



EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Ética judicial en Costa Rica Estructura, desarrollo y proyecciones

por RAFAEL LEÓN HERNÁNDEZ(*)

Sumario: ANTECEDENTES DE LA ÉTICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COSTARRICENSE. – ESTRUCTURA ORGANIZATIVA. – DESARROLLO PROGRAMÁTICO. – ESTADO ACTUAL Y PROYECCIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

Antecedentes de la ética en la Administración pública costarricense

Pese a que no es posible referir un único punto de origen de la ética judicial en Costa Rica, uno de los principales antecedentes fue la creación de la Comisión Nacional de Rescate de Valores en diciembre de 1987, como una iniciativa que surgió del Colegio de Abogados y que fue acogida por el Poder Ejecutivo.

Dicha Comisión, si bien fue creada por medio de un decreto ejecutivo (17908-J), contó con la aprobación de los otros poderes de la República, que pronto se unieron a un plan nacional para el fortalecimiento de la ética y los valores en el país. Como muestra de ello, el Poder Judicial

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Ética del abogado y crisis del sistema judicial*, por JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTEVEZ, ED, 181-1395; *El Código de Ética de la Función Pública (un examen crítico)*, por OSCAR ANDRÉS DE MASI, ED, 184-1430; *Magistratura y Códigos de Ética*, por ARMANDO S. ANDRUET (h.), ED, 190-883; *El juez distribuidor de la justicia versus el juez dador de paz social*, por JORGE W. PEYRANO, ED, 231-875; *La discreción del juez. Reflexiones sobre el papel institucional de los jueces*, por JUAN B. ETCHEVERRY, ED, 235-878; *Ética política, listas sábana, candidaturas testimoniales y prudencia judicial*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, ED, 2009-137; *“Mediatización” y ambigüedad ética (¿defensores o cómplices?)*, por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 254-889; *Algunos aportes en torno a la ética judicial*, por MATÍAS NICOLÁS MOREL QUIRNO, ED, 262-741. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Máster en psicología del trabajo y las organizaciones (Universidad de Costa Rica). Cuenta con estudios en psicología laboral en las Universidades Católicas de Chile y Costa Rica, así como de ética en la Universidad Nacional del Litoral (Argentina), Universidad Estatal a Distancia (Costa Rica), Escuela Judicial (Costa Rica), Escuela Nacional de la Judicatura (República Dominicana), entre otras. Actualmente es profesional especialista en contenidos de la Secretaría Técnica de Ética y Valores del Poder Judicial de Costa Rica y docente del Sistema Nacional de Ética y Valores de ese país. Entre otros cargos, se ha desempeñado como coordinador de las Comisiones de Ética y Valores del Instituto Mixto de Ayuda Social y del Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica, también fue miembro de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Rescate de Valores. Cuenta con artículos publicados en diversas revistas académicas, así como varias obras, entre ellas: *Implikaciones éticas de la función judicial* (Poder Judicial, 2012) y *Gestión ética para organizaciones públicas y privadas* (EUNED, 2014).

creó su propia Comisión de Valores (hoy llamada Comisión de Ética y Valores) mediante acuerdo de Corte Plena, en sesión del 20-7-92.

Poco a poco, diversas instituciones fueron creando sus propias comisiones, por lo que en diciembre de 1994 se conformó oficialmente el Sistema Nacional de Comisiones de Valores (conocido ahora como Sistema Nacional de Ética y Valores) mediante decreto ejecutivo 23944-J-C, con el que la conformación de Comisiones se volvió obligatoria para los órganos del Poder Ejecutivo y se invitó a los demás poderes y entes descentralizados a conformar sus comisiones e integrarlas al sistema.

La Comisión Nacional de Rescate de Valores inició sus labores con actividades de formación en las comunidades, pero con el surgimiento de un sistema institucionalizado su trabajo se inclinó hacia el quehacer de las organizaciones públicas.

En 2001 este trabajo se formalizó aún más al incorporar la elaboración de diagnósticos institucionales y códigos de ética como parte del accionar de las comisiones (ABARCA, OVARES y VEGA, 2001).

Durante la primera década de este milenio, en Costa Rica se dio una serie de cambios normativos, entre los que se cuentan la promulgación de la Ley General de Control Interno y la creación de una oficina anticorrupción denominada Procuraduría de la Ética Pública (2002), la publicación de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y de las Directrices generales sobre principios y enunciados éticos (2004), la elaboración del Decreto sobre Principios Éticos de los Funcionarios Públicos (2006) y el desarrollo de la Guía Técnica para el desarrollo de Auditorías de la Ética de la Contraloría General de la República (2008).

De forma paralela, el Sistema Nacional de Ética y Valores fue desarrollando una nueva propuesta para la gestión ética en el sector público que se formalizó con los lineamientos de 2014, que es la versión vigente y en la que se basa la exposición siguiente sobre la estructura y desarrollo de la ética judicial (Comisión Nacional de Rescate de Valores, 2014).

Estructura organizativa

El Poder Judicial costarricense cuenta con diversas instancias relacionadas directamente con la ética judicial, a saber: la Comisión de Ética y Valores, el Consejo de Nota-

bles, la Secretaría Técnica de Ética y Valores y las Subcomisiones de Ética y Valores.

Comisión de Ética y Valores

Como se señaló anteriormente, la Comisión de Ética y Valores se instauró mediante acuerdo de Corte Plena del 20-7-92, como instancia encargada de la promoción de la ética y los valores en el Poder Judicial⁽¹⁾. Es un órgano de carácter directivo, que emite las políticas y directrices en materia de ética a nivel institucional (LEÓN, OVARES y VÍQUEZ, 2012).

La Comisión está dirigida por un magistrado⁽²⁾ nombrado por Corte Plena y la integran personas representantes de diversos ámbitos judiciales. Conviene señalar que en la organización del Estado costarricense se consideran como parte del Poder Judicial algunos órganos auxiliares, como lo son el Ministerio Público, la Defensa Pública, el Organismo de Investigación Judicial (OIJ) y la Escuela Judicial.

En ese orden de ideas, la Comisión cuenta con representantes de las siguientes instancias:

- Corte Suprema de Justicia
- Consejo Superior
- Secretaría General de la Corte
- Dirección Ejecutiva
- Dirección de Planificación Institucional
- Dirección de Gestión Humana (Personal)
- Dirección de Tecnología de Información
- Departamento de Prensa y Comunicación Institucional
- Departamento de Auditoría (como asesor)
- Departamento de Trabajo Social y Psicología
- Secretaría Técnica de Ética y Valores
- Contraloría de Servicios
- Judicatura
- Ministerio Público
- Defensa Pública
- Organismo de Investigación Judicial
- Escuela Judicial
- Servicio de Salud para Empleados
- Secretaría de Género
- Asociación de Jubilados y Pensionados

(1) Desde sus inicios, esta comisión se ha orientado al ámbito preventivo y educativo, bajo el reconocimiento de la ética como una disciplina distinta del derecho, donde ambas buscan la regulación de la conducta humana pero de formas distintas, el derecho como una imposición externa, y la ética como una autoimposición, como el deber libremente asumido (ETXEBERRÍA, 2005; GRANDE YAÑEZ, 2006). En congruencia con lo anterior, la aplicación del régimen disciplinario administrativo (consecuencias ante el incumplimiento normativo) es competencia de otra instancia denominada Tribunal de la Inspección Judicial, cuyas competencias escapan al objetivo del presente texto.

(2) En Costa Rica se reserva la denominación magistrado o magistrada únicamente para los integrantes de la Corte Suprema de Justicia.

CONTENIDO

DOCTRINA

Ética judicial en Costa Rica. Estructura, desarrollo y proyecciones, por Rafael León Hernández	1
El derecho canónico y su aplicación: una doctrina que despeja dudas, por Hebe N. Colombatti de Atencio y Silvia Mariel Pisano	3

JURISPRUDENCIA

CIVIL

Seguro: De responsabilidad civil: transporte público de pasajeros; franquicia; oponibilidad al damnificado. Daños y Perjuicios: Incapacidad sobreviniente: concepto; graduación. Daño Moral: Indemnización: fijación; pautas. Intereses: Tasa aplicable (CNCiv., sala E, mayo 9-2017)	4
---	---

COMERCIAL

Compraventa: Materiales: defectos; indemnización; equivalencia con el menoscabo sufrido; art. 1740 del cód. civil y comercial de la Nación; interpretación. Daño Moral: Procedencia: incumplimiento contractual; prueba; art. 1744 del cód. civil y comercial de la Nación; aplicación (CNCom., sala D, abril 4-2017)	5
---	---

OPINIONES Y DOCUMENTOS

¿Libertad de ejercicio de farmacéuticos en riesgo? Análisis de una iniciativa presentada en el Reino Unido, por Leonardo Pucheta y Natalia Yachelini	7
---	---

- Asociaciones Gremiales
- Subcomisiones de Ética y Valores
- Unidad de Control Interno
- Tribunal de la Inspección Judicial
- Inspección Fiscal
- Asuntos Internos del Organismo de Investigación Judicial.

Consejo de Notables

El Consejo de Notables fue instaurado por Corte Plena en el art. XXVII de la sesión N° 24-09 del 6-7-09 y modificado el 11-1-10, en el art. XIX de la sesión N° 01-10. Se creó como un órgano consultivo para la elaboración de recomendaciones de orden ético, ante casos de dudas o aclaraciones preventivas. Como se puede apreciar, no es un ente disciplinario ni emite juicios sobre actuaciones específicas, sino que busca dar orientaciones éticas para el mejor ejercicio de las funciones judiciales.

El Consejo está integrado de la siguiente forma:

- una persona en representación de Corte Plena,
- una persona en representación de la Comisión de Ética y Valores,
- una persona en representación de la Secretaría Técnica de Ética y Valores,
- una persona en representación de la Contraloría de Servicios,
- una exmagistrada o un exmagistrado,
- una persona especialista en ética social representante de la ciudadanía.

Hasta la fecha, el Consejo ha elaborado siete recomendaciones sobre diversos temas, entre ellos: las relaciones afectivas entre personas servidoras judiciales, la participación en negocios ajenos a la función judicial, el uso de redes sociales y la contratación de servicios externos a la institución.

Cuenta, a su vez, con una publicación semestral denominada "Cuadernos de ética judicial", en la que se comparten opiniones, criterios y experiencias tanto nacionales como de colaboradores extranjeros.

Secretaría Técnica de Ética y Valores

Tanto la Comisión de Ética y Valores como el Consejo de Notables son instancias que se integran con personas provenientes de otras instancias, con funciones propias distintas del trabajo ético y con personas externas a la institución. Por lo anterior, se reúnen periódicamente para la toma de acuerdos o para la revisión de los asuntos que sean hechos de su conocimiento.

La Secretaría Técnica de Ética y Valores es la única instancia relacionada con la ética judicial que es de carácter permanente, es decir, que cuenta con personal a tiempo completo. Es la encargada de velar por la implementación y seguimiento de los acuerdos de la Comisión y el Consejo de Notables, así como de otras labores técnicas o administrativas.

También representa al Poder Judicial ante el Sistema Nacional de Ética y Valores e interactúa con otras instancias judiciales para el diseño e implementación del proceso de gestión ética institucional, que incluye programas de capacitación, comunicación institucional, planificación estratégica, entre otros.

Cuenta con una jefatura y tres áreas temáticas, a saber:

- Gestión de proyectos,
- Comunicación,
- Formación y desarrollo.

Subcomisiones de Ética y Valores

Las subcomisiones son grupos voluntarios descentralizados de personas servidoras judiciales que ejecutan actividades de comunicación y capacitación a nivel local, presentes en los circuitos judiciales fuera de la capital. Reciben formación y asesoría de la Secretaría Técnica de Ética y Valores y, además, cuentan con un representante ante la Comisión central.

Desarrollo programático

Desde el año 2008, junto con la creación de la Secretaría Técnica de Ética y Valores, el Poder Judicial de Costa Rica inició la implementación de un proceso de gestión ética que se enmarca dentro de los lineamientos de la Comisión Nacional de Rescate de Valores, pero con características propias y distintivas de este Poder de la República.

Los lineamientos buscan, en primer término, que las instituciones cuenten con una estructura organizativa que

posibilite la sostenibilidad en el tiempo de las diversas acciones relacionadas con la ética. En el caso del Poder Judicial, esta estructura se materializa en las instancias previamente señaladas, pero lógicamente involucra un compromiso que va más allá de una simple comisión o un consejo, pues se convierte en un eje transversal que permea toda la institución, tal como se establece en el Plan Estratégico (2014).

Como punto de partida (además de la estructura), el Poder Judicial realizó un primer estudio sobre la realidad institucional, denominado *Diagnóstico de oportunidad* (Secretaría Técnica de Ética y Valores, 2009), con el cual se estableció una línea base que permite evaluar los avances o retrocesos en materia ética durante los años subsecuentes.

El diagnóstico recoge una serie de indicadores indirectos (correspondientes a un período de tres años) que refieren a la práctica de valores y la ética en general, como lo son estadísticas de quejas, denuncias, procesos internos, asistencia, cumplimiento de metas, entre otros. A manera de ejemplo, se espera que, a medida que la población judicial sea más responsable y comprometida con su labor, disminuya la cantidad de quejas por mala atención, mejoren los indicadores relacionados con cumplimiento de horarios, disminuyan la cancelación injustificada de audiencias y los errores procesales fácilmente evitables, etc.

También incorpora la aplicación de un cuestionario a una muestra representativa de funcionarios, que permite conocer su percepción con respecto a temas relativos a la ética, corrupción, oportunidades de mejora y temas afines. Con la premisa de que esa percepción deberá mejorar en la medida en que los indicadores anteriores también lo hagan.

En el diagnóstico inicial, los principales problemas detectados están relacionados con el retardo judicial, quejas ante la contraloría de servicios por trámites administrativos, limitaciones en espacio físico y equipamiento tecnológico, alta percepción de corrupción interna e irrespeto entre el personal judicial.

Adicionalmente se ha utilizado una herramienta para la *medición de la competencia moral* de las personas servidoras judiciales, entendida como la capacidad de juzgar argumentos en relación con estándares morales (LEÓN, 2014), esto bajo la premisa de que una baja competencia moral es un factor de vulnerabilidad ante la corrupción. Con esta herramienta se han determinado grupos prioritarios de atención por área geográfica, profesión, tipo de puesto y tiempo de laborar en la institución. También ha permitido identificar estrategias para la mejora de la competencia moral de las personas, como por ejemplo los procesos formativos en ética, la participación en grupos artísticos, la lectura de obras de literatura y la participación en proyectos de ayuda social.

Al mismo tiempo que el diagnóstico se realizó la *identificación de los valores compartidos* del Poder Judicial. Con base en los lineamientos a nivel nacional, que retoman postulados de la ética cívico-dialógica, se realizó una muestra aleatoria representativa con personas integrantes de todas las oficinas judiciales y niveles jerárquicos para que reconocieran valores que permitieran: 1) cumplir el fin institucional, 2) cumplir con los deberes para con la sociedad y 3) facilitar la convivencia entre las personas servidoras judiciales.

A partir de esa consulta se identificaron como valores judiciales el compromiso, la iniciativa, la responsabilidad, la excelencia, la honradez y la integridad. Con estos valores como base, se desarrolló el *Manual de Valores Compartidos*, conocido en otras latitudes como Código de Ética⁽³⁾.

El manual incorpora definiciones de los valores y lo que se denomina conductas derivadas, que reflejan la práctica de esos valores en ámbitos relacionados con la atención de la persona usuaria, la realización del trabajo, la organización de las labores, el seguimiento de la normativa y la planificación institucional, las relaciones entre las personas trabajadoras del Poder Judicial y el uso adecuado de los recursos institucionales (Secretaría Técnica de Ética y Valores, 2010).

A partir de los resultados del diagnóstico y con el apoyo de jefaturas de diversas áreas de la institución, se de-

(3) En el sector público de Costa Rica se ha optado por la denominación "Manual", en lugar de "Código", para evitar la carga jurídica que tiene esta segunda palabra y, de esa manera, contrarrestar la tendencia a la judicialización.

sarrolló una *Política Axiológica* y un plan de acción que permitirán solventar, a largo plazo, las falencias encontradas en materia ética (Secretaría Técnica de Ética y Valores, 2011). La *Política* incluye los objetivos, metas, responsables y plazos en nueve ejes temáticos, a saber: 1) educación moral, 2) comunicación, 3) procesos de reclutamiento, selección e inducción del personal, 4) planeamiento estratégico, 5) capacitación, 6) evaluación del desempeño, 7) instancias de control, 8) procesos participativos y 9) salud integral y fuentes de motivación.

Estado actual y proyecciones

Capacitación

A partir de los objetivos y metas establecidos en la Política axiológica se ha desarrollado una serie de procesos de capacitación y formación entre los que se incluyen:

- Módulo de ética y valores en el curso de inducción para nuevos servidores judiciales.
- Curso virtual específico de ética que se debe llevar antes de cumplir los primeros seis meses de labor en la institución.
- Curso virtual sobre las responsabilidades éticas en los programas de estudio proveídos por la institución.
- Curso presencial de dos meses como parte del Programa de Formación de Aspirantes a la Judicatura (además la ética es eje transversal de todo el programa).
- Curso virtual de un mes para las personas técnicas judiciales (puestos asistenciales) dentro de su programa de formación básica.
- Curso virtual para personas integrantes de las Subcomisiones de Ética y Valores.

Adicionalmente, se realizan otras charlas, talleres y cineforos en todo el país (no directamente relacionados con algún programa de formación), algunos de ellos en colaboración con el Ministerio Público, la Defensa Pública y el Organismo de Investigación Judicial o con la participación de ponentes extranjeros. También se tiene acceso al curso de inducción al Sistema Nacional de Ética y Valores y al Curso de Ética que brinda la Comisión Nacional a todo el sector público, en convenio con la Universidad Estatal a Distancia.

La Escuela Judicial se encuentra desarrollando lineamientos para unificar los procesos de formación ética propios y de las unidades de capacitación de la Defensa Pública, Ministerio Público, Organismo de Investigación Social y el personal administrativo que apoya estas instancias.

La Secretaría de Ética está implementando un plan piloto de formación continua en una zona geográfica determinada, esto bajo la premisa de que los procesos continuos tienen mejores resultados en la conducta que los cursos aislados. Se planea utilizar esta metodología en las áreas identificadas como prioritarias en el estudio sobre competencia moral y realizar evaluaciones comparativas antes y después de las intervenciones.

Comunicación

A partir de un plan general de comunicación, cada año se diseñan campañas para promover la ética y los valores entre el personal judicial. Estas campañas buscan mantener el tema ético vigente en el imaginario del personal y funciona como una estrategia preventiva.

Las campañas no se enfocan en aspectos meramente informativos, sino que buscan incentivar un compromiso auténtico con la práctica de los valores, por lo que se ha recurrido, entre otras cosas, a la realización de concursos para el diseño de frases sobre los valores, concursos de historias contadas por el personal judicial en las que se resalte la ética judicial, entrega de reconocimientos entre el personal, apoyo de actores para la representación de papeles directamente en las oficinas judiciales; todo esto acompañado de insumos de apoyo como impresos (panfletos, adhesivos, separadores de libros), correos electrónicos, videos y publicaciones.

Régimen disciplinario

Se creó una subcomisión de instancias de control, incluyendo Control Interno, Inspección Judicial, Inspección Fiscal y Asuntos Internos del Organismo de Investigación Judicial (encargadas de aplicar el régimen disciplinario) para el diseño de una metodología y consecuencias uniformes según sean las causas.

La Escuela Judicial diseñó un curso presencial por el que están siendo capacitados todos los funcionarios que

aplican este régimen y se está diseñando un curso adicional para todo el personal judicial con el fin de que conozcan con mayor detalle las normas generales y específicas que les son aplicables por el ejercicio de sus funciones.

Reclutamiento, selección y evaluación

La Dirección de Gestión Humana se encuentra modificando los perfiles de todos los puestos del Poder Judicial con el fin de incorporar competencias, entre las que se contemplan la ética y los valores compartidos institucionales.

Estos nuevos perfiles inciden en nuevos métodos de reclutamiento y selección para asegurar la idoneidad del personal de nuevo ingreso. También se está diseñando un nuevo modelo de evaluación de desempeño, del que actualmente se están realizando pilotos, pero con proyección a ser aplicado para todos los puestos en el corto plazo.

Auditorías de la ética y evaluación del riesgo ético

Desde hace varios años, en Costa Rica se ejecutan auditorías de la gestión ética en el sector público; el Poder Judicial ya ha pasado por tres de estas auditorías. En la última de ellas, se recomendó establecer una metodología para la evaluación del riesgo ético, por lo que se acaba de implementar un procedimiento para la identificación de los procesos sensibles de riesgo, así como para la creación o revisión de controles existentes. Bajo esta metodología se pretenden definir todos los procesos institucionales y establecer controles en aquellos que sean más susceptibles de riesgo.

En esa última auditoría se concluyó que el Poder Judicial cuenta con un sistema de gestión ética vanguardista y reconoce un cumplimiento de los lineamientos y regulaciones vigentes en la materia (LEÓN, 2016).

Evaluación y seguimiento

Se cuenta con varios medios para la evaluación y seguimiento de las diferentes medidas para la promoción de la ética judicial, entre las que se cuentan las ya mencionadas auditorías de la ética, que bajo las guías de la Contraloría General de la República se proyectan realizar al menos cada cinco años.

Adicionalmente, el diagnóstico de oportunidad realizado como línea base se repite cada cinco años para verificar los avances obtenidos. Por otra parte, la valoración de la competencia moral se está utilizando para la evaluación de los procesos y programas de capacitación.

También se le da seguimiento anual a los objetivos y metas planteados en la *Política Axiológica* y al cumplimiento de los planes de comunicación y capacitación. Cada oficina judicial tiene el deber de realizar alguna actividad para la promoción de los valores de forma anual, por lo que se le da seguimiento a los planes operativos para verificar el cumplimiento de este compromiso.

Dado el grado de avance del Poder Judicial en materia ética y en el marco del Sistema Nacional de Ética y Valores, la Comisión y la Secretaría de Ética y Valores del Poder Judicial continuamente reciben solicitudes de diversas entidades del sector público costarricense, incluyendo Poder Ejecutivo, Legislativo, Banca Pública y Gobiernos locales, para conocer los lineamientos y procesos en materia de ética y tomarlos como base para los propios.

Si bien el camino recorrido es importante, siempre es necesario continuar con el esfuerzo para promover la ética y prevenir la corrupción. Una de las premisas del Poder Judicial costarricense es que en ética siempre se puede mejorar y que el empeño no es en vano cuando se trata de garantizar la sostenibilidad de uno de los pilares de la democracia.

Bibliografía

ABARCA, MARCO - OVARES, OLGA - VEGA, HERNÁN, *Fruto de la perseverancia: El sistema nacional de Comisiones de Valores de Costa Rica*, San José, Universidad de Costa Rica, 2001.

COMISIÓN NACIONAL DE RESCATE DE VALORES, *Lineamientos para las comisiones institucionales de ética y valores en la gestión ética*, San José, CNRV, 2014.

DIRECCIÓN DE PLANIFICACIÓN, *Plan Estratégico del Poder Judicial. Costa Rica 2013-2018*, recuperado de: http://intranet/planestrategico/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=16&Itemid=191, 2014.

ETXEBERRÍA, XABIER, *Temas básicos de ética*, Bilbao, Desclée De Brouwer, 2005.

GRANDE YÁÑEZ, MIGUEL, *Ética de las profesiones jurídicas*. Bilbao, Desclée De Brouwer, 2006.

LEÓN, RAFAEL, *Estudio sobre la capacidad de juicio moral de las personas servidoras del Poder Judicial de Costa Rica*, San José, Poder Judicial, 2014.

– *Gestión ética organizacional: la experiencia del Poder Judicial de Costa Rica*, Red de expertos en Integración Regional del SICA, recuperado de <https://redes.sica-ceddnet.org/index.php/folders/file/581>, 2016.

NOVEDADES 2017



MARÍA ELISA PETRELLI
(coordinadora)

Manual de derecho de familia

ISBN 978-987-3790-51-5
456 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

LEÓN, RAFAEL - OVARES, OLGA - VÍQUEZ, DIEGO, *El quehacer ético en el Poder Judicial: Persona, ciudadanía y trabajo*, Heredia, Poder Judicial, 2012.

SECRETARÍA TÉCNICA DE ÉTICA Y VALORES, *Diagnóstico de Oportunidad del Poder Judicial*, San José, Poder Judicial, 2009.

– *Manual de Valores Compartidos: La ética y su aplicación dentro del Poder Judicial*, Heredia, Poder Judicial, 2010.

– *Política Axiológica*, San José, Poder Judicial, 2011.

Otras referencias

Acuerdo de la Corte Plena de Costa Rica del *Artículo XX* de la sesión del 20-7-92.

Acuerdo de la Corte Plena de Costa Rica del *Artículo XXVII* de la sesión N° 24-09 del 6-7-09.

Acuerdo de la Corte Plena de Costa Rica del *Artículo XIX* de la sesión N° 01-10 del 11-1-10.

Decreto ejecutivo 17908-J, del 3-12-87, publicado en La Gaceta n° 244 del 22-12-87.

Decreto ejecutivo 23944-J-C del 12-12-94, publicado en La Gaceta n° 25 del 3-2-95.

VOCES: PODER JUDICIAL - JUECES - ABOGADO - DERECHO COMPARADO - FILOSOFÍA DEL DERECHO

El derecho canónico y su aplicación: una doctrina que despeja dudas

por HEBE N. COLOMBATTI DE ATENCIO y SILVIA MARIEL PISANO

Tarea nada sencilla, para quienes brindamos nuestros servicios profesionales a la Iglesia católica desde hace varios años, resulta el dar a entender la aplicación de la legislación canónica en nuestro ordenamiento jurídico. En líneas generales, dos son las situaciones que pueden apreciarse en esa diaria labor.

La primera, y aunque pueda parecer extraño que todavía algunos persistan en ella, una visión errónea por la cual la no recepción del texto del art. 2345 del derogado Código Civil argentino por parte del Código Civil y Comercial de la Nación significó la eliminación de la remisión al derecho canónico.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El derecho eclesástico en el proyecto de nuevo Código Civil*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 186-1142; *Personería jurídica de las iglesias y confesiones religiosas*, por JORGE H. GENTILE, EDCO, 2008-294; *Aporte para la actualización del Código Civil en materia de derecho eclesástico*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 246-624; *La subjetividad de la Iglesia católica en el derecho argentino conforme al Código Civil y Comercial. Breves consideraciones respecto de los arts. 146 y 148*, por FÉLIX ALBERTO MONTILLA ZAVALÍA, ED, 259-859; *Artículos 146, inciso c), y 147 del Código Civil y Comercial: referencia a la normativa canónica a considerar*, por JORGE ANTONIO DI NICCO, ED, 264-821; *La observancia del derecho canónico con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, por JORGE ANTONIO DI NICCO, ED, 263-922; *Las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial*, por JORGE HORACIO GENTILE, EDCO, 2015-374; *La observancia de la legislación canónica: avance o retroceso con el Código Civil y Comercial de la Nación*, por JORGE ANTONIO DI NICCO, ED, diario n° 14.196 del 6-6-17. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

La segunda, y más incomprensible aún, que ante el desconocimiento de la temática emerge la coraza del rechazo y la frase: “Este es un caso civil –o comercial o laboral–, nada tiene que ver aquí lo canónico”. Pareciera que analizar un caso bajo el encuadre canónico es incompatible con el análisis civil o laboral. Nada más lejos de la realidad jurídica. En las cuestiones que son alcanzadas conjuntamente por la legislación canónica y civil deviene ineludible el “análisis conjunto”.

Los casos a los cuales se les aplica el derecho canónico no resultan excepcionales ni esporádicos, cada vez son más numerosos. De allí que llevar claridad respecto a la aplicación de la legislación canónica es de gravitación jurídica y de suma importancia.

Un análisis de la cuestión que contribuye a poner luces sobre sombras es el realizado por el abogado y canonista DI NICCO. La fundamentación que realiza sobre la observancia de la legislación canónica en la Argentina, desarrollada de forma breve y clara, resulta de un gran aporte a la comprensión de esta temática.

Antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, dicho autor dio un preciso encuadre de la cuestión sin dejar lugar a la menor duda en cuanto a su aplicación⁽¹⁾. Posición que sostiene –ya en vigencia el Có-

digo– ante la persistencia, reducida, por cierto, como fuera señalado, de la postura contraria⁽²⁾.

La explicación de este autor comienza referenciado el art. 1° del cód. civil y comercial, el cual dice que los casos que dicho Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Luego de dicha cita agrega que en su art. 146, inc. c), el Código Civil y Comercial de la Nación establece que la Iglesia católica es persona jurídica pública y en su art. 147, ley aplicable, que “las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”.

Ante este marco normativo, y sobre todo por el contenido del art. 147, dicho autor afirma que es más que claro y contundente el reenvío a la legislación canónica.

A ello debe sumarse, señala, que por el art. 1° del Acuerdo del año 1966 entre la República Argentina y la Santa Sede, el Estado argentino reconoce y garantiza a la Iglesia católica apostólica romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos⁽³⁾. Y que en el año 1991, la Corte Suprema señaló que tal reco-

(2) DI NICCO, JORGE A., *La observancia de la legislación canónica: avance o retroceso con el Código Civil y Comercial de la Nación*, ED, diario nro. 14.196 del 6-6-17.

(3) El Acuerdo fue ratificado por la Argentina el 23-11-66 mediante ley 17.032.

(1) Conf. DI NICCO, JORGE A., *La observancia del derecho canónico con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, ED, 263-922.

nocimiento de jurisdicción implicaba la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines⁽⁴⁾.

Breve y profunda argumentación que enmarca la cuestión en su adecuada medida.

Argumentación que también despeja cualquier inquietud respecto al Código Civil y Comercial y la no recepción del texto del art. 2345 del anterior Código Civil argentino.

Ese artículo expresaba que los templos y las cosas sagradas y religiosas correspondían a las respectivas iglesias o parroquias y que esos bienes podían ser enajenados en conformidad con las disposiciones de la Iglesia católica respecto de ellos y con las leyes que regían el patronato nacional.

Dicha falta de recepción en nada afecta la postura descripta, visto que, como ilustra DI NICCO, “mantener en la nueva codificación el referido texto hubiese devenido innecesario”. La finalidad de dicha norma está plenamente receptada –y ampliada– en el referenciado art. 147.

En pocas palabras, la legislación canónica, en los aspectos pertinentes, es contemplada como derecho vigente por el ordenamiento estatal argentino.

Luego de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación hemos podido relevar más de una decena de actuaciones judiciales, ingresadas en varios de los departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires, en las que se ha expuesto la doctrina traída aquí en referencia. Y en uno de esos casos hasta ha sido alegada por la contraparte de la Iglesia católica⁽⁵⁾.

Sobre la observancia y aplicación de la legislación canónica en la Argentina se requiere claridad y precisión jurídica. Aportes doctrinarios como el del autor aquí referenciado van en dicho camino⁽⁶⁾.

VOCES: DERECHO CANÓNICO - IGLESIA CATÓLICA - CULTO - RELIGIÓN - CÓDIGOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA JURÍDICA

(4) Conf. CS, 22-10-91, “Lastra, Juan c. Obispado de Venado Tuerto”.

(5) Lo relevado abarca tanto el fuero Civil y Comercial como el fuero Laboral.

(6) La opinión de dicho autor es considerada palabra autorizada en la materia, ello en consideración a las varias publicaciones realizadas en este medio, artículos a los cuales remitimos su lectura, así como también, entre otras, a sus publicaciones en el Anuario Argentino de Derecho Canónico y en Prudentia Iuris, ambas revistas de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

JURISPRUDENCIA

Seguro:

De responsabilidad civil: transporte público de pasajeros; franquicia; oponibilidad al damnificado. **Daños y Perjuicios:** Incapacidad sobreviniente: concepto; graduación. **Daño Moral:** Indemnización: fijación; pautas. **Intereses:** Tasa aplicable.

1 – Puesto que las decisiones de la Corte Suprema en las causas “Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros” y “Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro” han hecho caer la obligatoriedad del plenario “Obarrio” y han impuesto como doctrina que la franquicia del contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados a transporte público de pasajeros es oponible a la víctima, cabe concluir que en este tipo de procesos la aseguradora tiene obligación de responder en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

2 – El concepto de “incapacidad sobreviniente” comprende toda disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad.

3 – Para graduar la cuantía por la incapacidad sobreviniente debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, como son la disminución de las posibilidades de la víctima, su edad, cultura, estado físico, profesión, sexo; es decir que el aspecto laboral es solo un ingrediente que computar, pues el daño también se trasunta en la totalidad de la vida de relación de aquella.

4 – A los fines de la fijación de la indemnización en concepto de daño moral deben ponderarse diversos factores, entre los que merecen señalarse la gravedad de la culpa, la existencia de perjuicios materiales, las condiciones personales del autor del hecho y de la víctima, etc., los que quedan también todos librados al prudente arbitrio judicial.

5 – Entre la fecha del hecho dañoso y el pronunciamiento de primera instancia cabe fijar intereses a una tasa del 8 % anual, que se devenguen con posterioridad a la tasa activa. R.C.

59.524 – CNCiv., sala E, mayo 9-2017. – T., A. B. c. E. G. S. S.A. y otro s/daños y perjuicios.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 9 días del mes de mayo de dos mil diecisiete reunidos en acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala “E” para conocer en los recursos interpuestos en los autos acumulados, caratula-dos: “T. A. B. c. E. G. S. S.A. y otro s/daños y perjuicios” respecto de la sentencia única corriente a fs. 216/233, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿La sentencia apelada es arreglada a derecho?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Sres. Jueces de Cámara Dres. Dupuis. Calatayud. Racimo.

A la cuestión planteada el Dr. Dupuis dijo:

I. La primera de las quejas de la demandada y su aseguradora apunta a cuestionar el monto que el *a quo* concedió para indemnizar el rubro incapacidad física que consideran elevado.

El perito médico que aquí dictaminó (ver informe de fs. 153/158), al momento del examen practicado, detectó que la actora al realizar las maniobras del examen de la columna cervical experimenta mareos y náuseas. Se queja de debilidad del brazo derecho y adormecimiento en mano homolateral. Concluyó que por la caída sufrida desde el colectivo, padece de tendinitis en su hombro derecho en varios tendones que conforman el manguito rotador, en la columna cervical presenta un síndrome vertiginoso y en cuanto al cuadro psicológico revela un cuadro de depresión ansiosa. Estas limitaciones le producen una incapacidad parcial que la experta califica como permanente y definitiva del 19,55 % de la total obrera. En ella se atribuye un 4 % a la cervical, un 8 % al hombro derecho, un 5 % al síndrome vertiginoso y un 2,55 % a la depresión ansiosa (es decir, incapacidad psíquica).

Este informe recibió observaciones por la parte demandada y citada en garantía a fs. 160, pero no se corrió traslado a la perito motivo por el cual no fueron contestadas.

Esta Sala, en forma reiterada tiene dicho que el concepto de “incapacidad sobreviniente” comprende toda disminución física o psíquica que afecte tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad (conf. votos del Dr. Calatayud en cc. 24.116 del 20-10-86, 43.169 del 18-4-89, 74.429 del 4-10-90, 82.214 del 18-2-91 y citas que formula de Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, “Código Civil...”, t. 5, pág. 219, núm. 13; Llambías, “Tratado...”, “Obligaciones”, t. IV-A, pág. 120 y jurisprud. cit. en nota 217; Cazeaux-Trigo Represas, “Derecho de las obligaciones”, 2ª ed., t. 4, pág. 272 y jurisprud. cit. en nota 93; mis votos en las cc. 105.898 del 9-6-92 y 111.446 del 26-6-92).

Es que la integridad corporal de la persona tiene, por lo común, un valor económico instrumental, como capital destinado a ser fuente de beneficios, tanto económicos como de otra índole. Por ello, su afectación se proyecta necesariamente al futuro, cercenando o menoscabando probabilidades de desenvolvimiento, éxito e inserción en el mundo de relación (conf. Zavala de González, “Daños a las personas - Integridad sicofísica”, t. 2a, pág. 41; esta Sala, causa 124.883 del 22-3-93).

Para graduar la cuantía por la incapacidad sobreviniente, que en este caso solo se analizará la física atento a que no hay agravio respecto de la concedida por la psíquica, debe apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las cuales, si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntivamente percibir durante el lapso de vida útil, también es preciso meritarse la disminución de las posibilidades, edad de la víctima, cultura, estado físico, profesión, sexo; es decir que el aspecto laboral es solo un ingrediente a computar, pues el daño también se trasunta

en la totalidad de la vida de relación de aquella (conf. esta Sala, mi voto en c. 45.623 del 22-5-89 y sus citas; voto del Dr. Mirás en c. 61.903 del 12-3-90 y sus menciones; voto del Dr. Calatayud en c. 45.086 del 10-5-89, entre muchos otros).

Se habrá de computar especialmente la incidencia en las actividades que concretamente desarrollaba; su estado civil; nivel socioeconómico; el hecho de que el resarcimiento contempla la totalidad de los aspectos del ser humano y su incidencia en él (ver L. n° 61.903, con voto del Dr. Mirás, del 12/3/90; L. n° 45.086 del 10/5/89, con voto del Dr. Calatayud; mi voto en L. n° 45.623 del 22/5/89, entre varias otras).

En base a tales pautas, computando que la actora a la época del evento tenía 34 años, casada, con tres hijos menores, trabaja como administrativa en el Hospital Domingo Mercante, nivel socioeconómico que surge del beneficio de litigar sin gastos y de las declaraciones de los testigos que allí depusieron, demás circunstancias de autos, es que habré de postular que se reduzca el monto concedido por considerarlo elevado y se fije el de pesos noventa mil (\$90.000) que considero más equitativo.

II. En lo que hace al daño moral, aspecto sobre el que también centran sus agravios ambas partes por considerarlo elevado y por reducido en el caso de la actora, como lo señalara esta Sala en numerosos precedentes, cualquier hecho ilícito que produce afeción a los íntimos sentimientos de la persona, aunque provenga de actuar meramente culposamente, es decir, sin intención de agraviar, provoca *in re ipsa* un daño moral resarcible.

Desde otro ángulo, conforme criterio reiterado de la Sala, a los fines de su fijación deben ponderarse diversos factores, entre los que merecen señalarse la gravedad de la culpa, la existencia de perjuicios materiales, las condiciones personales del autor del hecho y de la víctima, etc., quedando también todos ellos librados al prudente arbitrio judicial (conforme causas n° 43.169 del 18-4-89; 81.134 del 24-12-90 y 81.236 del 25-4-91; Sala “D”, E.D. 43-740; Sala “F”, E.D. 46-564; etc).

En base a tales pautas, teniendo en cuenta la entidad de las secuelas ya descriptas, índole de la incapacidad; gravedad de la culpa del autor del hecho, y demás circunstancias del expediente, en especial las secuelas que suscitó, lo que debió generar necesaria incertidumbre sobre su evolución, es que considero elevada la indemnización establecida por lo que habré de propiciar se reduzca a la suma de pesos treinta mil (\$30.000).

III. La sentencia apelada hizo extensiva la condena a la aseguradora Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros. De ello se agravia la aseguradora citada.

Es preciso puntualizar que el plenario de esta Cámara dictado en autos “Obarrio María Pía c/Microómnibus Norte S.A. s/daños y perjuicios” con fecha 13 de diciembre de 2006, estableció –por mayoría– como doctrina obligatoria, que en los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura –fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución n° 25.429/97– no es oponible al damnificado, sea transportado o no (ver L.L. del 20-12-06 fallo n° 111.092, J.A. del 14-2-07, pág. 28 y E.D. del 19 y 20-2-07, fallo n° 54.505).

Esta Sala, con voto en primer término del Dr. Racimo y la adhesión del Dr. Calatayud y mía, resolvió la inaplicabilidad del Plenario dictado en autos “Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A.”, frente al alcance de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia a la que más abajo haré referencia (conf. esta Sala voto del citado vocal en c. 502.145 del 29/5/08).

Allí se dijo que se unen aquí la fortísima obligación moral de los fallos de la Corte –con un grado de exposición creciente en la definición de la doctrina correcta desde sus orígenes en Nieto, pasando por Cuello y arribando al trío Villareal, Obarrio y Gauna–, la desaparición de la obligatoriedad legal del plenario por la descalificación de su fundamento y la convicción que expresada en el sentido que es correcta la decisión de la minoría en la reunión plenaria del 13 de diciembre de 2006. Cabe señalar que esta Sala ha decidido a partir de la causa 498.853 del 26-5-08 que la revocación de la doctrina establecida en la reunión plenaria por las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas O. 166 XLIII. “Obarrio,

María Pía c. Microómnibus Norte S.A. y otros” y G. 327. XLIII. “Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro” ha hecho caer –en este particular tipo de casos– la obligatoriedad de dicha decisión de esta Cámara que imponía el art. 303 del Código Procesal, antes de la sanción de la ley 26.853 y consecuente derogación de dicho artículo, al considerarla que no es una razonable derivación del derecho vigente e impuesto como doctrina que la franquicia del contrato de seguro es oponible a la víctima. Por consiguiente y toda vez que tal es el criterio que comparte la Sala en este tipo de causas –conf. en ese sentido el ilustrado voto del Dr. Racimo en la causa 458.516 del 17/10/06–, corresponde hacer lugar a la pretensión de la aseguradora y revocar la decisión apelada en este punto con ese alcance, imponiendo la obligación de responder por la apelante en los términos del art. 118 de la ley 17.418 (conf. esta Sala en c. 519.711 del 11/2/09).

IV. La sentencia fijó los intereses a la tasa activa general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el día del accidente hasta su efectivo pago. De ello se agravia la demandada y aseguradora citada en garantía quien solicita la aplicación de la tasa del 6 %.

Antes de proceder a la determinación de la tasa aplicable, debo dejar aclarado que durante la vigencia del Código Civil se rigen por esa ley anterior, en tanto que los nacidos a partir del 1° de agosto de 2015 quedarán alcanzados por las previsiones contenidas por el Código Civil y Comercial sancionado por la ley 26.994, ya que representan consecuencias de una situación jurídica anterior (art. 7 del citado Código Civil y Comercial).

En efecto, no se trata de determinar las condiciones en las cuales el acreedor puede demandar los daños y perjuicios, regidas por la ley vigente al día de la obligación, sino de la cuantía de la tasa, que está en relación directa con el interés del dinero en una época determinada, vale decir que es la que corresponde al momento en que el acreedor se encuentra privado de su capital y no a la época en que nació la obligación. De tal manera, si la tasa legal de interés se modifica durante el estado de mora, la nueva ley se aplicará a los créditos existentes, para los intereses que se devenguen a partir de esa modificación (ver Roubier, Paul, *Les conflicts des lois Dans le temps*, ed. Sirey, París, 1933, t. 2 pág. 21; CNCiv. Sala H, voto del Dr. Mayo, en J.A. 2009-IV, 583).

Ello establecido y con relación a los intereses posteriores al 1-8-15, el art. 768 del Código Civil y Comercial establece que los intereses moratorios son debidos a partir de la mora del deudor y la respectiva tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales y c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

En el caso de autos, no se configura ninguno de los dos primeros supuestos, en tanto que la reglamentación emanada del Banco Central no ha establecido hasta el presente una tasa de interés moratorio específicamente aplicable a los fines del citado art. 768, inc. c). Por consiguiente y dado que dicha omisión no puede redundar en perjuicio del acreedor, es indudable que los jueces se encuentran habilitados para fijarla dentro de las previstas por las reglamentaciones de dicha entidad bancaria oficial.

De acuerdo a lo expuesto, los réditos debidos desde la fecha del hecho y hasta el dictado de la sentencia de primera instancia deberán ser calculados a una tasa del 8 % anual, toda vez que recaen sobre importes fijados a valores actuales (ver, entre muchas otras, causas 527.451 del 12-5-09, 579.837 del 31-10-11 y 615.823 del 14-8-13 y nuevo criterio de la Sala “E” recién citado). Igual conclusión habrá de adoptarse para los devengados a partir del 1° de agosto de 2015, debiendo los posteriores a la sentencia y hasta el efectivo pago calcularse a la activa, cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días que publica el Banco de la Nación Argentina.

Ello así, por cuanto en el caso de las deudas de valor –como lo son las que integran la indemnización de daños impuesta en este pronunciamiento– es menester aplicar dos tasas de interés diferentes: una desde que la obligación se hizo exigible y hasta que se determinó el valor de la prestación, y otra desde este último momento hasta su pago. La primera debe ser pura, vale decir que no debe contener componentes inflacionarios, ya que el monto de la obligación se determina conforme al valor que ella

reviste en el momento de la cuantificación, de modo tal que de aplicarse una tasa que contemple la depreciación del signo monetario, se estaría reconociendo dos veces la desvalorización monetaria operada entre el hecho y la sentencia, con el consiguiente enriquecimiento sin causa del acreedor en desmedro del patrimonio del deudor (ver Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. V págs. 158/59).

Por el contrario, una vez determinado el valor de la obligación, cabe utilizar las tasas de interés corrientes en plaza reguladas por el Banco Central que usualmente contienen elementos destinados a paliar o corregir la inflación, ya que a partir de ese momento cobran vigencia las reglas contempladas en los arts. 756 y sigtes. del Código Civil y Comercial que regulan la obligación de dar dinero, de manera que no será posible una nueva cuantificación de la deuda a valores actuales (ver Lorenzetti, Ricardo Luis, *op. y loc. cit.*; Márquez, José Fernando, *Las obligaciones de dar sumas de dinero en el Código Civil y Comercial*, en diario L.L. del 9-3-15, cita online AR/DOC/684/2015).

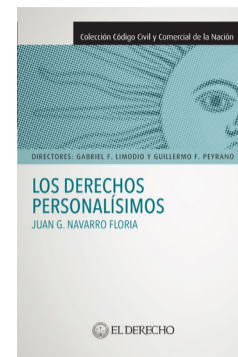
Esta Cámara, en sendos fallos plenarios, dejó establecido que los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos y los que acceden a la corrección del monto indemnizatorio por depreciación monetaria, se liquidarán desde la fecha en que se produjo cada perjuicio objeto de reparación (conf. c. “Gómez, Esteban c/Empresa Nacional de Transportes” del 16-12-58, publ. en L.L. 93-667 o J.A. 1959-I-540, y c. “Consortio de Propietarios Talcahuano 1278 c/Houbey, Alicia E. s/ cobro de pesos” del 20-7-76, publ. en E.D. 67-539 o L.L. 1976-C-175 o J.A. 1976-IV-379), por otra parte con fecha 20 de abril de 2009 el Tribunal en pleno dejó sin efecto la doctrina fijada en los fallos “Vázquez, Claudia Angélica c/ Bilbao, Walter y otros s/ daños y perjuicios” del 2/8/93 y “Alaniz, Ramona Evelia y otro c/ Transportes 123 SACI interno 200 s/ daños y perjuicios” del 23/3/04, que lo ratificó, estableciendo –en una decisión que ya no resulta obligatoria a raíz de la sanción de la ley 26.853 y consecuente derogación del art. 303 del Código Procesal–, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, la que debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido (“Samudio de Martínez Ladislao c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios”).

La Sala considera que se configura esa salvedad si la tasa activa mencionada se devengara desde el momento mismo de producido el evento dañoso y hasta el del efectivo pago, en la medida que coexista con indemnizaciones fijadas a valores actuales, puesto que tal proceder representaría lisa y llanamente un enriquecimiento indebido en favor del acreedor y en detrimento del deudor, que la Justicia no puede convalidar. Es que, sin lugar a dudas, en tal caso se estaría computando dos veces la pérdida del valor adquisitivo de la moneda operado entre el hecho y la sentencia, cuando en esta se contemplan valores a la época de su dictado; en tanto la referida tasa capta, en cierta medida y entre otros elementos, la depreciación de la moneda. Esta es la doctrina que en forma reiterada aplicó la Sala, vigente la anterior doctrina plenaria, que había receptado la tasa pasiva. Dicho enriquecimiento, en mayor medida se configura con la activa, cuya aplicación ahora se recepta (ver fallos de esta Sala en causas 146.971 del 16-6-94, 144.844 del 27-6-94 y 148.184 del 2-8-94, 463.934 del 1-11-06 y 492.251 del 19-11-07, entre muchas otras; Borda, *Tratado de Derecho Civil - Obligaciones*, 8ª ed., t. I pág. 338 n 493; Casiello, *Los intereses y la deuda de valor [Doctrinas encontradas y una saludable evolución de la jurisprudencia]*, en L.L. 151-864, en especial, pág. 873 cap. V; Durañona y Vedia y Quintana Terán, *La depreciación de la moneda y los intereses*, en J.A. 1970-7-332, en especial, cap. V], esta Sala voto del Dr. Calatayud en c. 522.330 del 21/4/09).

Ahora bien, no obstante que este tribunal en situaciones similares se inclinó por reconocer una tasa “pura” del 6 % anual entre la fecha del hecho y la del pronunciamiento de primera instancia (ver votos del Dr. Calatayud en causas 527.451 del 12-5-09, 579.837 del 31-10-11, 615.823 del 14-8-13, expedientes nos. 105.395-10 del 31-8-15 y 85.237-11 del 7-9-15, entre muchas otras), un nuevo exa-

FONDO EDITORIAL

Novedades



JUAN G. NAVARRO FLORIA
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Los derechos
personalísimos**

ISBN 978-987-3790-44-7
229 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

men de la cuestión analizada a la luz del nuevo panorama económico que se advierte en el país, llevó a propiciar que se fije para el período mencionado una tasa del 8 % anual, devengándose con posterioridad la activa prevista en la sentencia, según lo propuesto por el Dr. Calatayud en la c. 66.993 caratulada “Flores, Sebastián Matías c/ Expreso Nueve de Julio S.A. y otros s/ daños y perjuicios” del 13/3/2017. Por lo que habré de proponer se modifique este aspecto del pronunciamiento y se fije la tasa del 8 % desde la época del hecho y hasta la de la sentencia y a partir de allí a la tasa activa.

En suma, si mi criterio fuera compartido, deberá modificarse la sentencia reduciéndose la condena a la suma de pesos ciento cuarenta y cinco mil (\$145.000), fijando la tasa de interés en la forma dispuesta en el Considerando IV y modificándola en lo relativo a la franquicia, que se declara oponible a la víctima en la medida del seguro contratado. Las costas de Alzada se impondrán por su orden, atento a la forma en que se decide, a que el *quantum* indemnizatorio depende del prudente arbitrio judicial, y tanto lo relativo a los intereses como a la franquicia del seguro se tratan de cuestiones accesorias sobre las que no existe criterio jurisprudencial uniforme (art. 68 del Código Procesal).

Los Sres. Jueces de Cámara, Dres. *Calatayud* y *Racimo*, por análogas razones a las expuestas por el Dr. Dupuis, votaron en el mismo sentido.

Y Vistos:

Atento a lo que resulta de la votación de que da cuenta el acuerdo que antecede se modifica la sentencia apelada en lo principal que decide, se reduce la condena a la suma de pesos ciento cuarenta y cinco mil (\$145.000), la tasa de interés en la forma dispuesta en el Considerando IV y se modifica en lo relativo a la franquicia, que se declara oponible a la víctima en la medida del seguro contratado. Las costas de Alzada se imponen por su orden. Notifíquese y devuélvase. – *Juan C. G. Dupuis*. – *Mario P. Calatayud*. – *Fernando M. Racimo*.

Compraventa:

Materiales: defectos; indemnización; equivalencia con el menoscabo sufrido; art. 1740 del cód. civil y comercial de la Nación; interpretación. **Daño Moral:** Procedencia: incumplimiento contractual; prueba; art. 1744 del cód. civil y comercial de la Nación; aplicación.

1 – *La razonable interpretación del art. 1740 del cód. civil y comercial de la Nación autoriza a inferir que los jueces deben tener en la mira, al momento de intentar recomponer el hecho dañoso, la correlativa equivalencia entre el menoscabo sufrido y la indemnización que le asiste, reparación que no puede ser inferior o superior al demérito que realmente se padeció.*

2 – *Si bien es cierto que, en el caso, fue demostrado en vía pericial que el producto adquirido por el actor efectivamen-*

te resultó defectuoso, también lo es que el material tomado como base por el experto, a los efectos de cuantificar de alguna manera el daño, resultó acorde con las condiciones del mercado, por lo cual el accionante no puede pretender sacar provecho del evento ocurrido intentando asimilar el material que había adquirido –porcellanato– con otro de características totalmente diferentes –placas de mármol de Carrara– pues, por un lado, la invocada “inferior calidad” del material presupuestado por el experto no encuentra apoyo en medio probatorio alguno y, además, porque tal hacer vulneraría los alcances del art. 1740 del cód. civil y comercial de la Nación.

3 – Tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el campo de los hechos ilícitos el resarcimiento del daño moral es procedente (art. 1741, cód. civil y comercial de la Nación), pues está dirigido a compensar los padecimientos, las molestias y angustias sufridas por la víctima de la injuria en el plano espiritual como consecuencia de un incumplimiento imputado al deudor.

4 – Para ser resarcible, el daño moral debe ser cierto y hallarse en relación causal jurídicamente relevante respecto al hecho generador de la responsabilidad; ello aun cuando no fuera determinable todavía su monto, toda vez que daño cierto es el que se presenta como indudable o si existe una suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, de que llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente.

5 – Puesto que, sin culpa de su parte, el demandante deberá padecer los trastornos que supone toda obra en el interior de su vivienda para reponer los defectuosos cerámicos que le vendió la accionada, y dado que el solo hecho de no haber recibido respuesta alguna por parte de esta última una vez advertida la decoloración de los cerámicos debió provocar al accionante cierta tribulación en el plano anímico-moral que excedió las meras molestias, cabe concluir que la reparación del daño moral resulta, en el caso, procedente, sin que sea necesario aportar prueba directa sobre tal padecimiento. Solución esta ahora receptada por el art. 1744 del cód. civil y comercial de la Nación, que dispone que el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo presuma o que surja notorio de los propios hechos. R.C.

59.525 – CNCom., sala D, abril 4-2017. – M., C. M. c. Blaisten S.A. s/ordinario.

En Buenos Aires, a los 4 días de abril de 2017, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “M., C. M. c/ Blaisten S.A. s/ ordinario”, registro n° 4911/2011/CA1, procedente del Juzgado N° 14 del fuero (Secretaría N° 28), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Garibotto, Heredia, Vassallo.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 175/181?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Garibotto dijo:

I. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez *a quo* hizo lugar a la demanda que dedujo C. M. M. contra Blaisten S.A. a quien condenó a pagar la suma de \$42.155 más intereses, por los daños y perjuicios sufridos a raíz de los defectos del producto adquirido en uno de sus locales comerciales; le impuso las costas derivadas del litigio y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes en el expediente.

Asimismo, halló procedencia a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el tercero citado R. E. y en consecuencia le absolvió, con costas que también cargó a la defensa.

Para así decidir, la magistrada de grado tuvo en cuenta que no fue cuestionada la autenticidad de la factura de compra de las 14 cajas de revestimiento para pisos y paredes de *porcellanato* negro –modelo Karachi– adquiridos en el local de Blaisten S.A., y que las conclusiones arribadas por el perito arquitecto demostraron la defectuosa calidad de tales materiales.

Señaló que los dichos del actor y el peritaje producido, aunado a las declaraciones testimoniales, son consistentes en cuanto a que los cerámicos colocados en el baño de la vivienda se encontraban fallados –pérdida del color original–.

Concluyó, entonces, que ante la ausencia de prueba de la contraria que desvirtúe su responsabilidad la admisión del reclamo viene impuesta; cuantificó el perjuicio en \$42.155, monto que surge de la estimación efectuada por el experto para el reemplazo del producto y los trabajos de mano de obra; y adicionó intereses, cuyo cómputo estipuló desde la fecha de la pericia –26.6.14, fs. 114– hasta el efectivo pago.

Por otro lado, la primera sentenciante rechazó fijar resarcimiento por daño moral alegado por el actor, lo cual fundó en la interpretación restrictiva frente a un supuesto de responsabilidad contractual y en que se sustentó en los eventuales padecimientos futuros que podría sufrir el demandante ante los trabajos de reconstrucción del baño.

En esos términos la sentenciante se pronunció.

II. EL RECURSO

Ambas partes resistieron el veredicto.

i. Blaisten S.A. apeló en fs. 182. Sin embargo, por ausencia de fundamentación el recurso fue declarado desierito en fs. 230.

ii. También se alzó contra la sentencia el Sr. M. en fs. 189, quien expresó agravios en fs. 225/228, que no fueron contestados.

Acompañó el actor, al solo efecto informativo, una cotización de materiales emitida en un local de la demandada (con fecha 2.9.16, fs. 224) e inmediatamente expresó los agravios.

Dos son las quejas que esgrimió el accionante.

(i) Se agravió de que la juez *a quo* hubiere fijado el monto de condena según el valor determinado por el experto en el informe pericial.

Sostuvo que no cupo ceñirse a los cálculos efectuados por el arquitecto, pues aquéllos no contemplan una reparación integral de daño.

Fundó ello en: (a) que no existe actualmente en el país un cerámico “porcellanato” con calidad similar al que adquirió en su oportunidad, razón por la que se deberían colocar placas de mármol, las cuales exhiben un valor mucho mayor al costo presupuestado por el perito (en un 300 %, según cotización de fs. 224), consumiendo sólo dicho material casi la totalidad de la suma fijada; y (b) que el propio perito reconoció que al tratarse de un producto importado no se encuentra registrado ni verificado en el “Registro de Materiales para la Construcción” del INTI.

En consecuencia, solicitó que se eleve el monto en concepto de reemplazo del producto, cuanto menos, al triple.

(ii) Se quejó por el rechazo del reclamo por daño moral.

Arguyó, entre otras cosas, que los trabajos a realizarse no implican meras molestias, pues se trata de reparar el baño principal de su vivienda.

Adujo que prueba de ello surge de la cantidad de trabajos a realizarse conforme determinó el perito, como así también, de las declaraciones testimoniales que acreditan su pesar sobre el asunto.

En fin, se agravió de que no se haya tenido en cuenta que el caso se enmarca en una relación de consumo y que la reparación debe ser integral tal como lo dispone el Código Civil y Comercial de la Nación.

III. LA SOLUCIÓN

En este estadio procesal no se encuentra discutida la responsabilidad que, de lo sucedido, la sentencia atribuyó a Blaisten S.A.

Sentado ello, procederé a analizar los dos agravios vertidos por el actor.

i. *Del monto de condena fijado en la sentencia por daño material*

Recordemos que el recurrente cuestionó que esa suma se haya sustentado en el cálculo efectuado por el perito y, por ello es que solicitó su elevación.

Adelanto que, según mi criterio, no le asiste razón.

Veamos.

Fue demostrado en vía pericial que el producto adquirido por el actor efectivamente resultó defectuoso, también se definió el costo de reemplazo del material fallado tomando en cuenta otro de similares características y las tareas inherentes para la restauración del baño, con calidades acorde a la vivienda del demandante (v. fs. 105/106).

Asimismo, impugnado parcialmente aquel peritaje y requeridas que fueron explicaciones por el actor (fs. 111), el arquitecto designado readecuó su dictamen: incorporó otro ítem dentro de la planilla de trabajos a realizar –“Mano de obra-Demolición”–; actualizó el valor de referencia del material de reemplazo cotizado previamente; destacó que no existe *stock* en el país del mismo producto adquirido por el accionante y, en fin, recalculó nuevamente el costo por el daño material (fs. 114).

Ahora bien, no soslayo la cotización que adjuntó el actor al momento de impugnar el primigenio informe (referente a otro cerámico “porcellanato”; v. fs. 110); empero, veo que la suma allí consignada poco dista de la determinada por el perito, y a esto se añade que la nueva cuenta que éste formuló no mereció observación alguna de dicha parte y, también, que al hacer uso del derecho a alegar el actor tomó como monto de resarcimiento el definido en la experticia (v. fs. 157 vta.).

Ha dicho este Tribunal que la pericia traduce a los jueces –legos en la materia de que se trata– en lenguaje inteligible, las vinculaciones de causa-efecto que puedan suceder entre acontecimientos probados; que su apreciación corresponde a los magistrados; y que aun cuando la experticia carezca de fuerza vinculante para el juez, el apartamiento de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, en fundamentos objetivamente demostrativos de que no se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia y, por lo tanto, que resulta preciso invocar razones fundadas las que, a su vez han de reposar sobre elementos de juicio cuanto menos de igual jerarquía que los invocados por el experto, que permitan desvirtuar el informe (*in re*: “De Paoli, María Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, 3.11.16; “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Aslanian, Alicia Olinda”, 21.11.16; “Somnitz, Evelyn c/ Obra Social del Personal de Entidades Deportivas y Civiles”, 24.11.16; “Alba Jet S.A. c/ Constantino D. Tisi y Hno. S.A. y otro s/ ordinario”, 7.3.17).

Esto no fue hecho en la *litis*.

De modo que, conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 477 y 386 del Código Procesal), hallo suficientemente fundado el peritaje y el cálculo allí efectuado para la reparación del daño material, que aparece confeccionado por quien resulta ser idóneo en la materia de que se trata.

Repárese que el producto que había adquirido y colocado en el baño del actor era importado (probablemente de China, v. pericia, respuesta al punto 2, fs. 105 vta.) y que tal como se desprende de las investigaciones realizadas por el propio perito es ahora imposible conseguir el mismo material en el país (v. aclaraciones del informe, respuestas a los puntos 1 y 4, fs. 114).

Frente a ese escenario, resulta de aplicación la norma del art. 1740 del Código Civil y Comercial (antes, art. 1083 del Código Civil, hoy derogado) que dispone que “La reparación del daño debe ser plena. Consistente en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero” (lo subrayado me pertenece).

Es esto último lo que aquí acaece: bien señala Lorenzetti al comentar los alcances de esa norma (en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, t° VIII, pág. 495) que la indemnización es completa cuando se restaura o repone la situación precedente al hecho nocivo; y agrega que el art. 1740 “no establece prevalencia de una modalidad sobre otra (en dinero o en especie), porque de lo que se trata es de la ‘restitución de la situación del damnificado’; sin embargo, la condena a pagar, que es la habitual y más usual, será la regla en los casos en que el reintegro (...) torne abusivo el ejercicio de ese derecho o resulte excesivamente oneroso para el deudor”.

La razonable interpretación de tal directiva autoriza a inferir que los jueces deben tener en miras, al momento de intentar recomponer el hecho dañoso, la correlativa equivalencia entre el menoscabo sufrido y la indemnización que le asiste, reparación que no puede ser inferior o superior al demérito que realmente se padeció.

Así las cosas, estimo que el material tomado como base por el perito, a los efectos de cuantificar de alguna manera el daño, resultó acorde con las condiciones del mercado, el

que además se verá acrecido con los intereses correspondientes cuya procedencia y modo de cómputo, recordemos, no fue materia de agravios.

Resta señalar que no puede pretender el accionante sacar provecho del evento ocurrido intentando asimilar el material que había adquirido –*porcellanato*– con otro de características totalmente diferentes –placas de mármol de Carrara, según así surge de la cotización que ingresó junto con el memorial de agravios– cuyo costo exorbita los parámetros equiparables al producto defectuoso pues, en primer lugar, la invocada “*inferior calidad*” del material presupuestado por el perito no encuentra apoyo en medio probatorio alguno y, en segundo término, porque tal hacer vulneraría los alcances de la norma arriba mencionada.

Es por todo esto, cual lo anticipé, que a mi juicio este primer agravio debe ser rechazado.

ii. Del reclamo por daño moral

Distinta suerte correrá la queja vinculada al rubro daño moral.

(i) Por definición, el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas, entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, y se vincula con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales.

Tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el campo de los hechos ilícitos, el resarcimiento del daño moral es procedente (art. 1741 del Cód. Civil y Comercial; antes cciv. 522 y 1078 del Cód. Civil; v. Lorenzetti, en op. y loc. cit., pág. 498 y sig.).

Precisamente, el resarcimiento por daño moral está dirigido a compensar los padecimientos, molestias y angustias sufridos por la víctima de la *iniuria* en el plano espiritual, a consecuencia de un incumplimiento imputado al deudor.

(ii) Es sabido que para que sea resarcible, el daño debe ser cierto y hallarse en relación causal jurídicamente relevante respecto al hecho generador de la responsabilidad. De ello se desprende la virtualidad jurídica que tiene la prueba del daño para la admisión judicial del resarcimiento, pues si bien es facultad de los jueces fijar su cuantía aunque no resulte acreditada exactamente (conf. art. 165 del Código Procesal) debe, en principio (esto es, salvo que se trate de un daño *in re ipsa*), probarse la realidad del perjuicio.

Ha dicho esta Sala, en el expediente caratulado “Chaves Natalia Lorena c/ Nación Seguros S.A.”, el 28.6.16, que para que resulte indemnizable el detrimento no puede ser eventual, hipotético o conjetural, pues si se indemnizara y luego no se produjese, el damnificado meramente eventual se enriquecería sin causa a expensas del responsable; en otras palabras, debe haber certidumbre en cuanto a la existencia, presente o futura, del daño aunque no fuera determinable todavía su monto, toda vez que daño cierto es el que se presenta como indudable o con un alto margen de probabilidad.

Igual cosa juzgó este Tribunal en la causa “Cenizo, Daniel Agustín c/ Centro Automotores S.A.”, el 30.8.16: en ésta fue dicho no ser dudosa la posibilidad de indemnizar un daño futuro si su acontecer se presenta con un grado de certeza objetiva, esto es, si existe una suficiente probabilidad, de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, de que el mismo llegue a producirse, como previsible prolongación o agravación de un perjuicio ya en alguna medida existente.

No sólo la Corte Suprema Federal ha discurrido por igual sendero (a modo de ejemplo, v. Fallos 325:255) sino que también lo ha hecho la doctrina: enseñan Llam-bías (en “Tratado de Derecho Civil-Obligaciones”, 20ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, tº II, nro. 1430); Orgaz (en “El daño resarcible”, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, nro. 23); Alterini-Ameal-López Cabana (en “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, nro. 486); Cazeaux-Trigo Represas (en “Derecho de las Obligaciones”, 2ª ed., Librería Editora Platense, La Plata, 1979, tº I, págs. 326 y 327); Mosset Iturraspe (en “Responsabilidad por daños”, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2016, tº I, pág. 299 y sig.); y Bustamante Alsina, J. (en “Teoría General de

la Responsabilidad Civil”, 5ª edición, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, nº 324/326).

(ii) [*sic*] Sentado ello es indudable la procedencia del rubro en cuestión tal y como lo propuso el quejoso, que sustentó su admisión con una doble argumentación: (a) en los trastornos que deberá soportar mientras se realizan los trabajos de obra en el baño de su vivienda; y (b) en los padecimientos que viene sufriendo desde hace años por causa del defectuoso producto del que fue abastecido.

Lo primero reconoce suficiente soporte en el dictamen pericial, en el que el experto enumeró una serie de trabajos a realizar en el baño del actor a los efectos de remover el material defectuoso y colocar uno nuevo.

Ocurre que sin culpa de su parte, el demandante deberá padecer los trastornos que supone toda obra en el interior de su vivienda, lo que por sí mismo configura un daño espiritual que, como tal, surge inmediatamente de los hechos, que su vinculación no se encuentra sujeta a cánones estrictos, y que no es, por lo tanto, necesario aportar prueba directa sobre tal padecimiento (Bustamante Alsina, en “Equitativa reparación del daño no mensurable”, publ. en LL, 1990-A-654); solución ésta ahora receptada por el art. 1744 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, que dispone que, en cuanto a su prueba “*El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos*” (esta Sala, “Álvarez de Cardarelli, Olga Irene c/ Universal Assistance S.A.”, 3.11.16; íd., “De Paoli, María Cristina c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires”, 3.11.16; íd., “Sperlungo, Daniel Rodolfo c/ Aparicio, Diego Adrián”, 29.12.16).

Y en cuanto a lo restante, iguales argumentos alcanzan para decidir del modo propuesto: es evidente que el solo hecho de no haber recibido respuesta alguna por parte de la vendedora Blaisten S.A. una vez advertida la decoloración de los cerámicos, debió provocar al demandante cierta tribulación en el plano anímico-moral, que excedió las meras molestias.

Basado en lo dicho, teniendo en cuenta la declaración de los testigos E. M. y A. F. (en fs. 94/95 y fs. 96/98, respectivamente) cuya idoneidad no fue cuestionada por Blaisten S.A., es que considero que el daño moral existió y debe ser resarcido.

(iii) En cuanto a la cuantificación del agravio, no dejaré de señalar que la previsión del art. 165 del Código de rito coloca a los jueces en posición dificultosa, pues la determinación de un monto con el que resarcir el demérito espiritual será necesariamente discrecional y hasta podrá ser arbitraria.

Ocurre que al legislador le resulta inaceptable que una persona probadamente dañada quede sin indemnización por carencias probatorias respecto de su monto y, por tanto manda fijarlo judicialmente aunque, en tal hipótesis, el juez debe actuar con prudencia suma, de modo de no convertir la indemnización en un lucro.

Es entonces muy posible y altamente probable que de ese actuar discrecional no resulte un monto que coincida exactamente con el del daño sufrido por la víctima del incumplimiento, pero de todos modos dicha norma lo que pretende es otorgar “alguna” indemnización al sujeto dañado, y no la exacta e integral indemnización que se correspondería a un daño de monto suficientemente acreditado.

(iv) El actor cuantificó el rubro de que trato en la suma de \$15.000.

A la luz de lo expuesto a lo largo de esta ponencia no me parece excesivo ese monto, de manera que propondré al Acuerdo fijarlo en esa suma que engrosará con intereses que se calcularán desde el 23 de diciembre de 2009 –fecha en que se celebró la primera audiencia de mediación– pues así lo solicitó el actor en su alegato de bien probado (fs. 157 vta., cap. IV, 2º párrafo), hasta su efectivo pago, según la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

IV. LA CONCLUSIÓN

Propongo, entonces, al Acuerdo que estamos celebrando: (i) estimar parcialmente el recurso interpuesto por el

actor; por consecuencia (ii) modificar la sentencia de grado con el efecto de condenar a Blaisten S.A. a pagar a C. M. M. \$15.000 en concepto de daño moral con más intereses que se calcularán desde el 23.12.09 según la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a 30 días; y (iii) confirmar el pronunciamiento en lo restante de lo que juzgó. Sin costas de Alzada por no haber mediado contradictorio.

Así voto.

Los señores Jueces de Cámara, doctores *Heredia* y *Vassallo* adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Admitir parcialmente el recurso del actor y condenar al Banco Santander Río S.A. a pagar la suma de \$15.000 en concepto de daño moral con más intereses desde el 23.12.09, según la tasa activa que utiliza el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a 30 días.

(b) Confirmar la sentencia en todo lo demás que juzgó.

(c) Sin costas de Alzada por no haber mediado contradictorio.

(d) Dejar sin efecto la regulación de honorarios de fs. 181 en atención a la modificación de la base regulatoria.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). – *Juan R. Garibotto*. – *Pablo D. Heredia*. – *Gerardo G. Vassallo* (Sec.: Julio F. Passarón).

OPINIONES Y DOCUMENTOS

¿Libertad de ejercicio de farmacéuticos en riesgo? Análisis de una iniciativa presentada en el Reino Unido

Peter Saunders, médico y jefe ejecutivo del CMF (Christian Medical Fellowship), alertó en un reciente trabajo sobre una propuesta del General Pharmaceutical Council (GPhC) –entidad responsable de la regulación de la profesión farmacéutica en el Reino Unido–, por entender que cercena derechos de los profesionales farmacéuticos.

El GPhC estaría proponiendo lo que podría presentarse como un mero cambio sintáctico, pero que, en rigor de verdad, como intentará presentarse, podría impactar de lleno en la libertad de ejercicio de esta profesión. Es que para la redacción de los *nuevos estándares para profesionales farmacéuticos* y de las *guías de comportamiento* sugeridos por el Consejo –las que podrían entrar en vigor el año próximo–, se optaría por reemplazar la referencia al *right to refer* –derecho a derivar– por *duty to dispense* –deber de dispensar–, lo que permite plantear dudas en torno al rol del farmacéutico respecto de la prescripción de cierto tipo de drogas.

¿Resulta razonable que los farmacéuticos se encuentren obligados a dispensar drogas que consideran éticamente inaceptables, tales como la contracepción de emergencia, las asociadas a la reasignación de sexo, al aborto o al suicidio asistido?⁽¹⁾

El autor pone como ejemplo al farmacéutico que, reconociendo que la vida humana debe ser respetada desde el momento de la fertilización (unión de gameto femenino y masculino), se opone a dispensar drogas potencialmente abortivas. Tal sería el caso de la llamada *anticoncepción* de emergencia o “pastilla del día después”, la que, poseyendo entre sus efectos posibles impedir la anidación del embrión en el endometrio, podría ser calificada como tal⁽²⁾.

(1) SAUNDERS, PETER, *Object now to this assault on freedom of conscience of pharmacists*, en <http://anglicanmainstream.org/object-now-to-this-assault-on-freedom-of-conscience-of-pharmacists/> [último acceso el 19-6-17].

(2) Recomendamos la lectura del caso “Portal de Belén”, en el que la CS arriba a una conclusión interesante y, desde nuestra perspectiva, consistente posición en relación con el sistema internacional de derechos humanos y los principios jurídicos involucrados.



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

Para fundar su posición, Saunders alude a normativa vigente en el Reino Unido que ya contiene referencias a la objeción de conciencia. Así, destaca la Human Fertilisation Act del año 1990, la que prevé una cláusula específica al respecto, habilitando a todos los profesionales de la salud a excusarse de participar en "cualquier actividad" alcanzada por la norma. Ello permitiría, por ejemplo, plantear objeciones respecto del descarte o la experimentación con embriones humanos⁽³⁾. Por su parte, la Abortion Act de 1967 contiene una norma de similar tenor, que exige a todos los profesionales de la salud objetores de conciencia de participar en prácticas abortivas. El autor señala que, a pesar de ello, ninguna de las mentadas normas refiere a las drogas abortivas.

Otro escenario en el que el farmacéutico podría verse compelido a obrar en colisión con sus criterios técnicos y convicciones éticas es el de los procedimientos farmacológicos involucrados en la reasignación de sexo, especialmente cuando se trata de niños o adolescentes.

Luego, si bien el ordenamiento británico es restrictivo respecto de la asistencia al suicidio y, en general, de prácticas eutanasias, Saunders advierte que eventualmente podría constituir otro foco de planteos de objeción por parte de farmacéuticos.

Es que el derecho a la objeción de conciencia, además de estar vinculado con las esferas más íntimas y trascendentes de una persona, como es el ámbito en el que se juegan las decisiones vinculadas con la religión y las creencias que fundamentan la existencia⁽⁴⁾, posee honda raigambre convencional⁽⁵⁾ y constituye sin duda uno de los tópicos más urgentes en la bioética mundial, tan relevante en los países más desarrollados –en los que los avances biotecnológicos exigen la consecuente regulación biojurídica para evitar abusos– como en los menos evolucionados –en los que las graves crisis socioeconómicas caracterizan también al ámbito sanitario–.

En la actualidad, en el Reino Unido el farmacéutico se encuentra habilitado a derivar al paciente a un colega cuando tuviere algún reparo de orden moral respecto de la droga solicitada por este o prescrita por el profesional tratante. Evidentemente, el cambio de redacción propuesto eliminaría esta opción, forzando al farmacéutico a dar cumplimiento irrestricto a la voluntad del paciente o a la indicación médica, según corresponda. El texto del instrumento sugerido por el GPhC supone, como se dijo, la "obligación de dispensar" en desmedro de la posibilidad de derivar al paciente.

Saunders destaca que normas deontológicas médicas en el Reino Unido prevén la posibilidad de optar por no llevar adelante determinados procedimientos por razones de convicción personal, siempre que ello no redunde en algún tipo de discriminación o daño para un paciente individual o grupo de pacientes, en cuyo caso el médico debe asegurar que su paciente comprenda que cuenta con el derecho de consultar a otro profesional. A su vez, contrasta el proyecto del Consejo con una norma interna de la Royal Pharmaceutical Society del año 2013, la que contempla la elaboración de un listado de objetores de conciencia para los casos de asistencia al suicidio en los que pudieran verse comprometidos⁽⁶⁾.

Como fundamento de la medida instada, el GPhC alude a un "cuidado centrado en la persona", lo que pondría a la dig-

nidad e intereses del paciente en primer lugar y al derecho al más amplio acceso a las drogas legalmente prescritas⁽⁷⁾.

Limitado de este modo el proceder de los farmacéuticos, estos se verían constreñidos a dispensar cualquier droga que hubiera sido indicada en los términos de la legislación vigente, bajo apereamiento de la aplicación de eventuales sanciones de orden administrativo-disciplinario y poniendo en riesgo, consecuentemente, su fuente de trabajo.

Salta a la luz que, en tal escenario, el principal bien comprometido es la libertad de ejercicio del profesional, expresión de las más íntimas convicciones éticas –las que pueden o no guardar relación con convicciones de otra índole– fundadas en aspectos técnicos y conocimientos científicos propios de la disciplina.

Lo cierto es que el texto del proyecto estuvo sometido a consideración y abierto para la presentación de comentarios por tres días. Llamativamente, el único precedente legal citado en dicho instrumento es la British Equality Act del año 2010, en el que se establece entre los bienes protegidos el de la "religión y la creencia"⁽⁸⁾.

Por su parte, la ineludible Convención Europea de Derechos Humanos prevé en el art. 9° ("Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión"):

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás"⁽⁹⁾.

Tomando la citada norma como fundamento, la Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto que el rechazo de la objeción de conciencia fallaría en establecer el balance apropiado entre los intereses de la sociedad en su conjunto y los derechos fundamentales del individuo y que su reconocimiento asegura un pluralismo estable y promueve la armonía interreligiosa y la tolerancia en la sociedad⁽¹⁰⁾.

Con base en las breves consideraciones realizadas, en la medida promovida advertimos cierta desproporción entre los derechos fundamentales de los individuos –farmacéuticos objetores– y los intereses difusos contenidos en el concepto de "cuidado centrado en la persona", además de presentarse como innecesaria y de discutible legalidad.

Reflexiones finales

En el contexto de un aumento de la oferta y la demanda de productos farmacéuticos, así como de aplicaciones terapéuticas o biotecnológicas cada vez más modernas y accesibles, el instituto de la objeción de conciencia se presenta como un pilar para el libre ejercicio de las profesiones asociadas al arte de curar⁽¹¹⁾.

(7) Saunders señala que no existe evidencia en el Reino Unido de planteos por falta de acceso a drogas legales en el marco del régimen legal vigente que justifique el cambio de redacción proyectado.

(8) "The following characteristics are protected characteristics: (...) 10. Religion or belief."

(1) Religion means any religion and a reference to religion includes a reference to a lack of religion.

(2) Belief means any religious or philosophical belief and a reference to belief includes a reference to a lack of belief.

(3) In relation to the protected characteristic of religion or belief—

(a) a reference to a person who has a particular protected characteristic is a reference to a person of a particular religion or belief;

(b) a reference to persons who share a protected characteristic is a reference to persons who are of the same religion or belief".

Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents> [último acceso el 19-6-17].

(9) Convención Europea de Derechos Humanos, art. 9°, en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf [último acceso el 19-6-17].

(10) SAUNDERS, PETER, *Regulator's proposal to remove...*, cit.

(11) MURPHY, SEAN - GENUIS, STEPHEN J., *Freedom of Conscience in Health Care: Distinctions and Limits*, en https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3824976/pdf/11673_2013_Article_9451.pdf [último acceso el 19-6-17].

(3) SAUNDERS, PETER, *Regulator's proposal to remove pharmacists' conscience rights is unethical, unnecessary and quite possibly illegal*, en <http://www.cmfblog.org.uk/2017/02/21/regulators-proposal-to-remove-pharmacists-conscience-rights-is-unethical-unnecessary-and-quite-possibly-illegal/> [último acceso el 19-6-17].

(4) VIDAL, ELISABET, *El aborto y la pretensión de limitar la objeción de conciencia*, en <http://centrodebioetica.org/2015/01/el-abortoy-la-pretension-de-limitar-la-objecion-de-conciencia/> [último acceso el 19-6-17].

(5) FRANCK, MARÍA I., *Diputados proponen eliminar por ley el derecho a la objeción de conciencia*, en <http://centrodebioetica.org/2016/05/diputados-proponen-eliminar-por-ley-el-derecho-a-la-objecion-de-conciencia/> [último acceso el 19-6-17].

(6) Ídem; véase también COMISIÓN INTERDISCIPLINARIA PARA LA ELABORACIÓN DEL PROTOCOLO DE OBJECIÓN DE CONCIENCIA DEL ABORTO, *Registro de objetores de conciencia: una medida que discrimina*, en <http://centrodebioetica.org/2016/01/registro-de-objetores-de-conciencia-una-medida-que-discrimina/>; y PUCHETA, LEONARDO, *El protocolo de abortos y los profesionales de la salud*, en <http://centrodebioetica.org/2015/07/el-protocolo-de-abortos-y-los-profesionales-de-la-salud/>.

La iniciativa comentada en el presente no hace más que poner en evidencia las tensiones que enfrentan diariamente gran cantidad de farmacéuticos, así como sus repercusiones en el plano del ejercicio de la profesión en sociedades democráticas de aspiración pluralista.

En ese marco, cabe dejar planteadas, para profundizar el estudio de la cuestión, dudas respecto de la actitud que asumir por dichos profesionales de la salud respecto de la legislación que en nuestro país establece medidas de alcance general, de cumplimiento obligatorio y que puedan conllevar algún tipo de reparo ético por parte de los profesionales involucrados en su efectivo cumplimiento.

Entendemos que debe guiar al legislador y al intérprete de la norma el máximo estándar de respeto de los derechos de los pacientes, pero sin desatender los de los agentes sanitarios y profesionales de la salud involucrados. Solo en el equilibrio de los derechos y obligaciones de todos los actores podrá concebirse una respuesta terapéutica apropiada, así como la implementación armónica y eficaz de las medidas de salud pública que fueran necesarias para prevenir, disminuir y eventualmente erradicar las graves inequidades que dificultan el acceso a la salud en nuestra sociedad.

Como colofón, advertimos que, así como avanza la conciencia sobre la necesaria reflexión y regulación ético-jurídica de la realidad clínica, la investigación con seres humanos o las aplicaciones biotecnológicas, se promueven medidas que atentan contra el libre ejercicio de las profesiones del arte de curar.

Es cada vez más habitual la aparición de legislación tanto en el plano nacional como internacional-convencional que promueve y alienta la reflexión ética aplicada, pero llama la atención que, simultáneamente, se vulnere la libertad de ejercicio de los profesionales de la salud, de quienes, por otra parte, se espera –con razón– el máximo rigor moral.

Compartimos con Saunders que la propuesta analizada en el Reino Unido no solo importa una vulneración a la libertad de conciencia individual de los farmacéuticos, sino que, además, genera dudas fundamentales en términos de ética médica.

Luce prudente establecer una alerta. Cuando la regulación biojurídica prescinde de los sujetos involucrados, estableciendo por vía legal obligaciones que vulneran la libertad de conciencia, se configuran peligrosas imposiciones contrarias a la dignidad humana y a los derechos y libertades fundamentales, poniendo en jaque al sistema democrático y a sus esenciales notas de tolerancia y pluralismo.

LEONARDO PUCHETA y NATALIA YACHELINI

www.centrodebioetica.org

26 de junio de 2017

VOCES: BIOÉTICA - FARMACÉUTICOS - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - MEDICAMENTOS - SALUD PÚBLICA - PROFESIONES LIBERALES - TRATADOS INTERNACIONALES - ORGANISMOS INTERNACIONALES

NOVEDADES 2017



CORA SARA MACORETTA

Ley de Contrato de Trabajo comentada

ISBN 978-987-3790-54-6
716 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar