cit.

(22) GROS ESPIELL, Héctor, “El procedimiento contencioso ante la Corte interamericana de Derechos Humanos”, en *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, IIDH, San José de Costa Rica.

(23) El jurista peruano Domingo García Belaunde con muy buen tino acota que “...así como existe un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, existe o debe existir un *Derecho Procesal Internacional de los Derechos Humanos (El control de convencionalidad y sus problemas)*, en *Pensamiento Constitucional*, nro. 20, Universidad Católica del Perú, 2015, p. 150).

(24) Corte IDH, “Caso Radilla Pacheco vs. México”, sentencia de 23/11/2009, Serie C nro. 209.

—acota este autor— estaría dada porque opera fuera de las fronteras locales.

Uno de los criterios que iluminan este andarivel es el de *informalidad*, que consiste en darle —en principio— validez a los actos, aunque posean ciertas deficiencias formales. Tal esquema ha sido resaltado desde antiguo por la Corte Europea, y reiterado por su similar interamericana, la que enfatizó que en la jurisdicción que nos ocupa “la inobservancia de ciertas formalidades no siempre es relevante, pues lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados” (25).

De todos modos, parece baladí repetir que ello no significa que reine la anarquía. En uno de sus primeros asuntos que resolvió la Corte IDH había dicho que *las formas existen para apontocar el derecho de defensa en juicio*. P. ej., en el antiguo asunto “Viviana Gallardo”, el Tribunal del Pacto de San José puso de resalto que el paso ante la Comisión es —por regla— insoslayable, lo que significa que no se puede llegar a la Corte —en el procedimiento contradictorio— sin transitar primero ante aquélla (26).

Como toda rama que se ha ido consolidando poco a poco existen discrepancias sobre su naturaleza jurídica, ya que algunos la sitúan dentro del área *constitucional*, mientras que otros le confieren una esencia netamente *procesal*, y no pocos participan de una postura intermedia o ecléctica enancándola en una zona común.

Lo cierto es que cuando aludimos en general a *procesos constitucionales* hay que usar esta terminología con sumo cuidado, pues al hacerles referencia estamos hablando de ciertas instituciones que rigen en el interior del Estado (27). Aunque su “esencia” no cambia cuando pasa al ámbito internacional.

En efecto en la segunda posguerra —tal cual pusimos de relieve— se *constitucionalizan* ciertas garantías tales como el *amparo* y el *habeas corpus* (dimensión constitucional), las que luego fueron incluidas en los tratados internacionales (dimensión transnacional), convirtiéndose al juicio (pleito) en un carril idóneo para defender y salvaguardar los derechos esenciales de la persona humana en el ámbito del derecho doméstico, así como en el internacional. Esto último es reglado por el derecho procesal transnacional, a través de sus órganos específicos y de los tratados, convenios y reglamentos de los organismos transnacionales; desde el agotamiento de los recursos internos, pasando por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y finalizando en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se habla modernamente de la “constitucionalización de los tratados”, o de los “tratados constitucionalizados”.

Se advierte así (art. 46.1 del Pacto de San José de Costa Rica) un control de convencionalidad “primario” (hecho dentro de los Estados) y un control de convencionalidad

“secundario” (ejecutado por los cuerpos transnacionales).

Conviene repetir que cobra vida entonces el *derecho procesal constitucional*, con cierta autonomía —cuya paternidad algunos le atribuyen a Kelsen y otros a Couture—; que luego se “infiltra” en los convenios supranacionales, convirtiéndose en el *derecho procesal constitucional transnacional* (28).

Pusimos de resalto que la soldadura intelectual y gnoseológica que se observa entre el derecho procesal y el derecho constitucional ha contribuido a darle vida a dicha rama que, pese a su cierta independencia, se mantiene —como no podía ser de otro modo— dentro del sistema monolítico del orden jurídico.

No obstante queremos demostrar que pese a estar informada por los genes de aquellas dos grandes asignaturas (29), su esencia *procesal*, pese a que sabemos lo difícil que resulta el encasillamiento, habida cuenta de lo ríspida que es la propia demarcación de los limbos del campo constitucional y del procesal, generando ríos de tinta entre los autores, ya que cada rama participa de la otra, como vasos comunicantes.

Una de las cuestiones ariscas es la relativa al *contenido* de la disciplina bajo estudio, que abarca según nuestro criterio: 1) el debido proceso legal; 2) las categorías de la jurisdicción; 3) el control de constitucionalidad y de convencionalidad; 4) y la jurisprudencia de la Comisión, más sobre todo la doctrina de la Corte Interamericana, que debe ser tenida en cuenta en el ámbito doméstico, cuya interpretación final se ha convertido casi en obligatoria para los países (30).

Todo ello en virtud de la integración del derecho constitucional y del derecho procesal. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot hace más de una década sostenía citando al profesor Fix-Zamudio, que el Derecho Procesal Transnacional conforma una disciplina cuya sistematización científica es relativamente reciente y “abarca el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también las del derecho comunitario y de la integración económica, y, por supuesto, el sector más dinámico que es el que corresponde al campo de los derechos humanos, por lo que puede decirse que en la formación de esta novel disciplina jurídica confluyen aspectos comunes del derecho procesal, constitucional, e internacional” (31).

Adviértase entonces que aquí se engloba: 1) el derecho internacional clásico; 2) el derecho comunitario; 3) el derecho a la integración económica; y 4) el derecho internacional de los derechos humanos.

Podemos reiterar que el procedimiento ante la Corte IDH es de naturaleza dispositiva, con cierta atenuación, pues los participantes no “disponen” libremente de la acción, habida cuenta de que, una vez puesta en marcha por

la Comisión, no siempre pueden “desistirla” (art. 54, Reglamento de la Corte), salvo en los casos excepcionales cuando sólo estén en juego intereses meramente patrimoniales. Todo ello sin perjuicio de advertir u contenido publicístico, donde el tribunal está potenciado para ejercer ampliamente sus poderes-deberes como juez-director, sin ningún tipo de impedimento. Puede incluso —como lo ha ratificado recientemente— ir más allá del principio de congruencia, fallando sobre capítulos no reclamados en la instancia liminar (32).

Esto último sería impensado en el derecho procesal “clásico”, en el cual los digestos rituales limitan el contenido de la sentencia a los puntos y rubros propuestos en los escritos constitutivos, salvo el supuesto atípico del art. 277 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que también tiene sus límites.

III.2. Principios procesales. La prueba

Según expresamos reiteradamente, rigen los principios procesales que imperan en el sector doméstico, aunque con algunas particularidades, pues en el campo transnacional el legitimado pasivo es siempre un Estado y el activo la Comisión IDH; y tiene el derecho internacional de los derechos humanos una finalidad tuitiva con relación a la persona, que resulta la destinataria final y única de todos los esfuerzos que prodiga el derecho internacional aquí abordado (art. 29 de la CADH).

En lo que a esto último atañe, es decir, la especialidad del procedimiento que protege las libertades del hombre, cabe consignar que dicha característica se nota con nitidez en el momento en que el ciudadano reclama contra un país (33). Ese criterio ha sido remarcado —desde antiguo— por la Corte de Estrasburgo, cuando destacó que la finalidad del Convenio de Roma es proteger a los individuos; y ello supone que sus cláusulas procedimentales deben aplicarse del modo que mejor cumplan ese postulado (34). Cuando se analizan las reglas adjetivas que imperan en el rito supranacional no se debe perder de vista —como principio orientador— el carácter subsidiario que tiene este modelo (35), circunstancia que impide acudir directamente a los órganos del Pacto de San José, salvo raras excepciones. Por ello estos mecanismos supranacionales sólo entran a funcionar después de haberse agotado las vías locales (art. 46.1.c., Pacto de San José de Costa Rica).

Resulta de todo lo dicho que se aplica siempre la cláusula *pro homine*, garantía mínima (art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH]). Es algo por demás conocido: campean en este ámbito los principios de contradicción, intermediación, economía procesal, oralidad, publicidad, e informalismo.

En el modelo del Pacto de Costa Rica —lo mismo que en el europeo— rige la oralidad, como en los casos domésticos, aunque, por supuesto, convengamos nunca son químicamente puros, ya que en todo pleito oral hay

siempre trámites escritos, tales como la demanda, su réplica, el ofrecimiento de pruebas, ciertos recursos, etc. (36). Tal es el caso del proceso laboral en la Provincia de Buenos Aires (ley 11.653).

Lo primero que debemos reiterar es que el proceso ante la Corte IDH resulta casi una continuación del que llega a la Comisión IDH desde el derecho local, donde ya hubo *producción de prueba* y una decisión (Informe) de ese órgano, *con características similares a una sentencia* (arts. 50 y 51 de la CADH).

A su vez el *pleito* que arriba a la Comisión porta sobre sus espaldas un juicio doméstico, con los recursos internos agotados, donde también —obviamente— se han cumplido *probanzas* regidas por el derecho procesal interno (art. 46.1 del Pacto de San José).

Cuando las actuaciones llegan a la Corte Interamericana normalmente están ya cargadas de pruebas, algunas de las cuales se repiten en el juicio oral internacional, sin perjuicio de las que se despliegan automáticamente ante ese tribunal. Las pruebas producidas en los procesos desarrollados en los ámbitos locales, obviamente, lo son bajo reglas adjetivas que establecen los ordenamientos domésticos que rigen para el caso. Desde luego que estas normas han de respetar la Constitución Nacional y la provincial (si correspondiere), más las internacionales que aquí nos ocupan.

Recuérdese que aquí estamos en un proceso entre tres partes, a saber: el *Estado demandado*, la *Comisión IDH* y la *presunta víctima*. Esta última si bien no está potenciada para demandar, una vez que la Comisión golpea las puertas de la Corte ingresa a ese pleito adquiriendo —luego de la reforma del Reglamento— calidad de *parte sustancial*.

Este cuerpo adjetivo nada dice, por ejemplo, sobre la carga y valoración de la prueba, vacío que tuvo que llenar la propia Corte IDH hace ya algún tiempo, cuando habla de sana crítica y de carga dinámica (37).

En este ámbito rigen los principios: de libertad probatoria, prueba de oficio, igualdad, intermediación, adquisición o comunidad de las probanzas y el de razonabilidad entre otros (38).

El tribunal siempre ha sostenido que por regla es el Estado el que debe probar que en su ámbito no hubo violación alguna a los tratados internacionales (inversión de la carga, o carga negativa).

Recordemos que el proceso supranacional se desarrolla en interés de la víctima (*pro homine*), criterio que se aplica en todo el pleito, especialmente en lo atinente a la producción y valoración de las probanzas (art. 29 de la CADH).

Esta tramitación que concluye en una sentencia y puede ser supervisada directamente por el tribunal como lo viene haciendo en los últimos tiempos (39).

{ NOTAS }

(25) Corte IDH, “Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras”, sentencia de 26/06/1987, párr. 38.

(26) Corte IDH, “Asunto de Viviana Gallardo y otras”, resolución del 15/07/1981, Serie A nro. 101.

(27) GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El control de convencionalidad y sus problemas”, ob. cit., p. 148.

(28) HITTERS, Juan Carlos, “El Derecho Procesal Constitucional”, Eduardo FERRER Mac-GREGOR (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ACI, 2002, p. 193.

(29) Si bien es cierto que —como anticipamos— este fenómeno arranca con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, no lo es menos que tuvo algún antecedente cuando se intentó —con timidez—, al concluir la Primera conflagración mundial, la reglamentación de ciertas garantías mínimas a través de las constituciones, lo que se denominó el fenómeno de racionalización del poder (véase LOEWENSTEIN, Karl, “Teoría de la Constitución”,

Ed. Arie, Barcelona, 1983, ps. 26, 45, 110, 149 y 390).

(30) Corte IDH, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, sentencia de 29/11/2011, Serie C nro. 238; y “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 18/10/2017; HITTERS, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso ‘Fontevecchia vs. Argentina’), en *Pensamiento Constitucional* nro. 22, Perú, 2017, ps. 109-141. Conf. HITTERS, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad. Conflicto entre la Corte IDH y la CS ¿Quién y cómo se resuelve? Última Interpretación (De nuevo sobre el fallo ‘Fontevecchia’), LA LEY, 2018-B, 1196.

(31) FERRER Mac-GREGOR POISOT, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Interpretador Constitucional”, en *Colegio de secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ed. Porrúa, Méxi-

co, 2006, AC t. II, ps. 108-110.

(32) Corte IDH, “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, sent. 31/08/2017, Serie C nro. 340, *idem* “Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú”, sentencia de 23/11/2017, Serie C nro. 344.

(33) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Becker”, fallo del 27/03/1962.

(34) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “Klass”, fallo del 06/09/1979.

(35) Que en el ámbito de la Corte de Luxemburgo —es decir, en la antigua Comunidad Económica Europea, hoy actualizada por los nuevos Tratados que la rigen— se aplica con gran claridad, pues ese tribunal le ha dado prioridad al derecho comunitario sobre el local, destacando la directa operatividad de aquél. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también marcó el carácter operativo del Pacto de San José (HITTERS, Juan Carlos - FAPPANO, Oscar, “Derecho Internacional de los Derechos

Humanos”, ob. cit., t. I, v. 1, párr. 213). Recientemente véase el fallo “Lagos del Campo vs. Perú” (cit.).

(36) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, “La protección procesal internacional de los derechos humanos”, Ed. Civitas, España, 1975, p. 122.

(37) Corte IDH, Casos “De la Panel Blanca (Panigua Morales y otros)”, 25/05/2001, párr. 50, Caso “Helidoro Portugal”, 12/08/2008, párr. 64, y Caso “Del Valle Jaramillo y otros”, 27/11/2008, Caso “Ticona Estrada y otros”, 27/11/2008, párr. 31, Caso “Tristán Donoso”, 27/01/2009, párr. 49.

(38) HITTERS, Juan Carlos - HITTERS, Juan Manuel, “La prueba en el ámbito transnacional y el derecho procesal transnacional. Comparación con el derecho doméstico”, en obra colectiva denominada *La Prueba*, en homenaje al Prof. Dr. Roland Arazi, Rubinzal-Culzoni, octubre de 2016, ps. 733 y ss., pto. II.c.

(39) Corte IDH, Caso “Fontevecchia y D’Amico, Fon-

A través de todo este camino la Corte IDH realiza un control de convencionalidad, que previamente debió ser efectuado en el ámbito doméstico.

Hemos destacado que este trámite es público(40); con más razón en su tramo oral. En tal aspecto el art. 15.1 del Reglamento dice que “las audiencias serán públicas”, aunque el apart. 2º señala que la Corte tiene que deliberar en privado; y tal actividad debe permanecer secreta.

III.3. Fuentes

Nos referimos a las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos en tanto fuentes de *producción* de las normas que regulan esta disciplina. Sin duda, las principales son las reglas internacionales escritas, particularmente los tratados (derecho internacional convencional), que han proliferado en gran escala en los últimos años, aunque obviamente no debemos preterir a las demás, tales como la costumbre (derecho internacional consuetudinario: *ius cogens*), los principios generales del derecho, las decisiones de los órganos jurisdiccionales(41), cuya doctrina y la propia de la Corte IDH determinan(42).

III.4. Necesidad de que la disciplina sea abor- dada por los procesalistas

El derecho “procesal” transnacional debe ser estudiado por los procesalistas, si consideramos que, como remarcaba desde antiguo Alcalá-Zamora, la mayoría de los reglamentos y estatutos han sido pergeñados por internacionalistas, con quizás no muchos conocimientos de las reglas que iluminan el campo adjetivo.

En el ámbito americano (sea en el Mercosur, o en el Acuerdo de Cartagena) como en el sistema regional tuitivo de los derechos humanos (CADH) funcionan órganos jurisdiccionales y *quasi* jurisdiccionales de jerarquía supranacional a través de los cuales se resuelven “litigios”. Ello significa que es imprescindible estudiar y sistematizar su ritual; y *los procesalistas no pueden ser convidados de piedra, debiendo tener un rol participativo*.

Tales conceptos se extienden en general a los abogados que se ocupan de representar y patrocinar en juicio, ya que principalmente en Europa la especialidad en los procesos transnacionales constituye una importante fuente de trabajo.

En suma, estamos en presencia de una nueva materia que ha ido creciendo de modo *silvestre*, por lo que ha resultado necesario abordarla científicamente, y con el concurso de especialistas, que puedan esculpir su verdadero rostro.

IV. Conclusiones

Sería prudente reiterar que con la aparición —luego de terminada la Segunda Guerra Mundial— de la dimensión transaccional del proceso del derecho y de la justicia se han puesto en marcha una serie de rituales, organismos y mecanismos, jurisdiccionales y *quasi* jurisdiccionales, tendientes a proteger al ser humano en cualquier lugar donde se encuentre (*lex universalis*).

Alrededor de todo este importante movimiento y como su consecuencia nació esta nueva disciplina, el *derecho procesal internacional (o transnacional) de los derechos humanos*.

Por ello se distingue el *derecho internacional de los derechos humanos “sustancial”* y el *derecho “procesal” internacional de los derechos humanos*, ya que, por un lado, se reconoce una pretensión sustancial y, por otro, una vía para implementarla y hacerla realidad(43).

Hemos puesto de relieve que a causa de toda esta dinámica tomó vida un conjunto de declaraciones y tratados internacionales, que han puesto en operatividad normas, “sustanciales” y *procesales*, y cuerpos especializados colocados “por encima” de las autoridades domésticas, sin sustituirlas (*subsidiariedad*).

En efecto, este esquema —mundial— ejerce una doble influencia en los carriles locales, ya que, por un lado, los convenios y tratados imponen una serie de preceptos que “se meten” en el torrente jurígeno de los países, al complementar de ese modo el derecho interno, resultando directamente operativos —*self executing*(44)—. Por otro, tales instrumentos pusieron en funcionamiento en nuestro ámbito continental a la Comisión y la Corte Interamericana, que han establecido una serie de “criterios” que son muy útiles para reforzar el debido proceso legal local, siendo en algunos casos vinculantes para los tres poderes del Estado(45).

En el derecho transnacional, en general, el individuo es *sujeto* del derecho internacional, y no objeto, lo que le otorga legitimación para actuar ante los organismos internacionales, en nuestro caso la Comisión; y el caso de la Corte IDH, cuando el pleito lo impulsa la Comisión Interamericana, como ya lo dijimos(46).

Este tribunal ha dejado en claro que este proceso no es de esencia penal, dado que no

tiene por objeto imponer penas a los culpables, sino amparar a las víctimas y disponer reparación de los daños(47).

La disciplina *sub examine* —como antes señalamos— rige los trámites tanto para el derecho comunitario como para el de los derechos humanos (Tribunal Europeo de DDHH, Corte IDH y Corte Africana), que Cappelletti bautizó como la *jurisdicción internacional de las libertades*.

No debemos olvidar que el derecho procesal constitucional, luego se “infiltra” en los documentos supranacionales, transformándose en el *derecho procesal transnacional*. Todo ello en virtud de la integración entre el derecho procesal y el constitucional.

Para finalizar parécenos trascendente poner de relieve nuevamente, como lo hizo Ferrer Mac-Gregor hace más de una década, citando a Fix-Zamudio, que el derecho procesal transnacional abarca el estudio y la sistematización de la normatividad adjetiva no solamente de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también en el derecho comunitario y en la integración económica, y el sector más dinámico que se corresponde al campo de los derechos humanos, por lo que es dable manifestar que en la formación de esta asignatura constituyen aspectos comunes el derecho procesal, constitucional e internacional; que es necesario abordar —como decía Gros Espiell— en forma autónoma, sin omitir computar que ella no se diferencia esencialmente de su rama ancestral, dado que se apoya en los mismos principios. ●

Cita on line: AR/DOC/1631/2018

{ NOTAS }

do”, 29/11/2011, Supervisión, 01/09/2015 Supervisión, 22/11/2016, y Supervisión, 18/10/2017.

(40) EISSEN, Marc-André, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos Civitas*, 1985, p. 49.

(41) Como ejemplo podemos citar una antigua sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso

“Plataforma Continental de Mar del Norte”, que ha sido elogiada por el análisis profundo que hizo del tema de la costumbre como fuente del derecho internacional.

(42) HITTERS, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad, Adelantos y retrocesos”, Biblioteca Porrúa, México, 2017, p. 11. Véase Corte IDH, Caso “García de la

Cruz”, sent. 12/11/2014.

(43) GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El control de convencionalidad y sus problemas”, ob. cit. p. 148.

(44) Corte IDH, OC-12, del 06/12/1991.

(45) HITTERS, Juan Carlos, “Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales...”, ob. cit.

(46) HITTERS, Juan Carlos - FAPPIANO, Oscar, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, ob. cit., t. I, v. 1, p. 450.

(47) Esta definición la dio en la Corte en su primer caso jurisdiccional “Velázquez Rodríguez”, 26/06/1987, párr. 134 y lo repitió en varios asuntos posteriores.

NOTA A FALLO

Fideicomiso

Pool de siembra. Preservación de los bienes fideicomitidos. Contratación de un seguro multiriesgo climático. Objeto del fideicomiso. Exclusión de la normativa consumeril. Contrato netamente mercantil.

Hechos: Una persona constituyó un “pool de siembra” con una entidad financiera a

través de un fideicomiso. Debido a las pérdidas, reclamó el resarcimiento de los daños y perjuicios. El Tribunal de Arbitraje hizo lugar parcialmente a la pretensión. Disconforme, la demandada apeló el laudo. La Cámara confirmó el incumplimiento del fiduciario, aunque modificando el monto de la condena.

1.- El fiduciario incumplió con lo pactado en el contrato, dado que estaba entre

sus obligaciones de carácter esencial la de preservar los bienes fideicomitidos, cuya omisión debe considerarse culpa grave, para lo cual debió contratar el seguro en cuestión o asegurarse de que el operador lo hubiera efectuado en beneficio del fideicomiso, pues la existencia de dicho seguro fue promocionada en las ofertas de inversión, como garantía de aquéllas, y su pago se encontraba contemplado en el plan de negocios.

2.- El fiduciario no ejerció un debido control de los actos que el operador estaba llevando a cabo, en tanto que, ante la existencia de pérdidas en la campaña, presentación de informes incompletos y con defectos, además de la ausencia de ingresos de fondos por la comercialización de los granos, no realizó los actos tendientes a informar debidamente a los beneficiarios de tales cuestiones, convocando a las asambleas que hubieran correspondido a tal fin.

Un fallo esclarecedor sobre el tratamiento de la responsabilidad civil del fiduciario

Rodolfo G. Papa

SUMARIO: I. El caso ante la instancia arbitral (*a quo*).— II. El decisorio de la Cámara Comercial de la Capital Federal. La inaplicabilidad de una relación de consumo en favor del reclamante.— III. El *thema decidendum* del conflicto. La responsabilidad de fuente civil atribuible al fiduciario como administrador del patrimonio fideicomitado.— IV. Nuestras conclusiones.

I. El caso ante la instancia arbitral (*a quo*)

La sentencia dictada por la sala A del tribunal mercantil de la Capital Federal que

comentaremos es el resultado de la revisión (vía apelación) efectuada sobre un laudo emitido por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Ai-

res, como resultado de la sustanciación de un proceso ante este último, por el cual el actor —en su rol de beneficiario de un fideicomiso creado con fines de inversión en un negocio agropecuario— demandó al fiduciario (BAPRO Mandatos SA), reclamando el resarcimiento de los perjuicios causados por las pérdidas generadas en su gestión y el saldo final de la liquidación (abarcando una serie de rubros, tales como: la indemnización por incobrabilidad, primas de seguro no cobradas, la liquidación final y el daño moral, respectivamente).

Es dable destacar que los puntos del compromiso sobre los que debió expedirse el precitado Tribunal Arbitral, como producto de la traba de la litis y de la apertura a prueba de tales actuaciones, abarcaron los siguientes: a) ¿existieron incumplimientos de las obligaciones que asumieron contractualmente las partes (en particular, el fiduciario)?; b) en su caso, se determinarán fijándose sobre cuál de las partes pesa la responsabilidad por eventuales incumplimientos; c) ¿fue ejercido legítimamente el derecho de retiro del accionado del fideico-

3.- La normativa del consumidor no resulta aplicable al contrato de fideicomiso agrícola celebrado por el actor, si su objeto no estaba dirigido al “consumo final”, sino a la siembra en campos de terceros, la producción y comercialización de los productos agrícolas obtenidos, teniendo una finalidad de lucro evidente.

121.322 — CNCom., sala A, 17/05/2018.
- Pereira, Jorge Alberto c. Bapro Mandatos y Negocios SA s/ organismos externos.

[Cita on line: AR/JUR/27724/2018]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

miso que integró?; d) ¿existen causales de eximición de esas eventuales responsabilidades?; e) ¿corresponde fijar algún tipo de indemnización en favor de quien hubiera resultado perjudicado?; y f) en su caso, se determinarían los montos, conceptos, eventuales intereses, forma y plazo de pago.

El laudo arbitral admitió la procedencia de la pretensión del reclamante, excepto en lo referido al reconocimiento del daño moral, a tenor de los siguientes fundamentos: se aplicó el estatuto del consumidor a la parte actora, con motivo de la ampliación que introdujo la ley 26.361 respecto al alcance del art. 1º de la Ley de Defensa del Consumidor (aunque este punto fuera luego rechazado por la Alzada); se probaron una serie de incumplimientos de las obligaciones contractuales asumidas por el fiduciario que lo tornaron civilmente responsable ante dichos beneficiarios/inversores, entre los que destacó: la falta de contratación de un seguro, la omisión de contralor sobre la actividad desarrollada por el operador y la falta de convocatoria a una asamblea de beneficiarios —prevista por las condiciones contractuales del fideicomiso—, ante la pérdida del valor del patrimonio fideicomitado.

II. El decisorio de la Cámara Comercial de la Capital Federal. La inaplicabilidad de una relación de consumo en favor del reclamante

Corresponde reseñar, en forma preliminar, que el fideicomiso había sido constituido para el desarrollo de un negocio agrícola, el cual, además —obviamente— de la actuación del fiduciario (demandado en autos), contaba con un operador del precitado vehículo y también con operadores comerciales. Asimismo, como posiciones internas de dicho fideicomiso se encontraban los inversores adherentes, en su rol de fiduciantes/beneficiarios.

Al respecto, la inversión de riesgo desarrollada por el fideicomiso consistía en la siembra en campos de terceros y la producción y comercialización de los productos agrícolas obtenidos, en los términos y condiciones detallados en el plan de negocios, mientras que la ejecución del encargo fiduciario se pactó que fuera realizada mediante la administración profesional y reglada de un plan de negocios, a cargo del operador.

El fiduciario, en su posición de administrador de dicho patrimonio fideicomitado, y sobre la base de las previsiones contractuales del fideicomiso, debía repartir las utilidades del negocio a los beneficiarios designados, sobre la base de la forma y los porcentajes preestablecidos en dicho con-

trato, y entregando a quienes se instituían en fideicomisarios los bienes remanentes que integraban dicho patrimonio autónomo, una vez concluido el emprendimiento.

Es importante notar, sobre la base de la configuración formulada por el decisorio del tribunal comercial respecto a la utilización del fideicomiso, en este particular escenario, con una finalidad de administración e inversión en un proyecto agropecuario, que subyace una suerte de “asociación” entre diversas partes que confluyeron en la utilización de dicha figura como la más adecuada para su instrumentación.

En tal sentido, es importante puntualizar que la doctrina ya había sugerido la posible conceptualización del fideicomiso como un “contrato asociativo”, puesto que bajo tal contrato dos o más personas se unen en un esfuerzo, trabajo o tarea vinculada a la gestión de un patrimonio común (dividen las ganancias o las pérdidas en caso de sociedad) (1).

El fallo de la sala A —en lo sustancial— ha sido consistente con las conclusiones del Tribunal Arbitral sobre los temas sustantivos comprendidos por la litis, excepto en lo concerniente a su apartamiento de la interpretación formulada por el *a quo* sobre la calificación de consumidor del actor (2), lo cual derivara de la inaplicabilidad —a la disputa— de las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 7º del Cód. Civ. y Com.) (3).

III. El *thema decidendum* del conflicto. La responsabilidad de fuente civil atribuible al fiduciario como administrador del patrimonio fideicomitado

Nos parece que, sobre la base del reclamo de índole patrimonial realizado por un inversor/beneficiario contra el fideicomiso agrícola objeto de tal controversia, el tema crucial a los fines de su resolución residió en establecer si el fiduciario debía ser responsabilizado en forma directa y personal por los perjuicios sufridos por la parte actora.

Al respecto, la postura adoptada por la sala A, en la consideración de esta cuestión, ha sido la de confirmar lo dictaminado por la instancia arbitral, respecto a responsabilizar al fiduciario por la pérdida causada al inversor reclamante.

En tal sentido, y a partir de la evidencia producida en tales actuaciones, la sala A resolvió que el comportamiento desplegado por el fiduciario, cuyo nexa de causalidad había sido —a su vez— determinan-

te para la causación del daño económico sufrido por el demandante, lo tornaba responsable de manera personal, a tenor de los siguientes fundamentos: *i*) falta de contratación de un seguro “multiriesgo” climático que se encontraba previsto en el contrato de fideicomiso, el cual, además, integraba la oferta formulada a la parte actora. Adicionalmente, y como parte de la diligencia que debería haber observado en el desempeño de tal posición, debió haber asegurado que el operador contratara tal póliza en favor del fideicomiso; *ii*) no realizó un debido control respecto a los actos que el operador estaba llevando a cabo en el cumplimiento de sus funciones; a título ejemplificativo: existencia de pérdidas en las campañas en las que el fideicomiso invirtió fondos, presentación de informes incompletos y con defectos, además de la ausencia de ingresos de fondos por la comercialización de los granos, constatándose que el fiduciario no realizó los actos tendientes a informar debidamente a los beneficiarios de tales cuestiones. Tal omisión de efectuar un debido seguimiento sobre la gestión del operador importó un incumplimiento de las obligaciones que —contractualmente— le habían sido específicamente atribuidas como parte de su gestión sobre el patrimonio fideicomitado; y *iii*) falta de convocatoria a una asamblea de beneficiarios ante la circunstancia de que los bienes fideicomitados eran insuficientes para cumplir las deudas contraídas en la ejecución del fideicomiso, para que tal cuerpo se pronunciara colectivamente sobre tal cuestión. Es importante notar que tales asambleas sólo podían ser convocadas por el fiduciario, de acuerdo a lo que se había estipulado en las previsiones contractuales del fideicomiso. El fiduciario no solamente tenía la obligación de hacer conocer a los beneficiarios la situación en la que se encontraba el patrimonio del fideicomiso, sino también la de solicitar un pronunciamiento de parte de aquéllos respecto de las vías a seguir ante situaciones como las señaladas por los reclamantes.

De acuerdo a lo explicitado por el fallo, se había cristalizado un claro escenario de atribución de responsabilidad contra el fiduciario, en violación al estándar de conducta que debe guiar su desempeño, basado en la “diligencia y prudencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él” (4), lo cual nos expone a formular las siguientes consideraciones sobre esta problemática.

En realidad, la atribución de responsabilidad civil contra el fiduciario, sobre la base de la prueba producida en este pleito, basada en un obrar negligente o culposo des-

plegado por aquél, se sustenta —en nuestro parecer— en dos grandes facultades con las que contractualmente había sido investido y que incumplió significativamente.

Por una parte, en su relación con el operador, en la que se habían previsto una serie de facultades de supervisión sobre la gestión de este último (que omitió realizar), y, por la otra, en su relación con los inversores/beneficiarios, en cuya dinámica se había previsto expresamente que el fiduciario convocaría a una asamblea integrada por aquéllos a los fines de adoptar decisiones trascendentales vinculadas con un escenario de insuficiencia patrimonial del fideicomiso (5), que también omitió implementar.

Ambas vinculaciones internas concentradas en la actuación del fiduciario, reglamentadas por los términos del contrato de fideicomiso de referencia, no hacen sino reafirmar la esencia “contractualista” que posee dicho instituto, en el que, en la etapa de su negociación y construcción de contenidos, prevalece el ejercicio de la autonomía de la voluntad de sus partes contratantes (*pacta sunt servanda*) (6).

Es importante notar que, como ha señalado la doctrina al amparo del anterior sistema basado en la “codificación dual”, en definitiva, la presencia de estipulaciones que remiten a una asamblea para que tome decisiones sobre cuestiones más o menos importantes para el desarrollo de la fiducia no es otra cosa que el ejercicio de la libertad contractual en el contexto de un tipo de convención que natural y funcionalmente se presta, como ocurre con el fideicomiso, más cuando adopta una configuración asociativa. El procedimiento tiende, en síntesis, a que fiduciantes y/o beneficiarios determinen las medidas que han de ser adoptadas en resguardo de sus derechos (7).

Sobre la base de lo anteriormente explicitado, la sala A confirmó una serie de incumplimientos atribuibles directamente al accionar del fiduciario, aplicando la normativa vigente al momento de la cristalización de los hechos (la hoy derogada ley 24.441, que en sus primeros 26 artículos regulaba la figura del fideicomiso) (8), con sustento en que aquél debía cumplir las obligaciones impuestas por la ley o la convención con la diligencia y prudencia del buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él.

Ahora bien, *de lege lata*, una aproximación más precisa a la *ratio* que subyace en el fundamento adoptado por el tribunal mercantil para sostener la responsabilidad del fidu-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) ETCHVERRY, Raúl A., “El fideicomiso como contrato asociativo”, RDCO, nro. 199, septiembre/2002, p. 521.

(2) Al respecto, la sala A, como fundamento para excluir a este tipo de contratos (y en especial a los inversores/beneficiarios) de la aplicación del derecho del consumidor, diferenció la situación de aquellos contratos celebrados “con consumidores” frente a los celebrados con quienes no revisten tal carácter, por la circunstancia caracterizante y definitoria basada en la existencia de un consumo final por parte de quien se incluye en el fidei-

comiso. A renglón seguido, concluyó la instancia de apelación en afirmar que las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor resultan aplicables a los contratos financieros (como el que fuera objeto del litigio resuelto), siempre y cuando el cliente hubiese utilizado los bienes derivados de dicha contratación como “destinatario final” y en “beneficio propio”, resultando la operatoria ajena a la cartera comercial de la entidad co-contratante.

(3) Sobre la base de excluir la tipificación de una relación de consumo del contrato objeto de la controversia, no se había configurado —según lo resuelto por la sala A— la excepción prevista en el art. 7º del Cód. Civ.

y Com. de la Nación, que hubiera conducido a su aplicación a la litis. *A contrario sensu*, el tribunal judicial aplicó temporalmente —en su dictamen— la (hoy derogada) ley 24.441, que era la que se encontraba vigente al tiempo en que sucedieron los hechos.

(4) Arts. 6º de la (derogada) ley 24.441 y 1674 del Cód. Civ. y Com., respectivamente.

(5) El Código Civil y Comercial de la Nación ha previsto en la regulación del fideicomiso financiero la posibilidad de que el fiduciario convoque a una asamblea de beneficiarios en aquellas circunstancias no previstas legal ni convencionalmente, como también en los casos de

insuficiencia patrimonial, aplicando en su convocatoria y funcionamiento las normas de la Ley General de Sociedades para las sociedades anónimas (art. 1695). Entendemos que tal normativa podría ser analógicamente aplicada a otros formatos de fideicomiso.

(6) Art. 958 del Cód. Civ. y Com.

(7) GIRALDI, Pedro M., “Fideicomiso”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 45.

(8) Bajo el ámbito de aplicación de la (hoy derogada) ley 24.441, el fiduciario era responsable de todo perjuicio causado a las otras posiciones internas del contrato por la no ejecución total o parcial de las obligaciones emer-

ciario por el daño causado a los inversores demandantes se fundó en que, como resultado de la confianza que importaba su nombramiento, su deber de obrar con lealtad, pericia e idoneidad operaba —en la práctica— como una regla de todos los contratos, al ser un complemento de la buena fe, y debía ser valorado de manera especial al juzgar su responsabilidad. Es así como —sobre la construcción de tal razonamiento adoptado por la sala A— el fiduciario y el operador debían conocer las reglas, costumbres, prácticas y métodos propios del tipo de negocios que se comprometieron a realizar y/o controlar; de lo contrario habrá impericia, debiendo —en consecuencia— llevar adelante su cometido con previsión y diligencia.

Finalmente, otro aspecto innovador que rescatamos de la *ratio* de esta sentencia es el que distingue dos niveles de obligaciones asumidas por un fiduciario, en su rol de administrador de un patrimonio fideicomitido. Por un lado, obligaciones principales o de gestión, que son de medio, como sucede —por ejemplo— en el caso de la administración de los bienes, la adecuada inversión o la obtención del mayor rendimiento posible, y, por el otro, aquellas de carácter instrumental y accesorio, calificadas por el tribunal mercantil como de resultado (9); por ende, el factor de atribución es objetivo, pues no es menester probar su culpa, no porque no exista, sino porque carece de interés.

En conclusión, el fallo afirmó que ha existido responsabilidad por parte del fiduciario demandado, por haber incumplido las obligaciones que había asumido en virtud del contrato de fideicomiso, cuya deficiente ejecución fuera objeto de la disputa (10).

IV. Nuestras conclusiones

Si bien el litigio objeto de nuestro comentario ha sido resuelto por el tribunal mercantil de la Capital Federal al amparo del derecho imperante con antelación a la vigencia del actual sistema basado en la codificación unificada, entendemos que, *de lege ferenda*, una conclusión sustancialmente similar a la adoptada debería haberse alcanzado de haber aplicado el Código Civil y Comercial de la Nación, en particular en lo que respecta a la atribución de responsabilidad civil —en forma personal— contra el fiduciario.

En tal sentido, como principio general, en la medida en que el fiduciario hubiera sujetado su actuación a los fines del fideicomiso y a las previsiones contractuales pactadas bajo aquél (art. 1704 del Cód. Civ. y Com.), en forma consistente y con apego al estándar de diligencia y prudencia del buen hombre de negocios sobre la base de la confianza depositada en él (art. 1674 —primera parte— del Cód. Civ. y Com.), únicamente respondería con el patrimonio fideicomitido por el cumplimiento de las obligaciones generadas por su ejecución, no pudiendo, como principio general, ser atacado su patrimonio personal, a menos que, por aplicación de los presupuestos de atribución de responsabilidad civil, se hubiera acreditado que su conducta: *i*) ha sido antijurídica (incumplimiento de su deber de no dañar a otro, o su incumplimiento de una obligación de fuente legal o convencional, ya que en tal caso deberá reparar el daño causado —art. 1716 del Cód. Civ. y Com.—); *ii*) con un factor de atribución subjetivo (dolo o culpa, art. 1724 del Cód. Civ. y Com.) u objetivo (falta de contratación de un seguro de responsabilidad civil —arts. 1685, segunda parte, y 1757 del Cód. Civ. y Com.), según las particulares circunstancias del caso; *iii*) ha causado un daño; y *iv*) si existiera un nexo de causalidad entre su comportamiento —como hecho productor— y el daño ocasionado, teniendo en cuenta —además— que la nueva codificación unificada ha consagrado el principio de la “reparación plena o integral” (arts. 1738 y 1740 del Cód. Civ. y Com.) (11). Entendemos que tales presupuestos de atribución de responsabilidad civil se han configurado en el fallo comentado.

La imputación de responsabilidad civil en forma personal contra el patrimonio del fiduciario, recalamos, se encuentra sujeta a la observancia de su deber tanto de “no dañar a otro” como de no incumplir obligaciones a su cargo [ya sean de fuente legal (12) o convencional] (art. 1716 del Cód. Civ. y Com.), ya que de haberse tipificado cualquiera de tales supuestos, sobre las circunstancias del caso concreto y en la medida en que se haya acreditado el dolo o la culpa de él o sus dependientes, que adicionalmente son inexcusables (art. 1676 del Cód. Civ. y Com.), devendrá exigible.

Adicionalmente, y a los fines de evitar ser responsabilizado civilmente, su conducta de-

berá necesariamente adecuarse a las dos funciones esenciales que sobre esta temática han sido reguladas, para evitar así incurrir en potenciales incumplimientos, como son los casos de las funciones preventiva (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.) y resarcitoria (art. 1708 del Cód. Civ. y Com.), respectivamente.

En conclusión, adherimos a la solución adoptada por el decisorio que resolvió uno de los escenarios de conflictividad que con mayor habitualidad podría suscitarse como resultado de la ejecución de un contrato de fideicomiso, sustentado en la atribución de responsabilidad personal contra el fiduciario, habiéndose comprobado con motivo de la sustanciación de dicho proceso una serie de incumplimientos significativos que aquél cometió, frente a lo que había sido pactado.

Nótese que se ha cristalizado —en nuestro parecer— un paralelismo —en lo que se refiere al juzgamiento de la responsabilidad civil del fiduciario producida en tales actuaciones— entre lo preceptuado por el (derogado) Código Civil y el actual Código Civil y Comercial de la Nación, en especial en la observancia del principal estándar de conducta en su actuación como tal (“la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios”), lo cual —según la *ratio* del fallo— imponía armonizar (en materia contractual) las directivas del art. 512 (replicado en la actualidad —en lo sustancial— por el art. 1724 del Cód. Civ. y Com.) (13) con el art. 909 (hoy replicado por el art. 1725 del Cód. Civ. y Com.).

Es así como el tribunal mercantil concluyó en señalar que el desempeño de un fiduciario genera un “especial deber de obrar”, debiendo actuar con más prudencia y conocimiento, teniendo el juzgador que realizar un análisis más riguroso, ante su eventual e hipotético obrar culposos o negligente.

Por nuestra parte, creemos que esta última es una enseñanza que nos ha dejado el análisis de este pronunciamiento, el cual podría sentar las bases sobre cómo evaluar la atribución de responsabilidad civil respecto a la actuación de un fiduciario, de aplicación (sin exclusiones) a todo aquel que aceptara desempeñarse en dicho carácter, ya que, como principio general, esta figura se rige por el principio de la “no profesionalidad”, con la excepción de aquellos que participen

en un fideicomiso financiero sujeto al régimen de oferta pública (arts. 1673 y 1690 del Cód. Civ. y Com.).

Con lo cual, cualquier persona humana o jurídica que acepte tomar parte de cualquier formato de fideicomiso (excepto los sujetos a la oferta pública) bajo el rol de fiduciario, como regla básica, además de contar con todos aquellos recaudos que lo protejan jurídicamente frente a los diversos riesgos con los que podría enfrentarse como resultado de la ejecución del encargo fiduciario pactado, debería —siguiendo la *ratio* del fallo—, como un “plus” entre las exigencias que deberían reunirse para el cumplimiento de dicho encargo, acreditar un adecuado conocimiento de las reglas, costumbres, prácticas y métodos propios para el tipo de negocios que se comprometa a realizar o controlar, ya que de lo contrario se configuraría una situación de “impericia”, con las consiguientes consecuencias jurídicas resultantes de este último obrar.

En segundo lugar, otro fundamento innovador se ha concentrado en calificar los compromisos contractuales y legales asumidos por un fiduciario en dos niveles: por un lado, los denominados por el tribunal como de “medio” (o también llamados principales o de gestión), frente a los de “resultado” (de carácter instrumental o accesorio), y cuyo factor de atribución es objetivo, en los que no es menester probar su culpa (ante su incumplimiento), puesto que carecería de interés.

Por último, un tema que nos parece que debería haber sido aclarado expresamente como parte de los términos de la sentencia, para así disipar cualquier duda sobre su alcance, es que el monto del resarcimiento otorgado a favor del inversor damnificado (junto con el pago de las costas del proceso) fue efectivamente decretado contra el patrimonio personal del fiduciario, excluyendo consecuentemente al patrimonio fideicomitido de dicha condena. Si bien, de acuerdo al análisis del fallo, no existirían cuestionamientos sobre la “ajenidad” que sobre dicho resarcimiento exhibe el patrimonio del fideicomiso, hubiera sido deseable incluirlo como parte de lo así decidido por la sala A. ●

Cita on line: AR/DOC/1688/2018

{ NOTAS }

gentes del fideicomiso, excepto que se hubiera configurado un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. La responsabilidad de fuente contractual del fiduciario era subjetiva, basada en la acreditación del dolo o culpa en su obrar. En cambio, la responsabilidad de fuente extracontractual del fiduciario podría originarse por el daño ocasionado a terceros en la ejecución del contrato de fideicomiso. En este último escenario, su responsabilidad era de fuente objetiva, y la indemnización adeudada por aquél se limitaba al valor de la cosa fideicomitida, en el supuesto en que el fiduciario no la hubiera razonablemente asegurado. GOTLIB, Gabriel - CARREGAL, Mario A. - VAQUERO, Fernando (dirs.) - GRUSKIN, Carla M. (coord.), “Tratado de fideicomiso”, Ed. La Ley, 2014, t. I: Parte General, p. 102.

(9) Citando el decisorio, como supuestos de obligacio-

nes de resultado, en forma enunciativa: la realización de un análisis técnico de riesgo, la de rendir cuentas, la de hacer un inventario, la de contratar seguros y la de cobrar los créditos, entre las relevantes.

(10) Complementariamente, de acuerdo a la decisión condenatoria adoptada por la sala A, no resultaba oponible a los inversores reclamantes cualquier divergencia que pudiera haber existido entre el operador del fideicomiso y la sociedad fiduciaria.

(11) De cualquier manera, y como resultado de la diversidad de roles que asume en forma primaria y directa el fiduciario en la gestión de cualquier patrimonio fideicomitido, podría adicionalmente quedar expuesto a otros niveles de responsabilidad, atendiendo a la existencia de una serie de “microsistemas” normativos cuya vigencia no ha sido derogada por la nueva codificación

unificada y que actualmente coexisten con esta última, puntualizando —no taxativamente— los casos de su responsabilidad de fuente penal (art. 173, inc. 12, del Cód. Penal); tributaria (art. 6º, inc. e], de la ley 11.683); defensa del consumidor; y concursal, en caso de resultar aplicable. Finalmente, no podemos dejar de señalar que, en materia tributaria, la actuación del fiduciario se evaluará atendiendo a su tipificación como “responsable por el cumplimiento de deuda ajena” (art. 6º, inc. e], de la ley 11.683), y que, en tal circunstancia, su responsabilidad será solidaria con el patrimonio fideicomitido, por el cumplimiento de las obligaciones tributarias de este último; pero, a diferencia del derecho civil, será subjetiva y subsidiaria, por aplicación de esta legislación especial que prevalecerá en caso de conflicto.

(12) Existen dos estándares consagrados por la nue-

va codificación a los que el fiduciario deberá adecuar su obrar en su desempeño como tal, y cuya inobservancia lo expondrá a tener que responder en forma personal por los daños derivados de tal situación, como son los casos de la “prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, sobre la base de la confianza depositada en él” (art. 1674 del Cód. Civ. y Com., previamente cristalizado por el art. 6º de la derogada ley 24.441); y, más recientemente, en los casos de una superposición de roles en su actuación como fiduciario y beneficiario, el “evitar cualquier conflicto de intereses y obrar, privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes en el contrato” (art. 1673, último párr., del Cód. Civ. y Com.), respectivamente.

(13) Cuyo ámbito de aplicación se circunscribe esencialmente a la definición de la culpa civil.

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad del Estado

Error judicial. Necesidad de una resolución infundada. Falta de servicio. Daño psíquico.

Hechos: El juez hizo lugar a la demanda interpuesta contra el Estado con el objeto

de obtener la reparación de daños y perjuicios derivados del error judicial que se produjo en la causa penal que concluyó con la nulidad de todo lo actuado y la absolución de la actora, y por los daños sufridos a partir de la revocación de su permiso para salir del establecimiento penitenciario, a fin de acompañar a su hijo que padecía una grave enfermedad y que concluyó con su muerte. El perdedor interpuso recurso de apelación. La Cámara

acogió el remedio intentado y sólo responsabilizó al Estado por no haberle otorgado autorización para visitar a su hijo, mas no por la existencia de una sentencia absolutoria.

1. - El accionar del Estado para con la actora que estaba en prisión preventiva y solicitó visitar a su hijo con una dolencia terminal fue ilegítimo, dado que el juez actuante no se expidió sobre ello,

aun cuando fue alertado del grave estado de salud del menor, privando a la actora de ejercer el derecho de estar junto a su hijo en el momento de su muerte.

2. - El daño psíquico padecido por la actora a raíz del actuar ilegítimo del Estado debe ser resarcido, pues se encuentra fehacientemente acreditado el impacto negativo que imprimió la muerte de su hijo en el aparato psíquico de la acto-

ra y, por ende, la existencia de secuelas permanentes.

! CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:
Imposibilidad de visitar a su hijo con una enfermedad terminal.

Referencias de la víctima:
Sexo: Femenino.
Observaciones: Se reduce el monto otorgado en primera instancia.

Componentes del daño:
Daño extrapatrimonial
Daño moral genérico: \$140.000

121.323 — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala IV, 19/06/2018. - S., C. M. y otro c. EN - Mº Justicia - SPF - PJN - y otros s/ Daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/24545/2018]

! COSTAS

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia. — Buenos Aires, junio 19 de 2018.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Morán* dijo:

1º) Que a fs. 411/420 vta., la señora juez de la anterior instancia hizo lugar a la demanda interpuesta contra el Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación y Servicio Penitenciario Federal) con el objeto de obtener la reparación de daños y perjuicios derivados del error judicial que se produjo en la causa penal que concluyó con la nulidad de todo lo actuado y la absolución de la actora, y por los daños sufridos a partir de la revocación de su permiso para salir del establecimiento penitenciario, a fin de acompañar a su hijo que padecía una grave enfermedad y que concluyó con su muerte. En efecto, condenó al Estado Nacional a abonar la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000), más intereses calculados a la tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina y hasta su efectivo pago. Impuso las costas al demandado vencido.

Para así decidir, entendió que:

a) de las constancias del fallo del Tribunal Oral N° 3 en lo Penal Económico, surgía “sin lugar a dudas, la existencia —en el caso bajo análisis— de error judicial”, por lo que correspondía otorgar a la actora la indemnización solicitada por los daños sufridos como consecuencia de la actuación errada de la instancia superior.

b) de las distintas pruebas producidas, se había comprobado que la separación de la madre de su hijo enfermo terminal estaba expresamente desaconsejada, destacando que dos días antes del fallecimiento del hijo de la actora, el servicio médico manifestó que había “un riesgo elevado de vida y, se hace saber, que en este caso la presencia de su madre es imprescindible”, cuya sugerencia no había sido tenida en cuenta. Concluyó que, ante estas circunstancias, la potestad disciplinaria del Servicio Penitenciario no fue ejercida de modo razonable. En efecto, fijó la indemnización por el daño sufrido como consecuencia del error judicial y de daño moral en la suma de pesos doscientos cuarenta mil (\$240.000).

c) en cuanto al daño psicológico, la actora presentaba un “duelo patológico leve” por

la situación que originaron las presentes actuaciones, suceso que “afectó la esfera volitiva e intelectual, acrecentando los sentimientos de soledad e inseguridad que se hallaban presentes en su personalidad de base”, fijando su resarcimiento en la suma de pesos diez mil (\$10.000).

2º) Que, contra dicha sentencia, tanto el Estado Nacional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal interpusieron recurso de apelación a fs. 421 y 439, que fueron concedidos libremente a fs. 422 y 440, respectivamente.

Puestos los autos en la oficina, el Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos expresó sus agravios a fs. 425/433 vta., que no fueron contestados por su contraria (cfr. fs. 435). Por su parte, la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal presentó su memorial a fs. 442/460, que fue replicado por su contraria a fs. 462 y 464/469.

3º) Que los codemandados (Estado Nacional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal) —cuyos memoriales de agravios son coincidentes— se quejan de la responsabilidad atribuida por error judicial con base en lo dispuesto en el art. 5º de la Ley de Responsabilidad del Estado que dispone que “los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derechos a indemnización”. Destacan que el fallo citado por la *a quo* “Petroni” se diferencia de estos actuados, en tanto en aquel se había confirmado la existencia de irregularidades verificadas durante el juicio oral y su contenido. Sostienen que la prisión preventiva —resolución del 27/12/2005— se encontraba fundada en el procesamiento dictado contra la actora por considerarla “*prima facie*” coautora del delito de contrabando de estupefacientes agravado por la participación de tres o más personas, en concurso real con el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. A su vez, manifiestan que ese pronunciamiento no se encontraba firme, que no provenía de una sentencia definitiva, motivo por el cual debía estarse a lo dispuesto por la CSJN en autos “Balda”: “tal medida provisoria sólo traducía la existencia de un serio estado de sospecha, fundado en los elementos de juicio existentes hasta ese momento..., de modo que no cabe admitir que por esta vía resarcitoria se pretenda revisar el acierto o error de pronunciamiento cautelar firme”. Agregan que la desvinculación procesal del demandante no se debió a su inocencia manifiesta —requisito exigido por la jurisprudencia para obtener un resarcimiento—, sino más bien fue producto de la falta de acusación por parte del fiscal de instrucción que consideró insuficiente el plexo probatorio para sustentar una sentencia de reproche. Asimismo, cuestionan la existencia de relación de causalidad entre las afecciones que aduce la actora y el accionar de su parte, destacando que sería un caso de responsabilidad por actividad legítima del Estado que exige una relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva, que ha sido reconocido por la jurisprudencia, pero excluyendo a la actividad judicial legítima dentro de los supuestos de indemnización.

Por otra parte, se agravan del reconocimiento del daño moral por entender que, tal como lo dispone el art. 5º de la ley 26.944, “la indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”. Asimismo, solicitan se revoque el

reconocimiento del daño psicológico, sobre la base de las conclusiones arribadas por la jueza de grado del dictamen pericial practicado en autos. Cuestionan dicho examen —que impugnaron oportunamente— por no haber determinado la relación entre la sintomatología de la actora y el hecho de autos, prescindiendo de analizar la estructura psicológica de base que presentaba la accionante.

Finalmente, discuten la imposición de costas de la instancia anterior.

Por su parte, la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal plantea la falta de tratamiento de la excepción de prescripción, que fuera diferido al momento de dictar sentencia.

4º) Que en primer término corresponde dar tratamiento a la excepción de prescripción planteada.

En el presente caso nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual, cuyo plazo de prescripción es de dos años (confr. art. 4037, Cód. Civil), que no se encuentra discutido por ninguna de las partes. La cuestión a dilucidar es a partir de cuándo debe contabilizarse dicho plazo.

Tal como lo sostiene la actora el plazo bienal debe contabilizarse a partir de la fecha del auto de absolución (14/08/2007) dictado por el Tribunal Oral en lo Penal Económico N° 3, en el marco de la causa 1289, “Boehme, Daniel F. s/ inf. ley 22.415” por el presunto delito de contrabando, en la que fuera otorgada y posteriormente suspendida la autorización de salida para visitar a su hijo convaleciente (cfr. fs. 61/73 vta.).

En conclusión, al 14 de agosto de 2009 (fecha de interposición de la demanda —fs. 18—) no habían transcurrido los dos años contemplados en el art. 4037 del Cód. Civil. Por ello, corresponde rechazar la excepción de prescripción planteada por la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal.

5º) Que, en cuanto al fondo, debe aclararse que son dos las pretensiones de la actora contenidas en la demanda: a) el error judicial que privó a la actora de su libertad por el plazo de dos años aproximadamente; y b) la revocación del permiso para visitar a su hijo en su enfermedad, privándola de estar a su lado en el momento de su fallecimiento.

A fin de resolver las cuestiones planteadas, y toda vez que la jueza de grado ha realizado un detenido análisis de las actuaciones judiciales que ocasionaron la presente demanda, por razones de economía procesal se tienen por reproducidas las reseñas efectuadas en la sentencia apelada.

6º) Que, con relación con el error judicial esgrimido, corresponde adelantar que el agravio del Estado Nacional debe prosperar.

Cabe recordar que es postulado basal en la jurisprudencia de la Corte federal en la materia que el Estado sólo puede ser responsabilizado por los pronunciamientos que dictan sus jueces en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto; pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario, ha señalado el Tribunal, importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley (Fallos 311:1007).

A su vez, si bien esta tesis, originalmente extendida a los menoscabos atribuidos a las prisiones preventivas (cfr. Fallos 317:1233, “Román”; y 318:1990, “Balda”; 321:1712 “López”; 325:1855 “Robles”; 326:820 “Lema”), fue a posteriori morigerada en tal ámbito por el Alto Tribunal (al hacer propia la posición que en sus inicios habían sostenido los jueces Belluscio, Petracchi y Fayt), se precisó, por cierto, que la indemnización en tales hipótesis no debía ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revelaba como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos llevaban a los juzgadores al convencimiento —relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta— de que había mediado un delito y de que existía probabilidad cierta de que el imputado hubiera sido su autor (ver los votos de los jueces en los precedentes antedichos y Fallos 327:1738, “Cura”; 328:2780 “Muñoz Fernández”; 328:4175 “Gerbaudo”; 329:3176 “Pedezert”; y 329:3894 “Quiroz Franco”).

Ello, ya que para la adopción de estas medidas no se requiere certeza sobre la culpabilidad del imputado sino sólo su verosimilitud, al punto que un juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo probable (cfr. Fallos 321:1712 del voto del Dr. Bossert).

Es por tal motivo que la Corte ha descartado la viabilidad de reclamos de esta índole fundados sólo en la absolución posterior (cfr. Fallos 326:820; 330:2112); o porque ésta se decretó no por inexistencia del delito sino por insuficiencia de los elementos probatorios colectados para demostrar la autoría, sin que el pronunciamiento importara descalificar la medida cautelar adoptada en su momento respecto de los procesados (Fallos 321:1712, cit.); ni basados en declaraciones posteriores de nulidad, que no controvirtieron la eficacia probatoria de los elementos tenidos en cuenta para el dictado del auto de prisión preventiva (Fallos 328:2780); o por la nulidad del allanamiento y, como consecuencia, de los actos posteriores a él (Fallos 328:4175); porque la absolución tuvo su causa en vicios procesales (Fallos 329:3806) o, finalmente, en razón de ordenarse por el mero beneficio de la duda (cfr. Fallos 329:3176).

Desde esta perspectiva, cabe colegir que no aparece probado en el *sub lite*, que el auto de prisión preventiva que pesó sobre la actora y dio lugar a este pleito haya resultado, en palabras de la Corte, incuestionablemente infundado y/o arbitrario; ni tampoco que los pronunciamientos que lo sucedieron lo hubieran descalificado expresa y puntualmente.

En consecuencia, el resarcimiento pretendido basado en una irregular actuación del Poder Judicial no podría válidamente proceder.

7º) Que, en cuanto al resarcimiento reconocido a la actora a raíz de la muerte de su hijo mientras se encontraba internado con una enfermedad terminal en el Hospital Sor María Ludovica de la ciudad de La Plata, el mismo debe ser encuadrado como una falta de servicio.

Al respecto, cabe recordar que su configuración depende de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el Estado debe haber incurrido en una falta de servicio; b) la actora debe haber sufrido un daño cierto; y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos 328:2546; 332:2328; 333:1404; 333:1623).

Con relación al primero de los recaudos, la Corte Suprema ha expresado, en reiteradas oportunidades, que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejercicio irregular (Fallos 306:2030; 307:821; 315:1892; 320:1999; 329:3065; 330:2748, entre otros).

Dicho Tribunal ha manifestado, también, que la idea objetiva de falta de servicio —por acción o por omisión— encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Cód. Civil, que establecía un régimen de responsabilidad por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas.

Se trata de una responsabilidad directa del Estado por el servicio público que presta a la comunidad, aunque la falta sea derivada del hecho de los agentes. En efecto, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos 321:1124; 330:2748 y 333:1623).

Esa responsabilidad directa basada en la falta de servicio y definida por la Corte como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos 321:1124). En consecuencia, el factor de atribución debe ser aplicado en cada causa en función de los mencionados elementos (Fallos 330:563; 336:1642).

Sobre esa base, corresponde analizar la existencia del daño cierto y resarcible. Según se desprende de la prueba producida en particular del resumen de la historia clínica del hijo de la actora —M. W. F.— surge que dos días antes de su fallecimiento el Dr. J. A. B., cardiólogo infantil, indicó que “F. M. W., de 12 años de edad es controlado en el Hospital de Niños de La Plata donde se realiza el diagnóstico de cardiopatía congénita compleja (ventrículo único, estenosis pulmonar) con bloqueo auriculoventricular completo. El 07/12/1991, a los 18 meses de edad se realiza cateterismo cardíaco donde se constata que su estado hemodinámico es estable y se controló clínicamente. En el año 1995, comienza con problemas pulmonares (neumotórax hipertensivo), requiriendo internación en terapia intensiva, drenaje quirúrgico y asistencia respiratoria mecánica. A partir de allí, los cuadros respiratorios se tornaron más frecuentes siendo controlado juntamente con el Servicio de Neumonología con lo cual se logra estabilizar la patología pulmonar. Se realizan los estudios cardiológicos (ecocardiogramas, cateterismo cardíaco) para definir la cirugía cardíaca y la colocación de marcapasos cardíaco definitivo. Actualmente, su condición cardiológica es inestable, con alteración de su estado nutricional, edemas, disnea en reposo, requiriendo cada vez más ajustes de la medicación cardiológica y de los parámetros del marcapasos cardíaco, lo que lo define como un paciente de alto riesgo y con pronóstico reservado. En este momento se encuentra internado en nuestro Hospital, se deterioró más aún la función cardíaca, por lo cual estamos en una etapa donde hay un riesgo elevado de vida, y se hace saber, que en este caso la presencia de su madre es imprescindible” (fs. 33). En efecto, la recomendación expresada por el

profesional era contar de manera imprescindible con la presencia de la madre.

Frente a las distintas internaciones, las sugerencias del servicio médico y ante el pedido del beneficio del art. 313, *in fine* del Código Procesal Penal que dispone que, a los imputados que se encuentran sometidos a prisión preventiva “Los jueces podrán autorizarlos, mediante resolución fundada, a salir del establecimiento y ser trasladados bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de algún pariente próximo, por el tiempo que prudencialmente se determine”, el juez actuante no se expidió sobre ello, aun cuando fue alertado del grave estado de salud del menor y que anteriormente había concedido una autorización a la señora S. para visitarlo en el citado nosocomio.

Ello demuestra un accionar ilegítimo —por omisión— del Estado, que privó a la actora de ejercer el derecho de estar junto a su hijo en el momento de su muerte, que debe ser indemnizado.

8°) Que, en este sentido, y en virtud del daño moral reclamado, cabe recordar la jurisprudencia según la cual el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata pues de compensar, en la medida posible, un daño consumado. El dinero en el caso es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. De este modo, la evaluación del perjuicio moral es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como —en principio— debe hacerse de acuerdo al artículo 1083 del Cód. Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a equivalencia. La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que no cabe sostener que no es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida” (Fallos 334:376, entre otros).

En esa inteligencia y en lo concerniente a la fijación de su *quantum*, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, y la entidad del sufrimiento causado, aunque sea de dificultosísima cuantificación (Fallos 321:1117; 323:3564, 3614; 325:1156; 332:2842; 334:1821; 338:652, entre otros). Por otra parte, cabe ponderar que, en el *sub lite*, la índole del hecho generador del daño es una omisión ilícita a deberes esenciales del Estado que se ha traducido en la lesión de bienes que tienen un valor esencial en la vida del hombre, como son los afectos primarios, la seguridad del entorno familiar, la tranquilidad de espíritu (conf. Sala II, causa “Furman, Jacobo y otro c. EN y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 01/03/2016).

Bajo tales premisas, teniendo en consideración el carácter resarcitorio del daño moral, el monto reclamado por este rubro en la demanda (fs. 12 vta./13) y la entidad del sufrimiento causado, se estima adecuado reducir el monto de la indemnización

determinada en primera instancia y fijar por este rubro la suma de (\$140.000).

9°) Que, en virtud de los agravios esgrimidos en cuanto al daño psíquico reconocido, la Corte Suprema ha señalado que “cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, atendiendo a su incidencia en el campo laboral y sus proyecciones en el ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida” (conf. Fallos 322:2658 y 2002; 329: 2688; 334:1821, entre otros).

A diferencia del daño moral —que escapa al horizonte pericial psicoforense por no conllevar patología—, el daño psicológico implica conformación o incremento de una patología de este tipo. En el daño psíquico se debe evaluar la perturbación o lesión a las facultades mentales y alteraciones en los rasgos de personalidad. Se puede hablar de daño psíquico en una persona cuando ésta presenta un deterioro, disfunción o trastorno en el desarrollo psico-orgánico que, afectando sus esferas, volutiva o intelectual, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral o social. A tal fin, es indispensable acreditar de modo indiscutible y científico, la existencia de tal patología, dependiendo el monto de la suma indemnizatoria de las conclusiones del experto en lo que refiere a duración y costo del tratamiento terapéutico (conf. Sala I, causa “Rosalez, Claudia Patricia y otros c. Servicio Penitenciario Federal y otro s/ Daños y Perjuicios”, sent. del 23/03/2011, Sala II, causa “Alche de Grinberg, Laura E. c. EN-Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios”, sent. del 23/10/2008, y sus citas).

En el caso, del informe de la perito psicóloga se detectó en la señora S. “un duelo patológico leve (10% de incapacidad, punto 2.6.6, según el Baremo para Daño Neurológico y Psíquico de los Dres. Mariano Castex y Daniel Silva) por la situación que originan estos autos. Dicho incidente operó como concausa de los trastornos de su personalidad de base. [...] El suceso —fallecimiento de su hijo— afectó la esfera volitiva e intelectual, acrecentando los sentimientos de soledad e inseguridad que ya se hallaban presentes en su personalidad de base” (fs. 293/297).

Así pues, es indudable que en autos se encuentra fehacientemente acreditado el impacto negativo que imprimió la muerte de su hijo en el aparato psíquico de la actora y, por ende, la existencia de secuelas permanentes (Fallos 334:376); circunstancia que sella la suerte adversa de los agravios impetrados por las codemandadas con relación a la procedencia de este rubro.

Por lo dicho, teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad y los gastos que significarían el tratamiento psicológico sugerido por la profesional, corresponde confirmar la indemnización por daño psíquico.

10) Que, en virtud de la imposición de costas de la anterior instancia, y en atención a la forma en que se resuelve en el presente decisorio, corresponde modificar lo dispuesto por la *a quo* y disponer que las mismas corran se distribuyan en ambas instancias, en atención a la existencia de vencimientos mutuos y parciales (art. 71, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, voto por:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de las codemandadas en los términos consignados en el considerando 6° y, en consecuencia, modificar la indemnización por

daño moral, fijando su monto en la suma de pesos ciento cuarenta mil (\$140.000);

2) Confirmarla en cuanto al reconocimiento y *quantum* fijado por daño psicológico;

3) Modificar la imposición de costas de la instancia anterior y distribuirlas en ambas instancias, en atención a la existencia de vencimientos mutuos y parciales (art. 71, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Los doctores *Vincenti* y *Duffy* adhirieron al voto que antecede.

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de las codemandadas en los términos consignados en el considerando 6° y en consecuencia, modificar la indemnización por daño moral, fijando su monto en la suma de pesos ciento cuarenta mil (\$140.000); 2) Confirmarla en cuanto al reconocimiento y *quantum* fijado por daño psicológico; 3) Modificar la imposición de costas de la instancia anterior y distribuirlas en ambas instancias, en atención a la existencia de vencimientos mutuos y parciales (art. 71, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Marcelo D. Duffy*. — *Jorge E. Morán*. — *Rogelio W. Vincenti*.

Defensa del consumidor

Deber de información. Relación de consumo. Omisión del sitio web de compras de brindar la información del vendedor que no entregó un producto.

Hechos: La autoridad de aplicación imputó a un sitio de compras por Internet el hecho de no haber suministrado al consumidor la información cierta clara y detallada obrante en su poder sobre el vendedor que no le había entregado el producto adquirido. El acto sancionatorio fue apelado. La Cámara desestimó el remedio intentado.

1.- La empresa demandada que no le brindó a un usuario los datos del comprador que incumplió con la entrega del producto infringió el deber de información, en tanto no se vislumbran razones plausibles por las cuales el vendedor podría objetar que se suministre a quien contrató con él datos como su CUIL, o un domicilio al cual dirigir eventuales comunicaciones o reclamos.

2.- La empresa de ventas por Internet se encuentra alcanzada por las disposiciones de la Ley de Defensa al Consumidor, por cuanto interviene —y por ende es responsable— desde el mismo momento en que, creando apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes y también lo es de sus ganancias. (Del voto de la Dra. Díaz).

121.324 — CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 11/06/2018. - Mercado Libre SRL c. Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor.

[Cita on line: AR/JUR/24534/2018]

! COSTAS

Se imponen al vencido.

2ª Instancia. — Buenos Aires, junio 11 de 2018.

¿Es justa la disposición apelada?

A la cuestión planteada, la doctora *Díaz* dijo:

I. A fs. 1 luce el formulario de denuncia N° 7961/2014 suscripto por la señora Esther Leonor Pochak, del 01/08/2014, contra Mercado Libre SRL (en adelante, ML), por el supuesto incumplimiento en la entrega del producto adquirido en su página web y la falta de información que se le habría brindado sobre los datos del vendedor del producto adquirido.

En tal sentido, manifestó que, el 13/03/2014, compró —a través del portal de Internet de la denunciada— “100 sándwiches de miga a Darío Bastos (Catering Lila) por la suma de \$250” (fs. 3).

Relató haber realizado el pago a través de su tarjeta de crédito en el sitio de la actora y coordinar “con el vendedor (...) la entrega del producto para el miércoles 19 de marzo de 2014 de 11 a 14 hs, a fin de servirlos como almuerzo (...) el día de mi cumpleaños” (fs. 3).

Señaló que la entrega del pedido nunca se concretó. Por tal motivo, dijo haber efectuado una serie de reclamos mediante los que logró la devolución parcial del dinero, aunque no le dieron respuesta acerca “de los datos reales del vendedor y de la indemnización del daño producido por el incumplimiento contractual” (fs. 4).

Seguidamente, remarcó que ML “resulta obligado solidario en virtud del régimen de responsabilidad objetiva y solidaria dispuesto por la ley N° 24.240” (fs. 4).

En ese contexto, solicitó ser resarcida por el daño directo que dijo haber padecido y que se le aplique una multa a la recurrente.

A fs. 6/14 se acompañaron detalles de compra, correos electrónicos y demás documentación.

Abierta la etapa conciliatoria, las partes no arribaron a un acuerdo (v. fs. 17 y 19).

Como consecuencia, la autoridad de aplicación le imputó a ML la presunta infracción al artículo 4° de la ley N° 24.240 (en adelante LDC) por cuanto “la sumariada no le habría suministrado al consumidor la información cierta clara y detallada obrante en su poder sobre el vendedor que no le entregó el producto adquirido” (sic. v. archivo 3 del CD acompañado).

Así las cosas, y luego de que la actora presentase su descargo (v. archivo 12 del CD acompañado), la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor dictó la disposición N° 4435-DGDyPc. 2016 (v. fs. 111/123), mediante la cual impuso a la actora —para lo que aquí importa— una multa de treinta mil pesos (30.000) por infracción al artículo 4° de la LDC y le ordenó la publicación de la resolución condenatoria en el diario “La Razón” debiendo acreditar dicha circunstancia en el expediente en el plazo de treinta (30) días hábiles.

Para así decidir, la autoridad de aplicación se remitió —en primer lugar— a lo establecido por la Dirección General de Defensa y Protección de Consumidores Usuarios de la Provincia de Chubut en cuanto a que la ley N° 24.240 resulta aplicable a la actividad desplegada por ML.

Puntualmente, hizo hincapié en que allí se ponía “de relieve el carácter de miembro de la cadena de comercialización que presenta la denunciada en su calidad de distribuidor,

ergo, proveedor en el sentido amplio del artículo 2° LDC” (fs. 112 vuelta).

A su vez, agregó que la “actuación en la recepción del pago efectuado por el consumidor forma parte inseparable de la operatoria de la compraventa descripta (...) [y que] sólo a través del pago realizado en la cuenta registrada por la proveedora —respecto de la cual Mercado Libre admite gestionar como mandataria del vendedor— pudo concretarse la operatoria de compraventa” (fs. 114).

En consecuencia, afirmó que “el rol de la empresa como administradora y gestora de las cuentas de los vendedores a través de la cual se canalizó el pago, permite concluir que ha formado parte de la cadena de compraventa y, en lo que aquí interesa, ha mantenido una relación de consumo con los distintos denunciados” (fs. 114). Sumado a ello, destacó el beneficio económico obtenido por ML a raíz de los pagos efectuados por cada uno de los denunciados en sus respectivas operaciones.

Con respecto al caso específico de la Sra. Pochak, sostuvo que “la negativa de la sumariada a brindar datos adicionales del vendedor ante el incumplimiento injustificado por parte de este último equivale a una negativa a cumplir el deber que le cabe en virtud de lo normado por el artículo 4° de la LDC, el que en definitiva permite a su colega en la cadena de comercialización el ampararse en el anonimato para infringir la Ley” (fs. 116).

En ese orden, manifestó que “el intermediario de la operación quien provee la plataforma desde la cual se auspician y concretan operaciones de compraventa, no puede válidamente excusarse de brindar datos al usuario que sufrió una estafa amparándose en una supuesta inviolabilidad de datos personales, máxime cuando dichos datos pueden ser fácilmente cedidos por los titulares en aras de garantizar un conocimiento suficiente y adecuado tendiente a evitar defraudaciones como la suscitada” (fs. 116).

En razón de lo expuesto se tuvo por configurada la infracción.

II. A fs. 30/76, luce el recurso directo que oportunamente interpusiera ML contra el acto sancionatorio, requiriendo que fuera dejado sin efecto. A fs. 127, se declaró la competencia del Tribunal para entender en autos y se tuvo por habilitada la instancia judicial. Asimismo, se ordenó el traslado de la fundamentación del recurso que fue contestado por el GCBA a fs. 136/146.

Acto seguido, se declaró la cuestión de puro derecho (v. fs. 147).

Luego, argumentó en derecho la parte actora a fs. 151/154 vuelta, tomó intervención la señora fiscal de Cámara cuyo dictamen luce a fs. 159/162 vuelta, y los autos se elevaron al acuerdo a fs. 164.

III. La parte recurrente se agravó por estimar —en lo que a este caso importa— que: i) las disposiciones contempladas en la ley N° 24.240 no le resultan aplicables por los problemas que pueden presentarse entre el oferente y comprador, con motivo de una operación de compraventa; ii) no se ha configurado un incumplimiento al deber previsto en el artículo 4° de la ley N° 24.240; y, ii) el monto de la multa aplicada es irrazonable y desproporcionado.

IV. Así planteada la cuestión, cabe señalar que los puntos individualizados como “i)” y “ii)” en el considerando anterior han sido adecuadamente tratados en el enjuiciado dictamen de la Sra. fiscal ante la Cámara obrante a fs. 159/162 vuelta [v. particularmente punto III.A), B) y C)], cuyos

fundamentos y solución comparto y doy aquí por reproducidos.

Asimismo, corresponde señalar que la conclusión a la que allí se arribó en torno a la aplicación de la ley N° 24.240 a ML por su rol como intermediario de la relación de consumo, resulta conteste con la jurisprudencia vigente en la materia.

En particular, puede destacarse que la noción “relación de consumo” no queda circunscripta sólo a la figura contractual sino que, a partir de la reforma constitucional de 1994, “abarca a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios” (Cámara Nacional en lo Civil, Sala “K”, en los autos “Claps, Enrique M. y otro c. Mercado Libre SA s/ daños y perjuicios”, sentencia del 05/10/2012; y en sentido similar: Cámara 4ª de Apelaciones Civil y Comercial de Córdoba, en los autos “Mercado Libre SRL c. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial - Rec. Apel. c. decisiones autoridad adm. o pers. jurídica pub. no estatal (civil) - Expte. N° 2.715.652/36”, sentencia del 29/12/2016; y, Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, Sala III, en los autos “F., P. A. c. Mercado Libre SRL s/ acción emergente de la ley del consumidor”, sentencia del 15/09/2016).

Ello así, “[l]o cierto es que Mercado Libre interviene —y por ende es responsable— desde el mismo momento en que, creando apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes. Y precisamente, esa confianza constituye la fuente primaria de sus obligaciones. También lo es de sus ganancias. Sea cual sea el argumento que se tome, no es discutible que Mercado Libre es un intermediario que integra una cadena comercial” (“Claps” ya citado).

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso en estos aspectos.

V. Con respecto a la graduación de la sanción impuesta, cabe señalar que la recurrente se limitó a disentir con la cuantía determinada, sin efectuar una crítica seria y fundada de la disposición impugnada.

De todos modos, de la propia disposición N° 4435-DGDyPC 2016 surge que se ha tenido en cuenta al momento de graduar el importe de las sanciones, “la destacadísima posición que ocupa Mercado Libre en el mercado y su carácter de reincidente”, así como que “en la actualidad el derecho a la información ha tomado una enorme trascendencia no solamente por la forma en que la información general e impersonalizada es transmitida a través de las nuevas tecnologías sino también por la incidencia que ella tiene en la expresión del consentimiento para el perfeccionamiento de múltiples negocios jurídicos” (fs. 120).

Asimismo, aun cuando en el artículo 49 de la ley N° 24.240 se establece “el perjuicio resultante de la infracción por el consumidor o usuario” como un parámetro que debe tenerse presente al momento de aplicar y graduar la sanción, lo cierto es que se trata, entre otras, de una pauta de carácter no excluyente —según surge del propio texto de la ley— para fijar el tipo y grado de la pena (esta Sala, en los autos: “Wal Mart Argentina SA c. GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”, expte. N° 147/0, sentencia del 29/08/2003; “Forest Car SA c. GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”, expte. N° 3712/0, sentencia del 26/02/2015; “Amx Argentina SA c. GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”, expte. N° 3670/0, sentencia del 11/07/2014; entre otros).

En tal sentido, la multa de treinta mil pesos (\$30.000) aplicada a la empresa, aparece suficientemente motivada y no luce desproporcionada, si se tiene presente, tal como fue meritudo por la autoridad de aplicación, su posición en el mercado y, asimismo, su carácter de reincidente. Más aún, cuando en el artículo 47 de la ley N° 24.240 se contempla un rango para la sanción que va de cien pesos (100) a cinco millones pesos (5.000.000).

En consecuencia, corresponde rechazar el agravio bajo estudio.

VI. Las costas de esta instancia, por aplicación del principio objetivo de la derrota, deben ser impuesta a la parte actora vencida (cf. art. 62 del CCAYT).

VII. Finalmente, toca regular los honorarios profesionales, a favor de la representación letrada de la parte demandada.

Teniendo en consideración la complejidad de la cuestión planteada, el resultado obtenido, la etapa procesal cumplida y el valor, motivo, extensión y calidad de la labor desarrollada, de conformidad con lo previsto en los artículos 15, 16, 17, 29, 46, 60 y concordantes de la ley N° 5134, corresponde regular a la dirección letrada y representación procesal de la parte demandada, la suma de nueve mil setecientos sesenta y cinco pesos (9.765).

VIII. Por todo ello, atento las consideraciones expuestas propongo que, en caso de ser compartido este voto, se rechace el recurso interpuesto por la parte actora, con costas (cf. art. 62 del CCAYT), y se regulen los honorarios de la letrada apoderada de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el considerando VII.

El doctor *Balbín* dijo:

I. Adhiero a lo expuesto en los considerandos I a VI del voto de la doctora *Díaz*.

II. Mercado Libre SA no puede desconocer que, en su calidad de intermediario, se encuentra alcanzado por la LDC.

A mayor abundamiento, cabe señalar que a través de “Mercado Pago”, se brinda un servicio al consumidor que también genera obligaciones para la recurrente en el marco de la LDC brinda un servicio al consumidor que también genera obligaciones para la recurrente en el marco de la LDC.

III. Sentado lo anterior, dado el lugar relevante que ocupa en el mercado la firma sancionada —potenciado además por el creciente uso de los medios electrónicos para el tráfico comercial—, estimo conveniente formular algunas apreciaciones adicionales acerca del alcance del deber de información a su cargo.

A propósito de este deber, la doctrina ha dicho que “adquiere, en materia de defensa del consumidor, el rango de derecho fundamental reconocido expresamente en el artículo 42 de la Constitución Nacional en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad económico-jurídica que suelen detentar los proveedores” y que “[...] actúa no sólo en la etapa precontractual sino también durante la ejecución del contrato. En el primer supuesto, la información de todas aquellas circunstancias que refieren a la prestación en sí y a las condiciones económicas y jurídicas de adquisición del producto o contratación del servicio, tiende a facilitar la emisión de un consentimiento esclarecido, informado y por tanto plenamente eficaz; en el segundo caso, se presenta como un efecto del contrato perfeccionado que apunta a que el consumidor o usuario pueda hacer valer sus derechos” (cfr. Wajtraub, Javier,

“Protección Jurídica del Consumidor”, Bs. As., Lexis Nexis, 2004, pp. 48-50).

A fin de justificar la transgresión del art. 4° de la LDC, la recurrente aduce que no se encuentra autorizada a brindar al comprador los datos del vendedor que le fueran requeridos.

Como señala con pertinencia la Sra. Fiscal de Cámara, esta defensa encuentra un escollo insoslayable en la resolución n° 21 del Grupo Mercado Común del Sur, incorporada a través de la resolución SCT n° 104/2005. Conforme esta norma, “[e]n las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de Internet, debe garantizarse a los consumidores durante todo el proceso de la transacción comercial, el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio; sobre el producto o servicio ofertado; y respecto a las transacciones electrónicas involucradas” (art. 1°).

Mercado Libre tampoco logra demostrar que la transmisión al comprador de la información solicitada hubiese vulnerado un deber de confidencialidad sobre datos personales del vendedor. No se vislumbran razones plausibles por las cuales el vendedor podría objetar que se suministre a quien contrató con él datos como su CUIL, o un domicilio al cual dirigir eventuales comunicaciones o reclamos. En definitiva, se trata de datos (razón social, domicilio y CUIT) con los que se procura precisar la identidad del vendedor y que, conforme el principio de buena fe que rige los contratos, quien acuerda voluntariamente una operación de esta índole no debería tener reparos en facilitar.

Adicionalmente, los datos en cuestión están incluidos entre aquellos que el vendedor se encuentra obligado a incluir en su facturación, conforme la resolución general n° 1415 de la Administración Federal de Ingresos Públicos. El destinatario del comprobante de venta es, justamente, el comprador.

En suma, el vendedor se encuentra obligado a brindar estos datos al consumidor. A su vez, queda claro que Mercado Libre no es ajeno a la relación de consumo. De hecho, la confianza de los usuarios en la plataforma ofrecida por la recurrente resulta clave para la concertación de las operaciones de venta.

A partir de estas premisas, la negativa injustificada a suministrar información básica sobre el vendedor conspira contra la transparencia en el comercio electrónico y coloca al consumidor en una situación de mayor vulnerabilidad. En este sentido, se ha dicho, a propósito de las relaciones de consumo en el marco del comercio electrónico, que “... la tecnología es cada vez más compleja en su diseño, pero se presenta de modo simplificado frente al usuario, ocultando de este modo una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor. Puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores, instaurando un trato no familiar” (Lorenzetti, Ricardo L., “Consumidores”, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 42).

Asimismo, dan cuenta de esta problemática las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas por la Asamblea General mediante la resolución 39/248. Dicho documento establece que “[l]os Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, mediante la formulación constante de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado

de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio” (punto 63). Asimismo, los Estados Miembros deben “... garantizar que los consumidores y las empresas estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital” (punto 64).

En suma, la conducta de la recurrente constituye una clara contravención al art. 4° de la LDC.

IV. Con relación con la regulación de honorarios, adhiero al considerando VII del voto de mi colega preopinante.

La doctora *Schafrik de Núñez*, por los argumentos esgrimidos, adhiere al voto del doctor *Balbín*.

En mérito a las consideraciones vertidas, normas legales aplicables al caso y de conformidad con lo dictaminado por la señora fiscal de Cámara; el Tribunal resuelve: 1) Rechazar el recurso interpuesto por la actora, con costas (cf. art. 62 del CCAyT), y 2) Regular los honorarios de la letrada apoderada de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el considerando VII del voto de la doctora *Díaz*. Regístrese, notifíquese —junto con copia del dictamen fiscal— y, oportunamente, archívese. — *Mariana Díaz*. — *Fabiana H. Schafrik de Núñez*.

Jubilaciones

Contrato de renta vitalicia. Sistema de capitalización. Movilidad. Aplicación del índice RIPTE. Improcedencia.

Hechos: *El juez rechazó la pretensión deducida en la demanda consistente en el pago de las diferencias resultantes entre la renta vitalicia que percibía el actor por los años aportados al Régimen de Capitalización. Apelada la decisión, la Cámara estimó la pretensión del beneficiario.*

- 1.- La jubilación ordinaria obtenida bajo la modalidad de “renta vitalicia” en función de los años aportados durante la vigencia del régimen de capitalización debe calcularse, pues reviste naturaleza previsional y, por ende, se encuentra amparada por las garantías constitucionales que la Ley Fundamental le dispensa a las prestaciones de la seguridad social; máxime si fue el propio Estado el que posibilitó la elección de un sistema que ofrecía preservar el contenido patrimonial de los haberes de pasividad.
- 2.- El haber jubilatorio obtenido mediante el contrato de renta vitalicia previsional debe calcularse, por cuanto no puede hoy en día sostenerse que con el argumento de que el actor optó por el sistema de capitalización voluntariamente no se le puede redeterminar el haber porque él mismo debe hacerse cargo de su opción, siendo que la Constitución Nacional impone una manda al gobernante de asegurar el beneficio de jubilación con carácter integral y por sobre todas las cosas, siendo que el propio Estado once años después admite el fracaso del sistema y decide estatizarlo para volver a administrar directamente los fondos, soslayando la voluntad de los particulares. (Del voto de la Dra. Dorado).
- 3.- El índice RIPTE como pauta de movilidad para la determinación del primer haber jubilatorio no puede aplicarse, dado que no consta, ni fue alegado por ninguna de las partes, que el actor haya adherido al referido Programa de Repa-

ración Histórica, ni suscripto el acuerdo transaccional que la ley 27.260 reglamenta, no siendo justo ni equitativo sustituir el índice elegido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como pauta de actualización de los haberes devengados por otro que representa una mera secuela de la renuncia de derechos litigiosos que toda transacción entraña.

121.325 — CFed. Seg. Social, sala II, 12/06/2018. - Cortes, José Raimundo c. ANSeS s/ reajustes varios.

[Cita on line: AR/JUR/24526/2018]

! COSTAS

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia. — Buenos Aires, junio 12 de 2018.

El doctor *Herrero* dijo:

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 67/69.

La demandada se agravia de lo resuelto en torno a los parámetros ordenados para el cálculo del haber inicial.

La parte actora cuestiona la sentencia, en cuanto rechaza la pretensión deducida en la demanda consistente en el pago de las diferencias resultantes entre la renta vitalicia que percibe por los años aportados al Régimen de Capitalización y lo que hubiere percibido de haberle correspondido el pago de la Prestación Adicional por Permanencia.

Agravios de la demandada:

Con respecto a la petición de la demandada referida a la sustitución del ISBIC por el RIPTE como pauta de movilidad para la determinación del primer haber jubilatorio, cabe recordar que este índice fue instituido por la ley 27.260 para actualizar los haberes y cancelar las deudas previsionales de todos aquellos jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión que adhieren en forma voluntaria al denominado Programa Nacional de Reparación Histórica mediante acuerdos transaccionales suscriptos con la Administración Nacional de Seguridad Social (art. 4°).

Como lo señalara uno de los más preclaros civilistas argentinos, “...la transacción implica sustancialmente un reconocimiento parcial y una *renuncia parcial* de derechos. En otras palabras, se *renuncia parcialmente* a un derecho para obtener el reconocimiento y consolidación del resto de la pretensión” (v. Guillermo A. Borda, “Tratado de Derecho Civil - Obligaciones - Octava Edición Actualizada”, Editorial Perrot, Buenos Aires, T. I, p. 553).

No consta en autos, ni fue alegado por ninguna de las partes, que el actor haya adherido al referido Programa de Reparación Histórica, ni suscripto el acuerdo transaccional que la ley 27.260 reglamenta, por lo que deviene a todas luces improcedente aplicar el *contenido hipotético* de un contrato contemplado en esta ley —o cualquiera de sus componentes— a un tercero que no lo ha suscripto.

De ello se deriva que no corresponde aplicar en la presente causa el mecanismo de actualización previsto en el art. 5° de la ley 27.260 (RIPTE), toda vez que el actor no adhirió al referido programa de Reparación Histórica ni suscribió el acuerdo transaccional que ella reglamenta.

El índice de actualización ratificado por la Corte Suprema en este precedente se ajusta a su inveterada doctrina sobre la garantía constitucional de movilidad (C.N. art. 14 *bis*), por lo que no parece razonable ni justo sustituirlo por otro índice que es una mera secuela de la renuncia de derechos litigiosos de la transacción que reglamenta la ley 27.260 [v. Cód. Civil y Comercial, artículo 1643] y que además no resulta consustancial con esta doctrina.

El Alto Tribunal señaló en el considerando 6° de la sentencia “Eliff” que: “Tal conclusión concuerda con lo señalado por el Tribunal en el sentido de que el empleo de un indicador salarial en materia previsional no tiene como finalidad compensar el deterioro inflacionario sino mantener una razonable proporción entre los ingresos activos y pasivos, que se vería afectada si en el cálculo del haber jubilatorio no se reflejaran las variaciones que se produjeron en las remuneraciones (causas “Sánchez” y “Monzo” en Fallos 328:1602, 2833 y 329:3211).

Y más adelante, concluyó del siguiente modo: “La prestación previsional viene a sustituir el ingreso que tenía el peticionario como consecuencia de su labor, de modo que el nivel de vida asegurado por la jubilación debe guardar una relación justa y razonable con el que le proporcionaban al trabajador y a su núcleo familiar las remuneraciones que venía recibiendo y que definían la cuantía de sus aportes, lo que ha llevado a privilegiar como principio el de la necesaria proporcionalidad entre los haberes de pasividad y de actividad”. (Considerando II°)

Dicho módulo, por lo demás, se ajusta a su inveterada doctrina sobre el contenido y alcance de la garantía constitucional de movilidad y de las dos pilastras en las cuales se sustenta la misma, a saber, los principios de *proporcionalidad* y de *sustitutividad* (C.N. art. 14 *bis*), que obligan al legislador y al juez —cada uno en su ámbito de actuación o zona de reserva constitucional— a cuantificar la *tasa de sustitución* razonable que corresponde aplicar, tanto para la determinación del haber inicial, cuanto para su movilidad futura.

En orden a lo anterior, no parece justo ni equitativo sustituir el índice elegido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como pauta de actualización de los haberes devengados, por otro que representa una mera secuela de la renuncia de derechos litigiosos que toda transacción entraña y que, por otra parte, no resulta consustancial con esta doctrina constitucional.

Desde antiguo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “...los jueces deben conformar sus resoluciones a las decisiones que en casos análogos dicte la Corte Suprema haciendo jurisprudencia” (v. “Videla, Magdalena c. García Aguilera, Vicente”, año 1870 Fallos 9:53; *id.* “Cerámica San Lorenzo SA”, Fallos 307:1094); seguimiento que entraña para todos los jueces de la República un “...deber moral que se funda principalmente en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad de los magistrados que la componen y tiene por objeto —dicho obligatorio seguimiento— evitar recursos inútiles” (v. “Pastorino, Bernardo, capitán de la barca Nuovo Principio c. Ronillón Marini y Cía.”. Año 1883, Fallos 25:364).

En cuanto al Decreto 807/2016 y Resolución SS 6/2016, no resultan aplicables al caso de autos, toda vez que el actor adquirió su beneficio previsional con anterioridad a la fecha establecida en el art. 5° del primero (alta a partir del mensual agosto 2016).

En consecuencia, las remuneraciones devengadas hasta el mensual de febrero de 2009 inclusive, se ajustarán por el Índi-

ce de Salarios Básicos de la Industria y la Construcción (ISBIC) y los posteriores por el art. 2° de la ley 26.417 y hasta la fecha de adquisición del derecho, sin perjuicio de que al practicar la liquidación se descuenten las actualizaciones de las remuneraciones ya efectuadas hasta la entrada en vigencia de la ley 26.417. Para el caso de que estas resulten mayores a las del procedimiento indicado, deberá estarse a las mismas.

Por las razones expuestas, cabe confirmar lo decidido por la *a quo*.

Agravios de la actora

Respecto al agravio vertido en torno al del recálculo de la jubilación ordinaria obtenida bajo la modalidad de “renta vitalicia” en función de los años aportados durante la vigencia del régimen de capitalización. Se anticipa su favorable acogida en orden a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, cabe puntualizar que la prestación que percibe el actor bajo la modalidad de “renta vitalicia” que contemplaba el derogado régimen de capitalización (ley 24.241, art. 101), reviste naturaleza previsional y, por ende, se encuentra amparado por las garantías constitucionales que la Ley Fundamental les dispensa a las prestaciones de la seguridad social. (Fallos 331:2006 y 339:61, considerando 8°).

Lo atinente a la materia previsional debe apreciarse conforme a la finalidad que ésta persigue, ámbito en el cual el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen los fines que la inspiran que no son otros que la cobertura de los riesgos de subsistencia y la protección integral de la familia, ya que el carácter alimentario de los derechos en juego impone a los jueces el deber de actuar con extrema cautela cuando se trata de juzgar peticiones de esta índole.

El carácter alimentario de todo beneficio previsional, que tiende a cubrir las necesidades primarias de los beneficiarios y su reconocida naturaleza de subsistencia, obliga a sostener el “principio de favorabilidad” y a rechazar toda fundamentación restrictiva”. (Fallos: 331:2006)

De conformidad con el art. 18 de la ley 26.425, la Administración Nacional de la Seguridad Social se subrogó en las obligaciones, facultades y derechos que la ley 24.241 y sus modificatorias les había otorgado a las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP), asumiendo el propio Estado la condición de garante de los principios de integralidad e irrenunciabilidad de todas las prestaciones que el régimen derogado otorgaba a sus beneficiarios.

En efecto, el art. 2° de la ley 26.425 prescribe que el Estado Nacional garantiza a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozan a la fecha de la entrada en vigencia de esta ley.

Y el artículo 3° —en línea con esta directiva— prescribe lo siguiente: “Los servicios prestados bajo relación de dependencia o en calidad de trabajador autónomo correspondientes a los períodos que el trabajador se encontraba afiliado al régimen de capitalización serán considerados a los efectos de la liquidación de los beneficios establecidos en el artículo 17 de la ley 24.241 y sus modificatorias como si hubiesen sido prestados al régimen previsional público”.

De ello se infiere que, en principio, mal podría asignarse diferente trato a situaciones idénticas relativas a la historia la-

boral de los trabajadores (p. ej. cómputo de años de servicio, promedio de las remuneraciones, límite de aportes al sistema de seguridad social, etc.), si nos ceñimos a lo prescripto por las normas constitucionales y legales que consagran garantías tutelares sobre las prestaciones de la seguridad, acordadas tanto por el sistema previsional público, como por el sistema de capitalización individual o “privado”.

Admitir un temperamento contrario, es decir, negar a unos lo que se concede a otros en idénticas condiciones, entrañaría convalidar o consentir situaciones de notoria desigualdad jurídica entre jubilados y pensionados pertenecientes al mismo Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), en clara violación de la garantía constitucional de igualdad ante la ley —C.N. art. 14— (v. CSJN, “Etchart, Fernando M. c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos”, considerando 14°).

El actor —como quedó dicho recién—, afiliado al régimen de capitalización individual (Ley 24.241, art. 41), optó por la modalidad de renta vitalicia para el goce de su beneficio previsional, luego de cumplir todos los requisitos exigidos por la ley para tener derecho al citado beneficio (arts. 47 y 101).

La liquidación de esta modalidad de pago de las contingencias de vejez, invalidez y muerte se sujetaba a rigurosas pautas actuariales previstas en los artículos 101 y 105 de la ley 24.241, las cuales no preveían ninguna movilidad frente a una posible pérdida de su poder adquisitivo en el futuro, acordes al programa económico vigente en ese momento —denominado “plan de convertibilidad”— que se erigía sobre tres pilares básicos, a saber: una ficticia “paridad cambiaria” que luego eclosionó en la grave crisis de 2001/2, un “rígido corsé sobre la política monetaria contra la inflación” y —como corolario de lo anterior— la “prohibición legal de indexar” las obligaciones dinerarias (créditos y deudas).

No sólo los titulares de las jubilaciones ordinarias, retiros por invalidez o pensiones por fallecimiento obtenidos bajo la modalidad de rentas vitalicias habían quedado fuera del marco protectorio de la garantía constitucional de movilidad que consagra el artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional, sino también los beneficiarios de los denominados “retiros programado o retiro fraccionario”, otras de las modalidades de pago que podían elegir a su arbitrio los afiliados al sistema de capitalización individual cuando hubiesen sufrido las contingencias previstas por la ley vigente.

El Alto Tribunal de la Nación ha trazado una línea doctrinaria de perfil claramente garantista en torno al cobijo constitucional de las rentas vitalicias previsionales que, en orden a la superior autoridad de que se halla institucionalmente investido como tribunal de garantías constitucionales y último intérprete de la Constitución Nacional (Fallos 212:51), como asimismo —y desde otro costado— al deber que les asiste a los jueces inferiores de conformar sus decisiones a la doctrina emanada del Superior (v. Fallos 25:368; 212:51; “Cerámica San Lorenzo”, LA LEY, 1986-A, 178, entre muchos otros), dicha doctrina se proyecta sobre todo el sistema de prestaciones del régimen de capitalización individual, tales como el retiro programado, fraccionario, entre otras.

En el “*leading case*” “Benedetti, Estela S. c. P.E.N. Ley 25.561 - dtos. 1570/2001 y 214/2002 s/ amparo” (sentencia del 16 de septiembre de 2008), por ejemplo, el Alto Tribunal de la Nación estableció la siguiente doctrina:

a) La renta vitalicia previsional tiene una finalidad específica que es compatible con

la tutela que la Constitución Nacional otorga a los beneficiarios de la seguridad social (considerando 4°);

b) La Constitución Nacional establece en su artículo 14 *bis* una protección operativa a las jubilaciones y pensiones, lo que significa asegurar a los beneficiarios un nivel de vida similar —dentro de una proporcionalidad justa y razonable— según las remuneraciones percibidas en actividad. Se trata, por consiguiente, de un mecanismo constitucional que garantiza la adecuada relación del haber de pasividad con el nivel de ingresos laborales percibidos (considerando 4°);

c) Este principio no puede ser ignorado mediante un mecanismo autorizado por la ley, como una renta vitalicia previsional (“*ibidem*”);

d) Con arreglo a tales principios —e independientemente de las conocidas diferencias entre el sistema de capitalización y el de reparto— no puede prescindirse sin más de la doctrina elaborada por esta Corte en materia de movilidad de los jubilaciones y pensiones, como garantía constitucional que tutela, especialmente, contingencias como las descriptas en esta causa (“*ibidem*”);

e) Todos aquellos rasgos tutelares resultan homologables a la presente causa si se considera que el propio Estado posibilitó la elección de un sistema que ofrecía preservar el contenido patrimonial de los haberes de pasividad (“*ibidem*”);

f) La actora ha resultado claramente damnificada ante el desconocimiento evidente del carácter sustitutivo del haber previsional (“*ibidem*”);

g) Las normas que alteraron las condiciones pactadas durante la vigencia del régimen derogado por la ley 26.425, pese a haber sido ratificado un año antes por la ley 26.222 (BO 08/03/2007), se han desinteresado —continúa la Corte— de la concreta realidad sobre la que deben actuar, a la par que han desvirtuado lo establecido en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, norma que asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales (considerando 5°).

En el precedente “Etchart, Fernando M. c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos” (sentencia del 27 de octubre de 2015), a su vez, el Alto Tribunal equiparó las rentas vitalicias previsionales que tuvieran o no algún componente estatal —por considerarlas amparadas por la garantía de movilidad que consagra el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional— al haber mínimo legal. El actor percibía una jubilación ordinaria íntegramente financiada con fondos privados que, al haber recibidos exiguos incrementos desde que le fue otorgada, había quedado por debajo del mencionado mínimo legal.

La Corte Suprema de Justicia, en línea con la doctrina “Benedetti”, se fundó básicamente en las contundentes prescripciones que, al respecto, contiene la ley 26.425, sancionada casi tres meses después que se dictara aquella sentencia.

En efecto, recuerda el tribunal cimero en “Etchart” que “...en el año 2008 se sancionó la ley 26.425 que unificó el sistema previsional. El art. 1° —puntualiza— consagró dicha fusión “en un único sistema público denominado Sistema Integral Previsional Argentino, financiado a través de un sistema solidario de reparto, garantizando a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público en cumplimiento del mandato previsto por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional”. (Considerando 10°).

Párrafos más abajo, reitera esta promesa estatal de cobertura y tratamiento más favorable para los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización, y luego de cuestionar la reglamentación de la ley 26.425 por apartarse de esta contundente directiva, puntualiza que este proceder estatal ha generado: “...una desigualdad irrazonable entre los pasivos, al excluir a algunos de lo que, en similares condiciones, se otorgan a los demás” (Considerando 14°).

En la sentencia “Deprati, Adrián F. c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos” (sentencia del 4 de febrero de 2016), por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación avanzó aún más en la protección constitucional de los titulares de las rentas vitalicias previsionales, al incursionar por primera vez sobre el delicado tema de la atribución de responsabilidad por los resultados disvaliosos provocados por el régimen derogado sobre las personas que confiaron en él de buena fe, con estas palabras: “Corresponde al Estado que es, como ya se ha dicho, a quien va dirigido el mandato constitucional de otorgar movilidad a las jubilaciones y quien ha diseñado, regulado y controlado el sistema que, en el caso, ha producido resultados disvaliosos, garantizar el cumplimiento de aquel precepto e integrar las sumas necesarias para cubrir las diferencias existentes entre los montos percibidos por el actor y los que hubiera debido percibir si se hubieran aplicado las leyes, decretos y resoluciones antes citados” (que disponían incrementos en el monto de las prestaciones percibidas por los jubilados del sistema público).

Como surge de lo anterior, es a todas luces innegable que fue el propio Estado el que posibilitó la elección de un sistema que ofrecía preservar el contenido patrimonial de los haberes de pasividad, y que —como quedó demostrado con la sanción de la ley 26.425 que lo disolvió en forma inopinada— no pudo cumplir este objetivo.

La solución que se propicia en esta sentencia, por lo demás, se compadece con el compromiso que asumió la República Argentina al suscribir la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), de lograr en forma “progresiva” la plena efectividad de los derechos humanos sociales que consagra este documento que reviste jerarquía constitucional (C.N. art. 75, inc. 22).

En consecuencia, y de conformidad a lo dispuesto por los capítulos I y II de la ley 26.425, deberá recalcularse o redeterminarse el haber inicial del actor considerando que los aportes efectuados al régimen de capitalización se deben computar como efectuados al régimen previsional público (ley 26.425, art. 3°), teniendo en cuenta la totalidad de los años de servicios con aportes prestados con posterioridad al 30 de junio de 1994.

El organismo previsional deberá abonar las diferencias correspondientes entre las sumas percibidas por el titular en concepto de renta vitalicia y las que hubiera percibido en concepto de Prestación Adicional por Permanencia, en proporción a la cantidad de años aportados al régimen de capitalización.

En el supuesto que existan diferencias a favor del actor, deberá abonarse el haber recalculado y el retroactivo de las sumas no prescriptas. (v. CSJN, “Benítez, Jorge A. c. Galicia Retiro Compañía de Seguros SA s/ juicio sumarísimo” sentencia del 08/05/2018).

Por ello, voto por: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada conforme surge de los considerandos precedentes; 2) Hacer lugar al agravio de la parte actora y orde-

nar al organismo previsional realizar un cuadro comparativo en el que se deberán cotejar mes a mes las sumas efectivamente percibidas por el titular bajo la modalidad de renta vitalicia y las que hubiera debido percibir en concepto de Prestación Adicional por Permanencia, en proporción a la cantidad de años aportados al régimen de capitalización; 3) De existir diferencias a favor del actor, deberá abonársele el haber recalculado como si siempre hubiere aportado al régimen de reparto y el retroactivo de las sumas no prescriptas, 4) Costas en el orden causado (art. 21, Ley 24.463); 5) Regular los honorarios a favor de la representación letrada de la parte actora por su actuación ante la Alzada en el 25% de lo fijado por su actuación en la instancia anterior; 6) Devolver las actuaciones al Juzgado de origen a sus efectos. Regístrese, notifíquese, protocolícese y oportunamente devuélvanse.

La doctora *Dorado* dijo:

En lo que hace al agravio de la parte actora tendiente al reajuste del componente de su haber jubilatorio bajo la modalidad Renta Vitalicia Previsional-Capitalización, estimo que le asiste razón al apelante.

En efecto, más allá de que la propia actora voluntariamente se afilió al régimen de capitalización y que no obra en autos constancia alguna de que su voluntad fuese viciada para la concreción de dicho acto, el Alto Tribunal de la Nación en la causa “Depratti, Adrián F. c. ANSeS s/ amparo y sumarísimo”, CSJN, 04 de febrero de 2016, en su considerando 9° con claridad sostuvo que correspondía al Estado el deber de adoptar las disposiciones necesarias para dar cumplimiento con la manda constitucional impuesta por el art. 14 bis. En tanto que en el considerando

11° afirma que régimen de capitalización previsional normado por la Ley 24.241 fue diseñado con ese objetivo; concluyendo en el considerando 13° que la fórmula elegida por el legislador no satisfizo a la garantía constitucional invocada. Como consecuencia de ello, en el considerando 17° sostuvo que correspondía al Estado —“a quien va dirigido el mandato constitucional de otorgar movilidad a las jubilaciones y quien ha diseñado, regulado y controlado el sistema que en el caso *ha producido resultados disvaliosos*”— garantizar el cumplimiento de aquel precepto e integrar las sumas necesarias para cubrir las diferencias existentes entre los montos percibidos por el actor y los que hubiera percibido si se hubieran aplicado las leyes y decretos allí citadas.

Es evidente entonces, que si el Alto Tribunal de la Nación consideró que la deficiente movilidad dispuesta por el régimen de la Ley 24.241 para los afiliados del sistema de capitalización debía ser suplida por el Estado y, que para alcanzar dicho razonamiento no se detuvo a analizar respecto de las razones que llevaron al beneficiario a optar por el sistema de capitalización y no por el de reparto, poniendo por el contrario el enfoque en el resultado concreto arribado —en el mencionado caso “Depratti”— no encuentro razones para no aplicar dicha doctrina en lo que hace a la redeterminación del haber del actor, con sustento en el sistema diseñado para el régimen de reparto.

Ello así, toda vez que el propio precedente “Depratti” citado perdería sentido y razón de ser si sólo fuese invocado para simplemente reconocer la movilidad sobre un haber inequitativamente determinado. En consecuencia, siendo que este fuero desde su origen consideró que la garantía de movilidad se satisface a partir de una readecuada determinación del haber, no puede hoy en día sostenerse que con el argumento de que el actor optó por el sistema de capitalización voluntariamente no se le puede redeterminar el haber porque el mismo debe hacerse cargo de su opción, siendo que la Constitución Nacional impone una manda al gobernante de asegurar el beneficio de jubilación con carácter integral y por sobre todas las cosas, siendo que el propio Estado once años después admite el fracaso del sistema y decide estatizar el mismo para volver administrar los fondos, soslayando la voluntad de los particulares.

Sentado lo expuesto, corresponde establecer el índice con el que habrá de actualizarse el componente de Renta Vitalicia Previsional-Capitalización. En tal sentido estimo que el índice consagrado por el Alto Tribunal en la causa “Eliff” hasta la fecha de adquisición del beneficio o de entrada en vigencia de la Ley 26.417, según lo que ocurra primero, resultando el índice más adecuado para satisfacer la garantía de la integridad del haber redeterminado.

En consecuencia, corresponde ordenar que el organismo efectúe un cotejo mes a mes, entre las sumas efectivamente percibidas por el actor en concepto de Renta Vitalicia Previsional y las que hubiera percibido en concepto de Prestación Adicional por Permanencia. A los fines del cálculo de la PAP deberá efectuarse como si hubiese sido originariamente calculados conforme el régimen previsional público, teniendo en cuenta para su determinación inicial y movilidad las pautas señaladas en el presente decisorio para las restantes prestaciones (“Eliff, Alberto c. ANSeS s/ Reajustes Varios” (S.C.E.131; L. XLIV; sent. del 11/08/2009) y “Badaro, Adolfo V. c. ANSeS s/ Reajustes varios” (sent. del 26/11/2007).

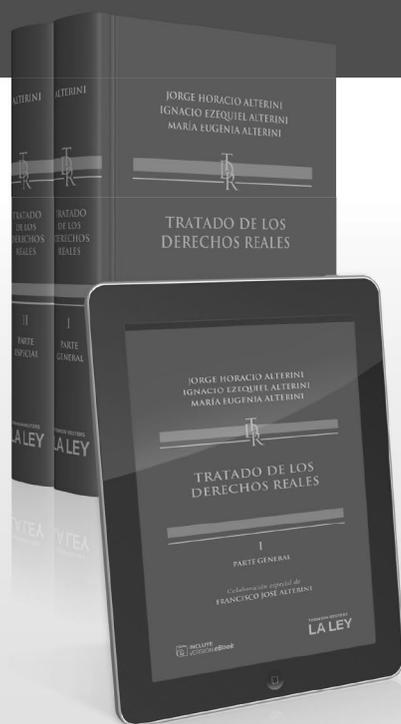
A mérito de lo que resulta del presente acuerdo, el Tribunal resuelve: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada conforme surge de los considerandos precedentes; 2) Hacer lugar al agravio de la parte actora y ordenar al organismo previsional realizar un cuadro comparativo en el que se deberán cotejar mes a mes las sumas efectivamente percibidas por el titular bajo la modalidad de renta vitalicia y las que hubiera debido percibir en concepto de Prestación Adicional por Permanencia, en proporción a la cantidad de años aportados al régimen de capitalización; 3) De existir diferencias a favor del actor, deberá abonársele el haber recalculado como si siempre hubiere aportado al régimen de reparto y el retroactivo de las sumas no prescriptas, 4) Costas en el orden causado (art. 21, Ley 24.463); 5) Regular los honorarios a favor de la representación letrada de la parte actora por su actuación ante la Alzada en el 25% de lo fijado por su actuación en la instancia anterior; 6) Devolver las actuaciones al Juzgado de origen a sus efectos. Regístrese, notifíquese, protocolícese y oportunamente devuélvanse. El Dr. Emilio Fernández no firma por encontrarse en uso de licencia (art. 109, RJN). — *Nora C. Dorado*. — *Luis R. Herrero*.

THOMSON REUTERS
LA LEY

TRATADO DE LOS DERECHOS REALES

Jorge Horacio Alterini • Ignacio Ezequiel Alterini • María Eugenia Alterini

Con la colaboración especial de Francisco José Alterini



Lo invitamos a informarse acerca de la reciente jurisprudencia elaborada en torno al Código Civil y Comercial, y la relevante producida durante la vigencia del Código de Vélez Sarsfield, siempre que mantenga actualidad.

El sustento doctrinario es muy nutrido y aparecen en la bibliografía citada numerosos autores clásicos y contemporáneos, tanto nacionales como extranjeros.

Se procura una exposición que con una **visión didáctica** (incluso con cuadros sinópticos) reconstruya la integralidad del régimen jurídico para que no queden vacíos interpretativos.

  2 tomos + ebook

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey   ThomsonReutersLatam

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta Ciudad, informa que JAVIER ENRIQUE DÍAZ BOSCAN, de nacionalidad venezolana, con D.N.I. Nº 94.481.004, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la Ciudadanía Argentina. Por ello cualquier persona que tuviera conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 6 de agosto de 2018
Matías M. Abraham, sec. int.
LA LEY: I. 22/08/18 V. 23/08/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, a cargo del Dr. Marcelo Gota, Secretaría Nº 16, a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que CASTILLO TIMANA JAVIER ALEXANDER, nacido en Barrancas,

Lima, Perú, el 31 de julio de 1987, con DNI Nº 94.659.504, ha petitionado la concesión de la Ciudadanía Argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 25 de junio de 2018
Sebastián Andrés Ferrero, sec.
LA LEY: I. 17/08/18 V. 17/08/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 6, Secretaría Nº 11, sito en la calle Libertad 731, piso 5º, Cap. Fed., tramita el pedido de Carta de Ciudadanía de BRENDA PATRICIA, SOLANA QUIROZ, D.N.I. Nº 94.204.760, nacida el 01 de enero de 1975, en Colombia, hija de Solano Martínez, Ernesto Manuel y de Quiroz Vega, Ruth Esther. Según Expte. Nº 2989/2018, se hace saber que quien co-

nozca motivos que considere pueden obstar a la obtención de la Ciudadanía, puede hacerlo conocer a través del Ministerio Público “Ley 24.533” (modif. por la ley 24.951). Publíquese por dos días en el diario La Ley.

Secretaría, 30 de julio de 2018
Pablo Vidal Claypole, sec.
LA LEY: I. 16/08/18 V. 17/08/18

El Juzgado Federal Civil y Comercial Nº 1, Secretaría Nº 1 de la Capital Federal, hace saber que WAHIB ALRASHID, de nacionalidad sirio, DNI Nº 95.417.835, ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el Diario LA LEY.

Buenos Aires, 21 de junio de 2018
Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 17/08/18 V. 17/08/18