

Doctrina

ODR

Resolución online de conflictos



José H. Sahián

Doctor en Derecho (Univ. Complutense de Madrid). Post Doctor (Univ. de Zaragoza). Master en Derecho Privado. Especialista en Derecho de Daños. Profesor Asociado de Derecho del Consumidor y Encargado de Cátedra de Defensa de la Competencia (UNTucumán). Relator de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

SUMARIO: I. Conceptos preliminares.— II. Evolución.— III. Ámbito de aplicación.— IV. Partes.— V. Etapas del procedimiento.— VI. Principios.— VII. Problemática de la solución por arbitraje.— VIII. Marcos normativos de ODR.— IX. Plataformas públicas.— X. Plataformas en las autoridades de aplicación.— XI. Ámbito judicial.— XII. Protección online de intereses colectivos.— XIII. Inteligencia artificial.— XIV. Hipervulnerabilidad.— XV. Conclusiones.

I. Conceptos preliminares

Los entornos digitales (páginas web, correos electrónicos, aplicaciones, tiendas en línea, blogs, landing pages, redes sociales, publicidad digital, influencers, contenidos virales, sistemas de reseña, marketing en motores de búsqueda, perfilamiento de datos) inciden definitivamente en las relaciones de consumo (1).

Por lo que parecería casi natural que, para las transacciones que se originan en el ciberespacio, las disputas consecuentes se resolvieran en línea. En este escenario han tenido impulso las denominadas las Online Dispute Resolution [en adelante ODR (2)], traducidas como Resolución de Disputas en Línea (RDL) o Métodos de Resolución Electrónicas de Disputas (RED).

Se trata de procesos automatizados que permiten usar soportes digitales asincrónicos (como los correos electrónicos) o sincrónicos (como un chat o una videoconferencia) para resolver conflictos principalmente suscitados en los entornos digitales. Son sistemas en línea que se valen de las tecnologías de la información y la comuni-

cación (TIC) para propiciar soluciones más rápidas, flexibles y eficientes (3). Y comprenden una extensa gama de mecanismos, tales como negociación, conciliación, mediación, arreglo facilitado, arbitraje o adjudicación y otros híbridos.

II. Evolución

Las ODR nacieron en los Estados Unidos a mediados de la década del '90 como un ensayo de trasposición al ámbito digital, de los procedimientos presenciales de solución extrajudicial de conflictos. En su versión original no fueron más que un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pero asistido por tecnología. O sea, surgieron de la fusión de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*) y las TICs (4).

Entre las primitivas iniciativas es dable nombrar a *The Virtual Magistrate Project*. Y entre los primeros prototipos "efectivos" (5) merece señalarse *eBay* (6) y *PayPal*. Esta en 2012 resolvió 600 millones de casos, frente a los 300 mil de todo el sistema judicial norteamericano (7). En ese procedimiento, cuando un consumidor no recibía el producto en las condiciones adecuadas, podía presentar una queja en línea dentro de los trein-

ta días, desde la fecha de entrega efectiva o estimada. El proveedor tenía tres días para responder al Centro de Soluciones. Si no lo hacía o no proporcionaba una solución apropiada, el consumidor podía reclamar a *eBay* que asigne un ODR neutral, para arbitrar.

Otras plataformas que se han desarrollado son *Mediate.com*, en la que se puede seleccionar entre distintos métodos de solución de controversias; *Resolvionline* que es una plataforma de la Cámara de Comercio de Milán (8); o el arbitraje de nombres de dominio por parte de la WIPO (*World Intellectual Property Organization*) (9). Con características distintas, en el sitio de licitación ciega (10) *Cybersettle* (11) las partes contendientes envían ofertas y demandas confidenciales en línea, que son comparadas por la plataforma, para comprobar si están dentro del alcance de un acuerdo mutuamente aceptable. De lo contrario, se solicita a las partes que presenten su próxima oferta. Otros diseños son: en Columbia Británica, *MyLawBC* (12) operado por su Sociedad de Servicios Legales, *Adieu*, *Amica*, *Inmediation*, *Modron*, *Our Family Wizard*, entre otros.

Por su parte, en Latinoamérica se verifican aislados ensayos de favorecer, desde el

sector privado, las ODR. En 2009, el Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico (ILCE), creó el "Programa Regional de Resolución Electrónicas de Disputas en la Economía Digital" (13). De la mano de "Pactanda", plataforma de ODR, se recibieron y gestionaron reclamos de consumidores (14).

Como veremos, el avance del instituto en el derecho comparado es desigual (15).

En el escenario internacional se vienen consintiendo las ODR, con menos hesitación. Por ejemplo, la Recomendación de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) "sobre Resolución de Disputas y Resarcimiento a Consumidores" reconoce explícitamente la solución en línea (16).

III. Ámbito de aplicación

Las ODR han sido, originariamente, estimadas principalmente útiles para los litigios que reúnen 4 tipologías: a) deriven de operaciones transfronterizas, b) se traten relaciones de consumo [B2C (17)], c) provengan del orbe digital y d) sean de "escasa cuantía" (18).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BAROCELLI, S., "Relaciones de consumo en entornos digitales con niños, niñas y adolescentes. A propósito de la Observación General Nº 25 (CDN)", LA LEY 23/06/2021, 9.

(2) También se las ha llamado Internet Dispute Resolution (iDR), Electronic Dispute Resolution (eDR), Electronic ADR (eADR) y Online ADR (oADR).

(3) ORREGO GARAY, S., "El comercio electrónico y los mecanismos Online para la resolución de disputas", EAFIT, 2015; en <https://doi.org/http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/download/3354/2810>.

(4) GONZÁLEZ MARTÍN, N. y ALBORNOZ, M., "Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y desarrollo", *Revista de Derecho de las Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* (Issue 12), 2014; en <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.15425/redecom.12.2014.12>.

(5) El modelo fue exitoso tanto que eBay comprobó

que los consumidores con quejas resueltas rápidamente eran, en realidad, más leales que aquellos que nunca habían tenido reclamos (SCHMITZ, A., "Addressing the Class Claim Conundrum with Online Dispute Resolution", *Journal of Dispute Resolution*, 361, 2020, p. 381. Disponible en <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/977>).

(6) <https://resolutioncenter.ebay.com/>. La página se encuentra anunciando su desaparición, al menos como tal.

(7) Según *Manual on Consumer Protection*, 2018, p. 87; UNCTAD/DITC/CPLP/2017/1/Corr.1.

(8) PEDRAZA GÓMEZ, C., "Alternativa de solución de controversias jurídicas, a través del online dispute resolution (ODR) en Colombia", *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Vol. VI. Núm. 17, marzo - junio 2021, p. 29; en <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v6i17.367>.

(9) <https://www.wipo.int/amc/en>. En Español OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

(10) Ninguna de las partes ve la oferta o las demandas

de la otra parte (doble ciego).

(11) <http://www.cybersettle.com/>

(12) <https://mylawbc.com>. Se presenta como ayuda gratuita para problemas legales, sobre todo en el Derecho de Familia.

(13) Ver GIANFELICI, F., "Solución electrónica de controversias de consumo, lo pendiente", *Revista de Derecho del Consumidor*, Núm. 7, IJ Editores, del 07-08-2019.

(14) "Pactanda" es el asistente on line de "eConfianza", que, a través del Programa de sellos CACE, monitorea el proceso para que todo se cumpla según un Código de Buenas Prácticas adoptado.

(15) Mientras en Indonesia se han implementado ODR en algunas áreas, aunque sin regulación específica (YUNIARTI, S., "Online Dispute Resolution as Future Dispute Settlement in Indonesia", *WoMELA-GG* 2019, Enero 26-28, Medan, Indonesia; en DOI 10.4108/eai.26-1-2019.2283268), en Eslovaquia aún ahora comienzan a desarrollarse estudios sobre el particular (GABRIS, T;

"Heading Towards Online Dispute Resolution in the Slovak Republic", *Hungarian Journal of Legal Studies* 59, No 1, 2018, pp. 74-94; en DOI: 10.1556/2052.2018.59.1.5).

(16) Punto 7.a del documento de la OCDE.

(17) *Business to Consumer*.

(18) En la agenda de UE, una de las principales apuestas para la tutela efectiva está puesta en los procesos de menor o escasa cuantía (ESCP, Siglas de *European Small Claims Procedure*), cuya obligatoriedad total se reclama para evitar la excesiva multiplicidad de procesos (MARCHAL ESCALONA, N., "¿Hacia un Nuevo Derecho Procesal Europeo de Protección del Consumidor?: La Nueva Iniciativa Europea sobre la Resolución de Litigios de Pequeña Cuantía"; en DOI: 10.17103/reei.28.09, en www.reei.org). Las ESCP sirven para tramitar pretensiones transfronterizas cuya cuantía sea menor a 5.000 euros (Reglamento CE nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, texto consolidado del 14 de junio de 2017. En la versión original del 2007,

Nota a fallo

Seguros

Exclusión de cobertura. Asegurado que se negó a la rea-

lización del test de alcoholemia. Derechos de la víctima. Traslado ilegal de la carga probatoria. *CNCiv., sala L, 07/07/2021. - M., P. S. c. M., J. A. y otros s/ Daños y perjuicios (Acc. Tran. C/ Les. o muerte).* 7

[La alcoholemia: ¿es una exclusión de cobertura en el seguro vehicular?](#)

Sergio Sebastián Cerda

7

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA Nº 10269F1

Ahora bien, sus fronteras se vienen dilatando. Así las ODR ya no se circunscriben solo para reclamos menores (19). No hay impedimento para que se acepten relaciones que no fueron celebradas en línea (20). Mucho menos se podría objetar que solucionen conflictos nacionales, dado que, de hecho, en ese territorio aparecen más exitosas que en el originario ámbito internacional. Tampoco debe descartarse que puedan expandirse a discusiones interempresarias (21) [o B2B (22)], ya sea que involucren bienes o servicios. E, inclusive, las nuevas realidades de economías colaborativas [C2C (23)].

Y de hecho han comenzado a usarse en una variedad de disputas atípicas, que incluyen problemáticas atinentes a registro de nombres de dominio, disputas familiares, sustracción de menores, entre otras áreas (24).

IV. Partes

Un arbitraje tradicional presencial cuenta con tres partes intervinientes: dos en disputa y el árbitro.

En esta nueva modalidad online se suman otros actores: los administradores y las plataformas.

Los administradores son los encargados de coordinar la plataforma. Y estas devienen indispensable, en tanto la conveniencia de este modelo descansa en la posibilidad de generar, enviar, recibir, almacenar, intercambiar o procesar información, datos o comunicaciones, de manera segura.

El administrador puede ser o no una entidad autónoma de la plataforma.

Para garantizar el principio de especialidad, el administrador debe aplicar políticas rigurosas en la selección y capacitación de los “terceros neutrales” (árbitros, mediadores, adjudicadores, etc.). Y, a la vez, un mecanismo de supervisión interna o de control de calidad que asegure que los terceros neutrales se ajusten a las normas fijadas.

Cierta doctrina ya se apresura a declarar que las plataformas de ODR no serían responsables por no haber conseguido un acuerdo entre consumidor y proveedor, en

la medida que haya cumplimentado debidamente con el deber de información (25).

V. Etapas del procedimiento

Hay numerosos moldes sobre cómo debe estructurarse un proceso de ODR. Pero hay bastante consenso de que debe constar de una etapa preliminar a la “traba de la litis” y de tres estadios propiamente dichos: negociación directa, arreglo facilitado y una etapa final de solución. Así lo propone uno de los diseños de ODR más difundidos, proveniente de las denominadas “Notas Técnicas sobre la Solución de Controversias en Línea” (26) de CNUDMI (UNCITRAL en inglés).

Tomando como muestra el aludido esquema, en lo que podría ser calificada como una preliminar etapa, el demandante envía el aviso de demanda (27) al administrador de la ODR, por conducto de la plataforma. El administrador informa al accionado de la existencia de la demanda y, eventualmente, comunica al actor la contestación (28).

En cada caso, deberá acompañarse toda la prueba que obre en poder de las partes (29). Aquí es imperioso percibir la aportación de pruebas bajo otra perspectiva, de mayor flexibilidad, admitiéndose que luego se incorpore probanzas relevantes, lo que sería difícilmente pensable bajo la mirada del proceso tradicional. Tal plasticidad hace a la esencia de este tipo de proceso.

Trabada la litis, comienza la siguiente etapa, una negociación por medios tecnológicos, en la que las partes dialogan directamente entre sí, por conducto de la plataforma ODR.

Si la etapa de negociación espontánea no culmina positivamente, se pasa a la siguiente fase (arreglo facilitado, mediación o semejante), donde el administrador ODR designa a un “tercero neutral”, quien mediará con las partes. Debe tratarse de una persona con imparcialidad e independencia, lo que deberá ser debidamente declarado. La administración de la ODR debe suministrar a las partes un método para oponer objeciones al nombramiento del tercero neutral, en cuyo caso el administrador de la ODR determinará si este debe ser sustituido, fijando otro eventualmente.

VICH-EINY, O.; “Technology’s Impact: The Quest for a New Paradigm for Accountability in Mediation”, *Harvard Negotiation Law Review*, 11, 2006, ps. 253-55.

(25) GIANFELICI, F., ob. cit.

(26) La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) pasó muchos años promoviendo ODR para el comercio electrónico transfronterizo a través de su Grupo de Trabajo III sobre Resolución de Controversias en Línea, creado en 2010. El Grupo III no produjo un tratado que estableciera un sistema global de ODR, sino que terminó en 2016 con una declaración que alienta nuevos desarrollos hacia un mecanismo ODR para reclamos de consumidores. En su 43 período de sesiones, CNUDMI decidió emprender un estudio de la solución de controversias en línea, que finalizó con la aprobación de las “Notas técnicas sobre la solución de controversias en línea” en su 49 período de sesiones, celebrado en 2016 (Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2016 [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/71/507)] 71/138). Lamentablemente luego se disolvió ese Grupo III.

(27) Según CNUDMI, la demanda debería contener: “a) el nombre y la dirección electrónica del demandante y (en su caso) del representante autorizado por este para que actúe en su nombre en el proceso ODR; b) el nombre y la dirección electrónica del demandado y (en su caso) de su representante, conforme a la información que posea el demandante; c) los motivos en que se funda la demanda; d) cualquier solución que se proponga para resolver la controversia; e) el idioma que prefiere el demandante para las actuaciones; y f) la firma u otro medio de identificación y autenticación del demandante y/o de su

Si la mediación no progresa, lo más usual sería derivar directamente a una etapa de algún tipo de arbitraje, adjudicación *online* o semejante.

Aquí, cabe tener presente que algunas reglamentaciones de ODR consienten que la última etapa de arbitraje pueda ser vinculante (adjudicativa) o no (consensual), y en este último caso no se impide que los litigantes lleven su caso ante un tribunal. Los asuntos resueltos mediante decisiones vinculantes no pueden volver a ser decididos, salvo que se aplique una lógica semejante a la que rige en los procesos colectivos, y entonces bajo ciertas hipótesis se podría permitir el replanteo de la cuestión resuelta en contra del consumidor, por ejemplo, nuevas pruebas o déficit en la defensa.

Lo relevante del diseño de ODR es la maleabilidad en el desarrollo de los ciclos procedimentales, que no pueden estar gobernados por principios estáticos como el de preclusión. Es que, la riqueza de la ODR reside en la posibilidad de que las partes puedan regresar a pasos, hasta que se resuelva la disputa o se produzca un punto muerto.

VI. Principios

La escasez de reglamentaciones conlleva necesidad de priorizar principios.

Los iniciales son: privacidad y confidencialidad (30), información adecuada (31) y consentimiento (32).

También se requiere “transparencia” en el administrador ODR, por lo que debe dar a conocer cualquier relación con un determinado proveedor, para que los usuarios del servicio estén informados de cualquier posible conflicto de intereses.

El principio de “imparcialidad” también es fundamental, por lo que, ante la falta de derecho vigente, es conveniente que el administrador ODR adopte un código de ética o semejante.

La regulación de la UE esencialmente para las ADR reclama: experiencia, independencia e imparcialidad, transparencia, eficacia, equidad (con relación al consumidor), libertad, legalidad” (en virtud del cual el nivel de protección que se le ofrece al consumidor no puede ser inferior al ga-

representante” (Cfr. art. 33 de las Notas Técnicas de la CNUDMI sobre la Solución de Controversias en Línea, p. 6).

(28) Según CNUDMI, la contestación debería contener: “a) el nombre y la dirección electrónica del demandado y (en su caso) del representante autorizado por este para que actúe en su nombre en el proceso ODR; b) la contestación a los motivos en que se funda la demanda; c) cualquier solución que se proponga para resolver la controversia; d) la firma u otro medio de identificación y autenticación del demandado y/o de su representante; y e) la notificación de cualquier contrademanda que se presente, con la expresión de los motivos en que se funde” (Cfr. art. 35 de las Notas Técnicas de la CNUDMI sobre la Solución de Controversias en Línea, pp. 6 y 7)

(29) Cfr. art. 36 de las Notas Técnicas de la CNUDMI sobre la Solución de Controversias en Línea, p. 7.

(30) El considerando 27 del Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 “sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo” exige que debe mediar adecuación a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 “relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos” y por el Reglamento (CE) 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, “relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos”.

(31) El art. 14.1 del Reglamento (UE) 524/2013 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013

rantizado por ley imperativa donde el consumidor tenga su residencia habitual; esto es, una suerte de principio protectorio pro consumidor, donde la solución arbitral no puede ser menos beneficiosa que legalmente le hubiere correspondido de no acceder al arbitraje) (33).

Desde luego que hay numerosos instrumentos, que prevén listados de directrices, en los que abreviar. Así los “Principios Éticos para la Resolución de Controversias en Línea” (34), donde se enumera: accesibilidad, rendición de cuentas, competencia, confidencialidad, empoderamiento, igualdad, equidad, honestidad, imparcialidad, participación informada, innovación, integración, obligación legal, neutralidad, protección contra el daño, seguridad, transparencia.

Un listado semejante desarrolló el Consejo Internacional para la Resolución de Disputas en Línea ICODR (*International Council for Online Dispute Resolution*) (35).

Por su parte, la *American Bar Association* (36) propuso una serie de “buenas prácticas” que han sido diseñadas como directrices políticas:

a. Debe respetarse el principio de transparencia y utilizar medios adecuados para suministrar información y divulgación. Por ejemplo, deberían emitirse informes que deberían incluir: (a) número de casos recibidos, resueltos y pendientes; (b) el número de casos resueltos a favor del negocio; (c) el número de casos resueltos a favor del consumidor; (d) promedio de tiempo que estuvo pendiente el proceso; y (e) costos promedio, si los hay, para los consumidores.

b. divulgación de un nivel mínimo de información. Que debería incluir Información de contacto y organizativa; los términos, condiciones y exenciones de responsabilidad; la explicación de los servicios y procesos de ADR proporcionados; la afirmación de que el procedimiento ODR cumplirá con los estándares básicos del debido proceso, incluyendo notificación adecuada a las partes, una oportunidad para que las partes sean escuchadas, el derecho a estar representado o consultar a un abogado en cualquier etapa del proceso, etc.

c. El uso de tecnología y entorno en línea, alentándose a los proveedores a incorporar

“sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo” dispone: “Los comerciantes establecidos en la Unión que celebren contratos de compraventa o de prestación de servicios en línea y los mercados en línea establecidos en la Unión ofrecerán en sus sitios de internet un enlace electrónico a la plataforma de resolución de litigios en línea. Dicho enlace será de fácil acceso para los consumidores”.

(32) El considerando 28 del Reglamento (UE) 524/2013 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 “sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo” exige que debe ponerse a disposición del público una nota exhaustiva de protección de la intimidad y explicar, en un lenguaje claro y sencillo, el tratamiento efectuado bajo la responsabilidad de los distintos actores de la plataforma, con arreglo a los artículos 11 y 12 del Reglamento (CE) 45/2001 y a la legislación nacional adoptada con arreglo a los artículos 10 y 11 de la Directiva 95/46/CE.

(33) Artículos 6 a 11 de la Directiva 2013/11/EU.

(34) De la NCTDR, *Ethical Principles for Online Dispute Resolution*, (<http://odr.info/>, 2016). <http://odr.info/ethics-and-odr/>. Leah Wing, autora principal, 2016.

(35) ICODR, *Standards for Online Dispute Resolution*, (<https://icodr.org/>, 2017). <https://icodr.org/standards/>. Detalla que las ODR deben ser: accesible, responsable, competente, confidencial, igualdad, justo o imparcial o neutral, legal, seguro, transparente.

(36) ABA, *Recommended Best Practices for Online Dispute Resolution Service Providers*, (www.americanbar.org, 2002). <http://invedet.org/wp-content/uploads/2020/07/ABA-Best-Practices-for-ODR-Providers-2002.pdf>.

el límite era de 2000 euros). Sin llegar a ser online *stricto sensu*, se encuentran mayormente digitalizados, procurándose la mayor estandarización, mediante el empleo de formularios preestablecidos (KRAMER, X., “The European Small Claims Procedure: Striking the Balance between Simplicity and Fairness in European Litigation”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2008, no. 2, p. 373). Incluso se llega a desestimar el asesoramiento letrado, o se promueve una asistencia letrada mínima, o en ocasiones se circunscribe a una colaboración técnica, por ejemplo para facilitar la carga de documentación probatoria. En Argentina el ejemplo paradigmático de buen funcionamiento de procesos de menor cuantía se encuentra en Mendoza, y de allí se exporta al resto de las Provincias (ver GINESTAR, C.; “Protección de usuarios y consumidores en los procesos de menor cuantía Código Civil y Comercial y marco legal subsistente. Una propuesta integradora”, LLGran Cuyo 2016 (octubre), 526).

(19) Así lo sostiene: CORTES, P., “Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union”, Routledge, New York, 2011, p. 9.

(20) ZELEZNIKOW, J., “Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts”, *IJCA*, vol 8, 2016, p 30; en DOI: 10.18352/ijca.223.

(21) RAPALLINI, L., “La empresa y el arbitraje online en el comercio internacional”, LA LEY 14/03/2013, 1, TR LALEY AR/DOC/5176/2012.

(22) *Business to business*.

(23) *Consumer to consumer*.

(24) Van ARSDALE, S., “User Protections in Online Dispute Resolution”, *Harvard Negot. Law Rev.*, vol. 21, no. 4, 2001, p. 110. También puede verse: RABINO-

nuevos avances tecnológicos en sus procesos ODR

d. Los costos de un proceso de ODR no deben ser tan altos como para excluir oportunidad de resolver una disputa; el costo debe ser acorde con el valor de la disputa

e. Imparcialidad, que debe visibilizarse a través de distintos medios. Así, por ejemplo, si un comerciante paga a un proveedor de ODR para arbitrar disputas entre el comerciante y sus clientes, esa relación debe ser divulgada para que los clientes la conozcan. También es relevante la imparcialidad de los neutrales.

f. Debe asegurarse la confidencialidad, privacidad y seguridad de la información.

g. Responsabilidad de los neutrales, para lo que es necesario prestar especial atención a los conflictos de intereses.

h. Responsabilidad de los proveedores, por ejemplo, mostrando todas las marcas de confianza relevantes.

i. Finalmente, las ODR deben tener la prudencia para saber cuándo deben dejar el conflicto o en manos de las partes o los tribunales.

VII. Problemática de la solución por arbitraje

Generalmente, la última fase de los procedimientos de ODR viene dado por alguna variedad de arbitraje o análogo. Esto puede generar inconvenientes en los conflictos de consumo, que despliegan razonables resistencias a los arbitrajes.

Por ejemplo, en el caso argentino, el contrato de arbitraje se encuentra prohibido para las relaciones de consumo. El art. 1651 inc. c) del Código Civil y Comercial, con la loable intención de impedir la prórroga de competencia, excluye acertadamente del contrato de arbitraje a las controversias que tengan por objeto derechos de consumidores y usuarios.

La regulación se presenta discutida en el derecho comparado.

Por un lado, la presencia de cláusulas de arbitraje no es inviable en los Estados Unidos. La Corte Suprema de aquel país interpretó la Ley Federal de Arbitraje para exigir la aplicación estricta de las cláusulas de arbitraje “previas” a la disputa en los contratos, debiendo —los consumidores— superar una gran carga para demostrar que los costos de arbitraje impiden el acceso a la justicia (37).

En la Unión Europea el raciocinio es disímil. El punto 1.q (38) del Anexo de la Directiva 13/93, de 5 de abril de 1993 “sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” dispuso que las cláusulas de arbitraje “previo” a la controversia son *prima facie* inválidas.

La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 “relativa a la Resolución Alternativa

de Litigios en materia de consumo” establece que los certificados a nivel nacional de las entidades ADR y ODR no pueden utilizar cláusulas de arbitraje previas a la disputa.

Asimismo, el Tribunal de Luxemburgo en “Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium” falló que los tribunales deben examinar, con criterio riguroso, las cláusulas de arbitraje en los contratos para garantizar que sean justas, especialmente cuando su aplicación coartaría un acceso de los consumidores a reparación (39).

Tal es la relevancia del debate sobre la viabilidad o no de cláusulas “previas” de arbitraje, que tal polémica se sindicó como causal del fracaso de las conversaciones para unificar globalmente un modelo de ODR. Esto se conoció como el debate entre la “Vía 1” y la “Vía 2”. Estados Unidos promovió la “Vía 1” que permitía la ejecución de acuerdos de arbitraje “previos” a la disputa, mientras que la Unión Europea defendió la “Vía 2” que no habilitada tales tipos de acuerdos vinculantes (40).

VIII. Marcos normativos de ODR

VIII.1. Argentina

Ya en el Anexo II de la res. 48/2015 de fecha 27 de marzo de 2015 de la ex Secretaría de Comercio se esbozó un “Sistema y medios informáticos”, en la tutela de los consumidores.

Pero ello se concretó con el dec. 274/2019 del 17/04/2019, por el que se modificó la tradicional ley 22.802 de Lealtad Comercial, y se inauguró formalmente el Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos de Consumo. El art. 69 de dicho decreto incorporó, como artículo 1º bis de la ley 26.993, aquel sistema, como instancia previa, facultativa y gratuita, respecto del Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo, que creara esta última ley. Las dos características primordiales son, por un lado, el carácter facultativo para los consumidores, pero obligatorio para proveedores. Y, por el otro, que no se limita a reclamos individuales, sino que, llamativa y osadamente, incluye la tutela de intereses plurindividuales homogéneos. El art. 70 del decreto, a su vez, modificó el art. 11 de la ley 26.993, de forma tal que la audiencia, fijada por esta última disposición, pueda llevarse a cabo de manera presencial o por vía electrónica, siendo facultad del consumidor optar por la utilización de medios electrónicos para la celebración de las audiencias. El art. 71 encomienda a la Autoridad de Aplicación de la ley 26.993, la regulación de los alcances del procedimiento del Sistema Electrónico de Resolución de Conflictos.

A su turno, el art. 1 (41) de la res. 616/2020 del 25/11/2020 de la Secretaría de Comercio Interior aprueba el “Procedimiento de Celebración de Audiencias por Medios Electrónicos”, desarrollado en el Anexo de dicha resolución. El art. 1 del Anexo aclara que el procedimiento se inicia cuando las partes participan de las audiencias conciliatorias por vía electrónica, mediante la utilización

de Tecnologías de la Información y Comunicación (TICs). El art. 2 precisa que los consumidores, al iniciar sus reclamos, podrán optar por la utilización de medios electrónicos para la celebración de las audiencias. El art. 3 fija que las audiencias de conciliación se desarrollarán “en línea” mediante la utilización de cualquier medio electrónico. La elección del medio electrónico a utilizar será una facultad de los consumidores. Y, en el mismo dispositivo, se aclara que ante inconvenientes técnicos se deberá fijar nueva fecha de celebración de audiencia. En cambio, ante inconvenientes similares o negativa del medio seleccionado por parte del proveedor, se deberá fijar por única vez nueva fecha de celebración. En caso de persistir dichas dificultades o negativas se lo tendrá por incomparable. El art. 4 prescribe que el procedimiento de conciliación electrónica tendrá un plazo máximo de 15 días hábiles, desde la aceptación formal del reclamo por parte del conciliador. El art. 5 garantiza que, si se arribare a un acuerdo, se tendrá por válida la aceptación al texto completo del acuerdo remitido al conciliador, únicamente cuando la aceptación se hubiere enviado desde el domicilio electrónico constituido por las partes a los efectos de la audiencia. Ello, además de otras disposiciones operativas contenidas en dicho Anexo.

A nivel nacional, se destaca la resolución 274/2021 SCI, por la que se crea la “Ventanilla Única Federal en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo”. Esta norma regula, entonces, una forma de plataforma electrónica de la Autoridad Nacional de Aplicación.

En los ordenamientos provinciales también se verifican algunos ejemplos.

La ley 757 de Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario de la CABA ya propiciaba la implementación de sistemas de conciliación a través de “medios telefónicos, Internet y/o similares” para resolver controversias que pudieran suscitarse en el marco de las relaciones de consumo (42).

El art. 49 de la ley 962 de la Provincia de Tierra del Fuego de Procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario preveía un modelo de conciliación en Internet (43).

VIII.2. Mercosur

En el MERCOSUR, la res. 37/19 de Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico prevé en su art. 8 que “Los Estados Partes propiciarán que los proveedores adopten mecanismos de resolución de controversias en línea ágiles, justos, transparentes, accesibles y de bajo costo, a fin de que los consumidores puedan obtener satisfacción a sus reclamos”. Se trata de un explícito mandato de implementación de “resolución de controversia en línea”, que, a partir de la res. 270/2020 de la Secretaría de Comercio Interior (SCI), integra el derecho interno argentino.

Pero en nuestro ámbito supranacional regional no ha habido un desarrollo del fenómeno como en la UE.

VIII.3. Unión Europea

El año 2000 puede verse como el comienzo del interés de la Unión Europea en las ODR. Se puede encontrar una referencia en una Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000.

La implementación normativa por autonomía de resolución alternativa de conflictos se verifica en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 “relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”. Dicha Directiva, conocida como Directiva de ADR, siguió la línea de las Recomendaciones de la Unión Europea sobre arbitraje en línea (1998) y mediación en línea (2001).

Pero el punto de inflexión, en el tema que nos ocupa, lo marca el impulso del desarrollo de una plataforma de ODR, a través de la Reglamentación 524/2013 de 21 de mayo de 2013 “sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo”, por el que se obliga a todas las compañías a ofrecer a los usuarios la posibilidad de resolver las disputas *online*, para todas las transacciones realizadas a través de Internet.

Si bien el Reglamento no define el ODR, la descripción de la Plataforma ODR se da en el art. 5.2 como: “una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Será un sitio de internet interactivo al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión”.

El Reglamento también instituye el procedimiento del registro de denuncia (art. 8), dispensación y tramitación de una denuncia (art. 9), el mecanismo de resolución de controversias (art. 10), la base de datos (art. 11), el tratamiento de datos personales (art. 12), la confidencialidad de los datos y seguridad (art. 13), la información al consumidor (art. 14), etc.

El procedimiento es el siguiente: presenta la reclamación, se procede a la determinación de la entidad de resolución alternativa competente para resolver el litigio, lo que se logra mediante un intercambio de información entre los interesados. El consumidor cuenta con un plazo de 10 días corridos para aceptar la entidad a la que esté obligado a recurrir el comerciante o, en caso contrario, para seleccionar una, entre las mencionadas en el formulario o determinadas por la plataforma, basándose en la información contenida en aquel. En este caso, la plataforma ofrece una lista indicativa de entidades basándose en dos criterios: las direcciones geográficas de las partes indicadas en el impreso electrónico y el sector a que el litigio se refiere; todo ello, sin perjuicio de la garantía de acceso a la lista íntegra de las entidades registradas, contando además las partes con una herramienta de búsqueda para su selección, proporcionada por la plataforma. Finalmente, se abre un trámite de aceptación por parte de la entidad de resolución alternativa, que tiene la posibilidad de rechazar el asunto, solo por causas tasadas y mediante resolución motivada. Estas entidades

(37) SCHMITZ, A., “Addressing the Class Claim Conundrum with Online Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, 361 2020, p. 368; disponible en <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/977>.

(38) Cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3: “Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:... suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas...”.

(39) TJUE, “Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium”, C-168/05, 2006 E.C.R. I-10421.

(40) SCHMITZ, A., “Addressing the Class Claim Co-

nundrum with Online Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, 361, 2020, p. 380; disponible en <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/977>.

(41) “Establéciese que las audiencias que deban celebrarse en el ámbito de la Dirección de Servicio de Conciliaciones Previas en las Relaciones de Consumo de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo dependiente de la SUBSECRETARÍA DE ACCIONES PARA LA DEFENSA DE LAS Y LOS CONSUMIDORES de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, se realizarán, a elección de las y los consumidores, de manera presencial, conforme el procedimiento dis-

puesto en el Título I de la Ley N° 26.993, o por medios electrónicos conforme la reglamentación, que como Anexo IF-2020-81081752-APN-SSADYC#MDP, forma parte integrante de la presente medida. Sin perjuicio de lo cual, durante la vigencia de la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541 y ampliada por el Decreto N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 y su modificatorio, los reclamos ingresados al Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo (COPREC) tramitarán únicamente mediante la celebración de audiencias por medios electrónicos”.

(42) Art. 20, texto conforme art. 13 de la Ley 2876, BO-

CBA 3066 del 27/11/2008.

(43) “La autoridad de aplicación implementará y reglamentará un sistema de conciliación a través de Internet para conflictos en las relaciones de consumo. El consumidor podrá llenar un formulario a través de su ordenador informático, en el que expondrá su reclamo junto con la factura del servicio o adquisición que lo origina. Dicho reclamo será remitido a través de su computadora a la autoridad de aplicación. Recibida la solicitud por dicho medio informático, se comprobará si el comerciante o empresa se encuentra adherido al sistema. Si está adherido se dará comienzo al procedimiento que establezca la reglamentación”.

pueden ser organismos públicos o privados (incluso con fines de lucro). Ofrecen una variedad de técnicas de ADR, incluidos procesos de mediación, arbitraje y actuación de la Defensoría del Pueblo.

Mientras que la *ut supra* referida CNUDMI propone un procedimiento de varios pasos que pasa de la negociación automatizada a la adjudicación, la iniciativa europea de ODR se extiende a varios ADR/procesos extrajudiciales. El enfoque de la UE pretende reflejar las diversas tradiciones y modelos de compensación al consumidor que se encuentran actualmente en la UE (por ejemplo, Defensores del Pueblo). Esto significa que el enfoque de la UE es más flexible que aquel seguido por la CNUDMI.

En la UE todas las empresas están obligadas a informar a un consumidor sobre la disponibilidad de estas entidades ADR certificadas, cada vez que un comerciante tiene una disputa sin resolver con ese consumidor o el consumidor está no satisfecho con el remedio ofrecido por el comerciante. Pero la Directiva no obliga a los comerciantes a participar en ADR, esto significa que la participación es opcional. La falta de carácter vinculante de la plataforma europea ha sido muy criticada. Pero les exige que informen a los consumidores sobre las entidades de ADR certificadas. Y si los proveedores operan en línea, deben informar también sobre la plataforma ODR de la UE. Cuando los comerciantes han acordado utilizar una entidad ADR certificada específica (o si dicho acuerdo se aplica colectivamente al sector de comerciantes), deben informar a los consumidores sobre la entidad ADR en los T&C; y si operan en línea, deben incluir un enlace a la plataforma ODR.

Todos los comerciantes en línea de la UE, Islandia, Liechtenstein y Noruega están obligados a proporcionar un enlace de fácil acceso a la plataforma ODR. Incluso se habilita que los comerciantes puedan presentar una reclamación contra un consumidor, pero solo si el consumidor reside en Bélgica, Alemania, Luxemburgo o Polonia.

Al igual que en las notas de CNUDMI se prevé un sistema de acreditación, aunque el sistema europeo da un paso más, exigiendo a los Estados que garanticen la provisión de entidades ADR/ODR.

En este punto, cabe subrayar que el sistema se asienta sobre un estándar de calidad, que a su vez se sostiene en dos pilares: rigurosidad en la acreditación pública de la ODR y el aseguramiento de “garantías procesales”. En este segundo punto habrá que asegurarse al consumidor ciertas condiciones: por ejemplo, que el acuerdo haya sido pactado post acuerdo contractual, brindar un período de reflexión amplio luego del acuerdo en la ODR, etc.

Como anticipamos, el Reglamento ODR complementó la Directiva al exigir a la Comisión Europea que ejecute una plataforma ODR gratuita, que es en esencia un sitio web que actúa como un centro para canalizar todas las quejas de los consumidores (tanto nacionales como transfronterizos). La gestión de la plataforma ODR de la UE está a cargo de la Comisión y de CEC-Net. Y su principal función es vincular a consumi-

res y comerciantes con ODR aprobadas (44), con especial respeto a la intimidad de sus usuarios.

En este escenario, la Comisión adoptó el Reglamento de ejecución (UE) 2015/1051 de 1 de julio, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de litigios en línea, las formas de impresos electrónicos de reclamación y las maneras de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento ODR.

Las entidades de ADR certificadas deben poder procesar quejas en línea, ser gratuitas (o de bajo costo), tener eficacia (resolución de disputas en 90 días), transparencia (publicar informes anuales de actividad), equidad (dar a los consumidores un período de reflexión antes de que acepten resolver una reclamación), legalidad (garantizar que se respete la ley obligatoria de los consumidores) y libertad (garantizar que los consumidores solo pueden aceptar el arbitraje, o cualquier otro procedimiento que les impida acudir a los tribunales, luego de que surja la controversia, es decir, los acuerdos contractuales previos a la controversia solo son válidos para casos consensuados o no). El considerando 8 del Reglamento 524 explicita que: “La resolución de litigios en línea ofrece una solución extrajudicial sencilla, eficiente, rápida y asequible para los litigios derivados de transacciones en línea”

Deviene atractivo que el aludido Reglamento fue dictado en cumplimiento del artículo 169, apartado 1 y apartado 2, letra a), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que establece que la Unión debe contribuir a lograr un alto nivel de protección de los consumidores mediante las medidas que adopte en virtud del artículo 114 del TFUE. Y en virtud del artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que dispone que en las políticas de la Unión ha de garantizarse un nivel elevado de protección de los consumidores.

Esto es trascendente para trazar un paralelismo y entender las ODR como modo de satisfacción del art. 42.3 de la Constitución argentina.

Luego los Derechos Nacionales europeos adaptaron sus legislaciones a las normas supranacionales citadas. Así, por ejemplo, los arts. 40.5 y 41 de la Ley 7/2017 de España prescribe que tanto el empresario que celebre contratos de compraventa o prestación de servicios en línea como las plataformas de comercio electrónico deberán incluir en su sitio web un enlace identificable y fácil a la plataforma de resolución de litigios en línea de la Unión Europea a la que se refiere el Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013. El art. 41 reza que el incumplimiento de esa obligación informativa constituirá una infracción grave.

Aún es demasiado pronto para evaluar la eficacia del sistema europeo, pero su implementación ha enfrentado una serie de desafíos. A pesar del fuerte apoyo de la mayoría de los gobiernos nacionales, la transposición a la legislación nacional ha estado subordinada a retrasos. De hecho, los primeros informes sugieren que

el Portal de la UE no ha ganado demasiado impulso, aunque va cobrando mayor auge (45). Y con la aprobación del “Nuevo Acuerdo de Política de consumidores” de abril de 2018, se esperaba que se implementen más procesos de ODR en Europa.

Aunque parecería que a partir de ahora, como consecuencia de la pandemia (46), la balanza podría inclinarse seriamente a favor del modelo ODR.

VIII.4. Reino Unido

El Reino Unido es un caso que merece un tratamiento separado, porque políticamente ya no integra la UE (*brexit*), y porque ha tenido un desenvolvimiento de las ODR autónomo.

En dicho país, la adhesión a las ODR es obligatoria para las empresas en determinados mercados, por ejemplo: educación superior, transporte público, servicios financieros y bancarios, proveedores de servicios públicos (gas, electricidad, agua), telecomunicaciones, servicios legales, juegos de azar, inmobiliarias. En esto se distancia de la UE.

Y si bien, no es vinculante para los proveedores asistir a ODR en los mercados no especificados, hay fuertes incentivos para ello.

La certificación de la ODR la aprueba la autoridad administrativa sectorial competente. Pueden ser personas privadas o no.

Cada sector tiene distintas ODR acreditadas y un disímil número de ellas, procurándose una cifra razonablemente baja de ODR por sector: vgr. en materia de agua se encuentra acreditada una plataforma llamada *Waters*, en servicios legales una denominada *Legal*; en juegos de azar hay una decena de ODR acreditadas, mientras que en materia de conflictos inmobiliarios hay 3 acreditadas, a la fecha. Algunas pueden estar registradas en varios sectores. Una de las más difundidas es la plataforma *Resolver* (47).

En consecuencia, el modelo inglés se caracteriza por ODR especializadas, financiadas mayormente por el sector empresario. La empresa paga el costo, salvo ciertos supuestos donde el consumidor también debe contribuir con un valor más que nada simbólico (48).

IX. Plataformas públicas

En nuestra región, hay una marcada propensión hacia variantes de tipo públicas, estatales o no.

Uno de los primeros casos de ODR con base pública se remonta a la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), en México, donde se creó un servicio electrónico para resolver conflictos, llamado *Conciliatnet*, concebido interesantemente para la solución *online* de todo tipo de controversias; y no únicamente aquellas surgidas de transacciones en línea.

También hay formas simplificadas de resolución de disputas en el ámbito del Derecho Público, en el *common law*.

Dispute Resolution, 361, 2020, p. 378; disponible en <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/977>.

(51) Según cifras de esa página, el 80% de las denuncias registradas en consumidor.gov.br son resueltas por las propias empresas, y responden a las demandas de los consumidores en un plazo medio de 7 días.

(52) A la fecha de esta publicación hay 3.178.874 consumidores registrados y 1110 empresas inscriptas (entre ellas, las gigantes Facebook, Instagram, Amazon, Apple, Samsung, etc.).

(53) En 2021, hasta la fecha, hubo 932.260 reclama-

En Inglaterra se puede encontrar un Tribunal *online* de Penalización de Tránsito. O en materia fiscal en Ohio (49).

En Utah, un Comité Directivo de ODR fue formado a instancia del Consejo de la Judicatura de ese Estado, en junio de 2016, para mejorar los medios de acceso reclamos en casos de menor cuantía. Este programa sigue un proceso escalonado, comenzando con “educación y evaluación”, que es una especie de “asistente” que proporciona información sobre las reclamaciones de los usuarios y posibles defensas. El segundo paso abre un *chat* en el sitio, para permitir que las partes se comuniquen sobre su disputa y potencialmente negociar un acuerdo. Si las partes no llegan a un acuerdo, pasan al tercer paso del proceso en el que un facilitador ayuda a mediar la disputa. Si las partes no pueden llegar a una resolución dentro de los treinta y cinco días, pasan a la cuarta etapa, en la que se organiza el litigio, en línea o no (50).

X. Plataformas en las autoridades de aplicación

Completando la arista de “publicación” de las ODR del párrafo anterior, una de las tipologías esenciales del fenómeno de las plataformas, como medios de solución de controversia, en Sudamérica es precisamente que no se verifican en el ámbito privado, al menos no como las hemos descripto en este trabajo.

La misión que las ODR han pretendido cumplir en el derecho comparado ha sido reemplazada, en estas latitudes, por plataformas digitales de resolución de conflictos creadas por las propias autoridades administrativas de aplicación de la defensa de los consumidores.

El caso argentino, cuya legislación hemos transcrito *ut supra*, es paradigmático en tal sentido.

En Brasil, la página *Consumidor.gov.br* es un servicio público que permite, menos burocráticamente, el diálogo directo entre consumidores y empresas para resolver los conflictos de los consumidores a través de Internet, monitoreada por la Secretaría Nacional del Consumidor (Senacon) del Ministerio de Justicia, Procons, Defensores, Fiscales (51). Se trata de un servicio prestado y mantenido por el Estado, en el que la participación de empresas solo está permitida a quienes se adhieran formalmente al servicio, previa suscripción. La Secretaría del Consumidor del Ministerio de Justicia de Brasil es responsable de la gestión, disponibilidad y mantenimiento de la plataforma. La plataforma brasileña se lanzó el 27/06/2014 (52) y continúa operando hasta la actualidad (53), sobre un espectro de problemáticas de consumo muy amplio (54). La doctrina de ese país confía que, en el mediano plazo, la plataforma brasileña puede disminuir significativamente el volumen y los costos del litigio (55).

En Uruguay también cuentan con una plataforma en el ámbito de la autoridad de aplicación, donde se puede plasmar una mediación directa entre consumidor y proveedor, aunque mucho menos desarrollada que su par de Brasil.

(44) A la fecha, hay más de 400 ODR acreditadas. La plataforma de la Comisión Europea está disponible en 30 países y en 25 lenguas de la UE para comercio electrónico nacional y transfronterizo, aunque los mejores resultados se obtienen en el primero.

(45) De los 24.000 casos presentados en su primer año, el 44% fueron resueltos en la etapa de negociación.

(46) CALLEJA, J. y PARAMIDANO, C., “Mediación a distancia en la Provincia de Buenos Aires”, *Revista de Negociación, Mediación, Conciliación y Métodos RAD*, Núm. 18 - junio 2021, del 25-06-2021.

(47) Presente en diversos sectores: Telecomunicaciones, Energía, Tiendas, Servicios públicos, Viaje, Finanzas, Restaurantes, Seguro, Automovilismo, Agua, Propiedad, Ocio, Servicios, Salud, Legal, Pensiones. <https://www.resolver.co.uk/>

(48) Oscila los 20 dólares.

(49) CORTES, P., “The Online Court: Filling the Gaps of the Civil Justice System?”, *Civil Justice Quarterly*, 2017, 36 (1), ps. 54-71 (18), nota al pie 49.

(50) SCHMITZ, A., “Addressing the Class Claim Conundrum with Online Dispute Resolution”, *Journal of*

ciones, 78% solucionadas, en un plazo promedio de 8 días y con una calificación de los consumidores de 2.95 de conformidad (de una escala de 1 a 5).

(54) Las tarjetas de crédito son el ámbito con más reclamos. Y problemas de cobranza, el conflicto más usual.

(55) VIEIRA DE CARVALHO FERNANDES, R.; RULE, C.; TIEMI ONO, T. y BOTELHO CARDOSO, G., “Online Dispute Resolution in Brazil”, *International Journal for Court Administration*, The Expansion of Vol. 9 No. 2, Julio 2018; en DOI 10.18352/ijca.255.

En Perú se ha edificado una plataforma de solución de conflictos no obligatorio, pero fomentándose la participación empresaria mediante la asignación, a aquel proveedor que acepta, de un distintivo. Se llama “Concilia Fácil”, y cuenta con tres etapas: mediación a través de interacción en línea, conciliación mediante audiencia virtual y arbitraje.

XI. Ámbito judicial

A esta altura, podemos interpelarnos sobre el potencial de la ODR para optimizar el acceso y la administración de la justicia, no solo como un medio alternativo que alivia la tarea jurisdiccional, sino como una modalidad judicial más, aplicable en ciertas hipótesis. La posibilidad de “tribunales online” es embrionaria, pero merece investigarse. Aquí las “ODR judiciales” no cumplen solo una función de “descongestión” de la labor de los tribunales de justicia, sino una transferencia de tecnología para optimizar su eficacia.

Una evolución de las ODR en tal sentido podría aportar a la aceleración de los denominados “tribunales multipuertas” (*Multi-door Court-Houses*). Esto es, en su máxima expresión, un modelo en que las demandas puedan ser redireccionadas a diferentes mecanismos de solución de conflictos, de modo que cada caso sea conducido y resuelto a través de la vía más idónea, teniendo en cuenta sus especiales características (56).

Canadá ha liderado este nuevo paradigma, mediante la extrapolación de la lógica de las ODR en la conformación de su Tribunal de Resolución Civil (CRT) para resolución de reclamos menores, en Columbia Británica. Aunque, en rigor, se trata de un tipo de competencia no vinculante, el Tribunal de Resolución Civil de Columbia Británica es, probablemente, el primer juzgado en línea. Tiene competencia en 5 tipos de cuestiones: disputas sobre viviendas, por accidentes de vehículos hasta \$ 50.000, reclamos generales menores de \$ 5.000, controversias de propiedad de condominios de cualquier monto, y problemas de sociedades y asociaciones cooperativas también de cualquier monto. Según publicita el propio Tribunal, trabaja 24/7 (57). Emplea un proceso en 4 etapas. En primer lugar, se brinda herramientas legales gratuitas y se provee un formulario adecuado para el tipo de disputa. La segunda fase es de negociación directa entre partes. En tercer lugar, un administrador hace las veces de facilitador. Si todo ello fracasa, en la cuarta etapa, un miembro del Tribunal toma una decisión sobre la polémica. La decisión del Tribunal se puede hacer cumplir como una orden judicial cualquiera. Se trata de un proceso que *a priori* prescinde de los abogados, salvo que el juez decida de lo contrario.

Este fenómeno no es exclusivo del derecho comparado occidental. En Hangzhou (China), hogar del gigante de las compras en línea *Alibaba*, los tribunales electrónicos están disponibles en cuatro jurisdicciones. Los tribunales de distrito de *Xihu*, *Binjiang* y *Yuhang* manejan respectivamente las disputas comerciales en línea, las demandas por derechos de autor y las disputas por servicios financieros en línea. El tribunal intermedio de *Hangzhou* tiene a su cargo las apelaciones de estos casos (58).

En un importante Informe sobre la “Revisión de la estructura de los tribunales civiles” del Poder Judicial de Inglaterra y Gales de L. J. Brigg, se esbozó la creación de un tribunal en línea que incorpore técnicas de ADR en su procedimiento y sea accesible para los litigantes con disputas de baja cuantía (menores a 25.000 libras) (59).

En dicho informe se despliegan las críticas que se pueden argüir en contra de un tipo de Tribunal en Línea: la negación a una gran mayoría que no tienen acceso a internet; la exclusión de abogados directa o indirectamente (por el diseño de costes); inexistencia de precedentes comparables de un tribunal online que proporcione el nivel mínimo de confianza; dificultad de fijar un nivel de cuantía techo en la jurisdicción del tribunal; altos costos del diseño y operación; imposibilidad que un proceso interactivo automatizado (en la etapa 1) reemplace el asesoramiento personalizado de un abogado; falta de transparencia; etc. (60).

Esta idea de Tribunal Online en Inglaterra, impulsada en el informe referido, excluiría los casos que sean complejos o merezcan seguir un procedimiento separado. Se debería circunscribir a reclamos específicos (deudas de dinero), y no a daños indeterminados. Se propuso excluir reclamos por posesión de viviendas, negligencia profesional, debates sobre propiedad intelectual y demandas que incluyan por lesiones personales (61).

Una característica del Tribunal Online proyectado en Inglaterra es que tendría sus propias reglas de procedimiento simplificadas, que se apartarían del proceso tradicional. La *etapa 1* sería un proceso de clasificación completamente automatizado en el que las partes deberían completar un formulario de reclamo en línea y se les ofrecería un simple asesoramiento en línea. En la *etapa 2*, el conflicto pasaría a un oficial de casos, que ofrecería una combinación de servicios de conciliación y gestión de casos. Los oficiales de casos invitarán a las partes a participar en una evaluación neutral temprana proporcionada por un juez especialista, quien revisaría brevemente el reclamo y emitiría una recomendación no vinculante. Aquellos asuntos que no puedan resolverse se someterán a una gestión de casos con la ayuda del oficial

para estar preparados para la etapa final. La *etapa 3* se ocuparía de las reclamaciones no resueltas, en las que un juez tomará una determinación final.

Ciertamente se verifica ya una suerte de “tribunal online” inglés, que atiende reclamos de sumas de dinero mediante un procedimiento simplificado, de menor cuantía, y siempre que no se trate de casos complejos. El servicio (62) es prestado por el Gobierno del Reino Unido y tiene el costo de una tasa de justicia (63). Se incentiva a las partes para avanzar en la negociación de un acuerdo mediante el intercambio de ofertas no vinculantes. Como segunda fase, se asigna un asistente legal para ayudar a los litigantes a realizar el acuerdo o bien para ayudarlos en la gestión de todo lo necesario para la última etapa. En tercer lugar, si no hay acuerdo, un centro procede a la adjudicación del caso a un “tribunal de condado”, para su resolución.

Un modelo atrayente del uso de la tecnología de la información en los tribunales, en cuyo estudio deberíamos abreviar, se verifica con Singapur. En diez años una organización judicial anticuada y de trabajo lento con enormes atrasos se convirtió en un sistema judicial moderno que funciona como ejemplo de eficiencia (64).

Lo dicho nos permite concluir que tal vez sea posible mixturar la seguridad que naturalmente nos brinda la sede judicial tradicional o las agencias administrativas, con modelos de procesos que se integren bajo los paradigmas de las nuevas tecnologías, digitalización, virtualidad; para forjar un régimen que se aproxime a la satisfacción de las exigencias de eficacia provenientes del mandato del art. 42.3 de la Constitución Nacional, que con los moldes tradicionales parecería todavía lejos de cumplimentarse.

XII. Protección online de intereses colectivos

Es arduo de figurarse supuestos de tutela colectiva a través de medios alternativos.

Incluso en los Estados Unidos el “arbitraje de clases” es prácticamente inexistente, sobre todo desde el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en “*Stolt Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp.*” (65).

Aunque paradójicamente la Unión Europea empezó a valorar la posibilidad de ADR colectivos combinados con un esquema colectivo judicial de reparación (66). A partir de eso último, un sector de la doctrina ha llegado a proponer que las ODR podrían erigirse como una nueva tecnología para perseguir reclamos masivos, especialmente en las causas de pequeña cuantía (67).

De aceptarse tamaña innovación, debería serlo bajo la opción *opt in* y con rigurosos estándares en la garantía del debido proceso.

XIII. Inteligencia artificial

La ulterior instancia de evolución de este solapamiento entre tecnología y proceso viene dada por lo que constituye una de las innovaciones más disruptivas de la historia del derecho (sino de la humanidad), esto es, la inteligencia artificial, en cuanto proceso de decisión construido a partir de algoritmos.

En lo que nos atañe, ya se comprueban experiencias de ODR que aprovechan programas de inteligencia artificial. Ejemplos de dichos soportes son: *Adjusted Winner* (68), *Family Winner*, *Dialaw* (69) y *Smartsettle*. *Modria* es un *software* diseñado especialmente para la resolución de disputas en línea (70).

Los primeros sistemas de soporte (NSS, por sus siglas en inglés) se basaban en plantillas, sin utilizar explícitamente la inteligencia artificial. *Negotiator Pro*, *The Art of Negotiating* y *DEUS* fueron pioneros. Zeleznikow efectúa un pormenorizado detalle de la evolución de los sistemas de apoyo en la negociación inteligente temprana, hasta llegar a “*Split-Up*”, el primero que proporcionó apoyo a la negociación mediante el uso de *machine learning* (71). Se trataba de un método de distribución de bienes en el marco de separaciones en Australia, que tecnológicamente utilizaba un híbrido basado en reglas, razonamiento y aprendizaje automático (que son distintos patrones de mecanismos de inteligencia artificial).

Actualmente, se realizaron varios experimentos de negociación utilizando NSS *Negoisst* (72). El descubrimiento de “reglas de asociación” fue utilizado como técnica descriptiva para generar conjuntos esenciales de patrones de asociación estratégica. Se aplicaron árboles de decisión como técnica de aprendizaje supervisado para la predicción de los patrones de clasificación. Examinaron hasta qué punto eran confiables y valiosos los patrones que se podían derivar de los datos de negociación electrónica y si se podían generar predicciones apreciables como resultado del proceso. Luego ampliaron su trabajo de *machine learning* hacia el desarrollo de enfoques de preprocesamiento basados en extracción de texto y reducción de dimensionalidad de algoritmos, a partir de la búsqueda y selección de características (73).

La teoría de juegos se ha empleado como fuente de apoyo a la negociación inteligente, combinando con otros procesos (74).

Otro de los primeros sistemas de apoyo a la negociación que utilizó “inteligencia artificial” fue *LDS* que ayudó a resolver casos de

(56) WALKER SILVA, N., “Resolución alternativa de conflictos en línea. Perspectivas de futuro”, *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, Núm. 13, mayo 2021, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, del 31-05-2021.

(57) Ver <https://civilresolutionbc.ca/>

(58) La fuente de la información es: http://www.china.org.cn/business/2015-12/11/content_37299042.htm#V0bVnY42EoA.twitter. En ese artículo se aclara: “Los tribunales electrónicos surgieron como firmas individuales de comercio electrónico y la industria en su conjunto pidió servicios legales más apropiados”, según Luo Xin, Director del Tribunal de Distrito de Yuhang. Puede ver: CORTES, P., “The Online Court: Filling the Gaps of the Civil Justice System?”, *Civil Justice Quarterly*, 2017, 36 (1), pp. 54-71 (18); nota al pie 47.

(59) *Civil Courts Structure Review: Final Report by Lord Justice Briggs*, de Julio de 2016, ver punto 6.4.

(60) Ver especialmente los puntos 6.5.1 a 6.5.10.

(61) Véase el Informe *Civil Courts Structure Review: Final Report by Lord Justice Briggs*, de Julio de 2016, párr. 6.54, 6.93, 6.95 - 6.100.

(62) Ver <https://www.gov.uk/make-money-claim>.

(63) Que varía de acuerdo con el monto del reclamo, de 35 a 455 libras.

(64) Según LODDER A. y ZELEZNIKOW J., “Enhanced dispute resolution through the use of information technology”, Cambridge University Press, 2010.

(65) *Stolt-Nielsen SA contra AnimalFeeds Int'l Corp.* - 559 US 662, 130 S. Ct. 1758 (2010). En él se sostuvo que los árbitros habían excedido su autoridad para ordenar el arbitraje de clase, cuando el contrato entre las empresas y sus clientes habían guardado silencio sobre la posibilidad de reclamos de clase. Igualmente, en el sistema del *Common Law*, la mayoría de los contratos de consumo excluyen expresamente los procedimientos colectivos, y no es sencillo impugnar estas renunciaciones a la acción de clase, sobre todo después de la decisión en “*AT&T Mobility, L.L.C. v. Concepcion*” (131 S. Ct. 1740, 1743-56, 2011).

(66) “Libro Verde sobre *Consumer Collective Redress*”, COM (2008) 794, 27/11/2008, disponible en http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm.

(67) SCHMITZ, A., “Addressing the Class Claim Conundrum with Online Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution*, 361, 2020, p. 379; disponible en <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/977>.

(68) Ver BELLUCCI, E. y ZELEZNIKOW, J., “A comparative study of negotiation decision support systems”. *Proceedings of the Thirty-First Hawaii International Conference on System Sciences*. Los Alamitos, Cal., IEEE Computer Society, 1998, pp. 254-262. De los mismos autores: BELLUCCI, E.; ZELESNIKOW, J. y LODDER, A., “Integrating artificial intelligence, argumentation and game theory to develop an online dispute resolution environment”, *Conference Paper*, dec. 2004, DOI: 10.1109/ICTAI.2004.75.

(69) Aunque la herramienta se desarrolló principalmente para respaldar el arbitraje, podría ser utilizado para otros tipos de ODR, como negociación y mediación (Cfr. BELLUCCI, E.; ZELESNIKOW, J. y LODDER, A., “Integrating artificial intelligence, argumentation and game theory to develop an online dispute resolution environment”, *Conference Paper*, dec. 2004, DOI: 10.1109/ICTAI.2004.75).

(70) Creado por el mismo equipo que implementó los

sistemas de RDL en eBay y PayPal. El principal indicador del éxito de *Modria* radica en haber resuelto, a la fecha, más de cuatrocientos millones de conflictos, gran parte de ellos en forma plenamente automatizada

(71) ZELESNIKOW, J., “Using Artificial Intelligence to provide Intelligent Dispute Resolution Support”, *Group Decision and Negotiation*, <https://doi.org/10.1007/s10726-021-09734-1>

(72) *Negoisst* se catalogó como régimen de gestión de documentos. Luego, *Negoisst* es un SNA holístico que ofrece soporte de comunicación, soporte de decisiones, gestión de contratos y conflictos administración.

(73) KAYA, M. y SCHOOP, M., “Application of data mining methods for pattern recognition in negotiation support systems”, *International conference on group decision and negotiation*, 2019, ps. 223-237. KAYA, M. y SCHOOP, M., “Maintenance of data richness in business communication data”, ECIS, 2020.

(74) ZELESNIKOW, J., “Using Artificial Intelligence to provide Intelligent Dispute Resolution Support”, *Group Decision and Negotiation*, <https://doi.org/10.1007/s10726-021-09734-1>.

responsabilidad por productos defectuosos. *SAL* auxilió a los ajustadores de reclamaciones de seguros que evalúan las reclamaciones relacionadas con la exposición a un producto riesgoso (asbesto). *Mediator* utilizó la recuperación y adaptación de casos para proponer soluciones a disputas internacionales. *Persuader* integró el razonamiento basado en casos y la teoría de juegos para brindar apoyo a la toma de decisiones con respecto a las disputas laborales de los Estados Unidos. *Negoplan* era una lógica de modelo experto para soporte de negociación. *Genie* integraba razonamiento basado en reglas y análisis de atributos múltiples para asesorar sobre disputas internacionales (75). *UM-Court* utilizó herramientas autónomas para aumentar la cantidad de información significativa que está disponible para las partes contendientes en el proceso ODR.

En noviembre de 2020, *Inspire* (método basado en plantillas) es un NSS que permite la especificación de preferencias, valoración de ofertas, gestión de comunicación, visualización gráfica del progreso de la negociación, análisis post-acuerdo y otras funciones. Cuenta con las tres fases básicas que se suelen seguir en cualquier negociación, pero también con un período posterior al eventual acuerdo al que se arribe, durante el cual tiene la opción de renegociar el arreglo que ya se haya alcanzado. *Inspire* determina si el acuerdo al que ha llegado es “óptimo” en el sentido de que ninguno de los dos puede mejorarlo sin pérdidas para la otra parte (“óptimo de Pareto”). Si *Inspire* puede sugerir mejores paquetes que el que se acordó, se le muestran algunas de las posibilidades y se le da la opción de continuar la negociación hasta llegar a otro consentimiento (76).

La plataforma holandesa *Rechtwijzer* (77) (traducida como *Hoja de ruta hacia la justicia*) fue diseñada para el caso de separación de parejas. Tenía el ya aludido sistema australiano *Split-Up* como su precursor. *Rechtwijzer* comienza pidiendo información personal, como edad, educación, ingresos; así como las prioridades en la disputa, por ejemplo, si se quiere que los niños vivan con uno solo de los padres o tiempo parcial entre ambos. Tiene una fase de diagnóstico, otra de admisión para la parte demandante, y una tercera de admisión para la parte demanda-

da. Se trata de un modelo de resolución de disputas de “negociación integradora”. La plataforma utiliza algoritmos para encontrar puntos de acuerdo y luego propone soluciones. Pero los acuerdos finales son revisados por un abogado independiente. En la situación donde las soluciones propuestas por el sistema *Rechtwijzer* no son aceptadas por la pareja, se anima a los litigantes a que soliciten un mediador (este paso tiene un coste adicional 360 euros, más que los 100 iniciales), o solicitar una decisión vinculante por parte de un árbitro. Hasta el paso cuando se solicita adjudicación, el uso del sistema *Rechtwijzer* es voluntario y no vinculante.

Ciertamente, cada vez son más las investigaciones sobre el particular (78). Y ya se sostiene que, en algunos de estos modernos ODR, los algoritmos están sustituyendo al “mediador” humano (79).

Algunos investigadores se han esforzado en enfatizar la conveniencia de automatizar completamente el proceso de negociación (80), por ejemplo, para evitar los sesgos humanos (81); otros con mayor cautela colocan algunos reparos (82).

XIV. Hipervulnerabilidad

Indudablemente la gran restricción que exhiben las ODR viene dada por las dificultades que deben enfrentar ciertas personas que carecen de fácil acceso a internet. Se trata de personas vulnerables por su dificultad para ingresar o desenvolverse en los entornos digitales, a veces empeorada por las zonas en las que se encuentran (83).

O el caso de los denominados *consumidores hipervulnerables*, esto es, cuando se suma una debilidad coyuntural (84) a la fragilidad estructural que tienen los consumidores; noción que se asienta en la idea humanitaria de “interseccionalidad” (85). Desde luego, la problemática se endurece cuando la situación encuadra en el concepto de *analfabetismo digital* (86).

De hecho, un sector de nuestra doctrina nacional comprende que el consumidor digital, por esta sola condición (87), ya

reviste naturaleza de “consumidor hipervulnerable”. Incluso ha comenzado a utilizarse la expresión “hipervulnerabilidad agravada” cuando el consumidor digital comprueba otras debilidades coyunturales (88).

Ello explica que el considerando 27 del Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 “sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo” exige lenguaje claro y sencillo para transmitir la información al usuario. En el art. 1 de la plataforma de la Comisión se requiere que la plataforma de resolución de litigios en línea debe ser de fácil utilización por los usuarios, así como “accesible y utilizable por todas las personas, incluidos los usuarios vulnerables (diseño para todos)” (89).

XV. Conclusiones

Indudablemente, esta novel modalidad de tutela acarrea desventajas tales como la falta de intermediación, una “distancia” que puede facilitar engaños o malentendidos, barreras idiomáticas en los asuntos transfronterizos, la todavía insuficiente difusión de internet en ciertos sectores, la conflictividad en la ejecución de acuerdos arbitrales *online* (90), la mayor facilidad en la violación al derecho a la intimidad o privacidad (91). Además, las ODR no parecerían ser el método ideal para resolver *hard cases*, ni para comprender a ciertos vulnerables.

Incluso, debe admitirse que el futuro prometedor augurado de las ODR (92), hasta ahora no terminó de consolidarse (93), aunque la pandemia por COVID mejoró la perspectiva.

Los posibles factores de la ausencia de progreso pueden ser: la falta de conciencia en los consumidores, la ausencia de estándares legales, los altos costos de investigación sobre el desarrollo de *software* ODR, falta de incentivos de los comerciantes (una marca de confianza, etiqueta en línea y cooperación con los motores de búsqueda para que los usuarios puedan editar sus búsquedas de tal manera que los comerciantes —confiables— comprometidos con ADR

aparecerán en primer lugar, por ejemplo), la falta de aplicabilidad de los acuerdos para usar ODR (94), el *establishment* judicial, etc.

Y la falta de mecanismos de reparación en el comercio electrónico puede haber repercutido en la forma del crecimiento del mercado digital, perjudicando las PyMEs e impactando en el ámbito de la Defensa de la Competencia. Probablemente la falta de crecimiento de mecanismos de resolución de conflictos del comercio electrónico es una de las razones de que la confianza del usuario se haya afincado en las marcas *online* más reconocidas, conllevando el desarrollo desmedido de estas (Amazon, Apple, etc.).

Sin perjuicio de lo dicho, creemos que es necesario repensar la estructura procedimental, e interpelarnos por el empleo de ODR privada o pública (según la realidad concreta aconseje), plataformas de resolución o tribunales *online*, como una alternativa tutelar, siempre que no constituyan un mecanismo monopólico (95). Es que los métodos tradicionales de solución de disputas difícilmente estén a la altura de las impredecibles realidades digitales que ya nos avasallan.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2868/2021

Más información

Vítolo, Daniel Roque, “Inteligencia Artificial (IA) y su utilización en procedimientos de prevención y resolución de la insolvencia en la posmodernidad”, LA LEY 06/10/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2846/2021
Abdelnabe Vila, María Carolina, “El futuro de la abogacía es hoy”, LA LEY 30/08/2021, 8, TR LALEY AR/DOC/2389/2021

Libro recomendado

Dimensión Constitucional de la Tutela a los Consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos
Autor: Sahián, José
Edición: 2018
Editorial: La Ley, Buenos Aires

(75) Siguiendo el detalle que realizan: BELLUCCI, E., ZELESNIKOW, J. y LODDER, A., “Integrating artificial intelligence, argumentation and game theory to develop an online dispute resolution environment”, *Conference Paper*, dec. 2004, DOI: 10.1109/ICTAI.2004.75.

(76) Información tomada de <https://invite.concordia.ca/inspire/about.html>.

(77) <https://rechtwijzer.nl>. Se presenta como juez de “primeros auxilios”.

(78) Ver: CARNEIRO, D.; NOVAIS, P.; ANDRADE, F.; ZELESNIKOW, J.; NEVES, J., “Using case-based reasoning and principled negotiation to provide decision support for dispute resolution. Knowl Inf Syst” 36(3):789-826. CARNEIRO, D.; NOVAIS, P.; NEVES, J., “Conflict resolution and its context”. Springer, Cham, 2014. ZELESNIKOW, J., “An Australian perspective on research and development required for the construction of applied legal decision support systems”. *Artif Intell Law* 10(4): 2002, ps. 237-260. ZELESNIKOW J. y BELLUCCI E., “Family_Winner: integrating game theory and heuristics to provide negotiation support”, *Proceedings of sixteenth international conference on legal knowledge based system*, Vol 21, 2003, p. 30. ZELESNIKOW J., MEERSMAN R., HUNTER D., Van HELVOORT, E., “Computer tools for aiding legal negotiation”, *ACIS95-Sixth Australasian Conference on Information Systems*, 1995, ps. 231-251.

(79) WALKER SILVA, N., “Resolución alternativa de conflictos en línea. Perspectivas de futuro”, *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, Núm. 13, mayo 202, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, del 31-05-2021.

(80) JENNINGS, N.; FARATIN, P.; LOMUSCIO, A.; PARSONS, S.; SIERRA, C. y WOOLDRIDGE, M., “Automated negotiation: prospects, methods and challenges”, *Int J Group Decis Negot* 10(2), 2001, ps. 199-215.

(81) SCHMITZ, A. y RULE, C., “Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection”,

American Bar Association, Chicago, 2017, p. 133.

(82) ZELESNIKOW, J., “Using Artificial Intelligence to provide Intelligent Dispute Resolution Support”, *Group Decision and Negotiation 2021*, <https://doi.org/10.1007/s10726-021-09734-1>.

(83) En un estudio del 30 de junio de 2017, el porcentaje de penetración del uso de internet variaba drásticamente entre Europa (80%) y Norteamérica (88%) respecto de Latinoamérica (62%), Asia (46%) y África (31%), según KHAN, D.; KAYA, S. y HABIB, I., “Global Trends of Online Dispute Resolution (ODR) with reference to Online Trade in Pakistan”, *Review of Economics and Development Studies*, Vol. 4, No 2, dec., 2018, p. 304. Una estimación efectuada en enero de 2021 indica que un 40,5% de la población mundial no tiene acceso a internet. Cifras disponibles en el sitio: <https://marketing4ecommerce.net/>. La disparidad es enorme, el estado de conexión en el norte de Europa es de 96%, y en Norteamérica del 90%, mientras que en África oscila entre 22 y 24%.

(84) Todos estos supuestos están contenidos en las categorías de hipervulnerabilidad del art. 2 de la resolución 139/2020 SCI, que describe: “A los efectos de la presente medida podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; b) ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero); c) ser personas mayores de 70 años; d) ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite; e) la condición de persona migrante o turista; f) la pertenencia a comunidades de pueblos originarios; g) ruralidad; h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada por alguno de los siguientes requisitos: 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remunera-

ración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; 2) Ser Monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 3) Ser Beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS (2) veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; 4) Ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; 5) Estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844); 7) Estar percibiendo el seguro de desempleo; 8) Ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur (Ley N° 23.848)...”.

(85) Como es sabido, se trata de un concepto acuñado por la activista Kimberlé Williams Crenshaw, referente del llamado ‘feminismo negro’. La Corte IDH se introdujo en la lógica de la “interseccionalidad de factores de vulnerabilidad”, en “Gonzales Llu y otros vs. Ecuador”, Sentencia del 01/09/2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

(86) Ver MULDER, G., “Los principios del sistema de protección del consumidor y su proyección en los entornos digitales”, LA LEY 28/12/2020, 1.

(87) Conf. VIEIRA, L., “La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado”, La Ley, Buenos Aires, 2017; BELTRAMO, A. y FALIERO, J., “El consumidor electrónico como consumidor hipervulnerable”, en BAROCELLI, Sergio S. (dir.), *Consumidores hipervulnerables*, El Derecho, Buenos Aires, 2018, p. 205 yss.

(88) ITALIANO, M., “La ‘hipervulnerabilidad agravada’ en la relación de consumo”, LA LEY 14/07/2021, 6.

(89) Es atrayente, porque este es uno de los pocos instrumentos del Derecho de la UE que contempla una tutela

diferenciada para consumidores especialmente vulnerables.

(90) Podría emplearse la vía trazada en la Convención de New York de 1959 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras con 157 países signatarios, pero no parece la mejor alternativa.

(91) La Unión Europea ha hecho hincapié en la privacidad, a través de Reglamento general de protección de datos (“GDPR”, por sus siglas en inglés), de implementación el 25 mayo de 2018, en el que se reglamenta cómo las empresas protegen los datos personales (derogándose la vieja Directiva de Protección de Datos de la Unión Europea adoptada en 1995).

(92) Vgr. BORDONE, R., “Electronic Online Dispute Resolution: A Systems Approach-Potential, Problems and a Proposal”, *Harvard Negotiation Law Review*, 1998, p. 175-211. KATSH, E. y RIFK, J., “Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace”, Jossey-Bass, 2001. HÖRNLE, J., “Cross-Border Internet Dispute Resolution”, Cambridge University Press, 2009. WAHAB, M.; KATSH, E., y RAINEY, D., “Online Dispute Resolution: Theory and Practice”, Eleven International Publishing, 2012. VILALTA NICUESA, A., “Mediación y Arbitraje Electrónicos”, Aranzadi, 2013.

(93) CORTES, P. y LODDER, A., *Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-Of-Court Redress*, 21 MJ 1 (2014), p. 14.

(94) CORTES, P. y LODDER, A., “Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections On The Evolution of European Law For Out-Of-Court Redress”, 21 MJ 1, 2014, ps. 18-19.

(95) En el caso *Alassini* el TJUE juzgó que una ley que establece la conciliación obligatoria en línea no violaba el derecho de acceso a la justicia siempre que no se negó el acceso a los tribunales (C-317/08-C-320/08 *Rosalba Alassini and Others v. Telecom Italia* [2010] ECR I-02213).

Nota a fallo

Seguros

Exclusión de cobertura. Asegurado que se negó a la realización del test de alcoholemia. Derechos de la víctima. Traslado ilegal de la carga probatoria.

1. - La "presunción de ebriedad" del conductor contenida en la póliza por la mera negativa a la detección de alcoholemia es una estipulación ilícita por contravenir los principios generales de la ley en materia de carga de la prueba. Y es irrazonable, porque no responde a necesidades técnicas del seguro de responsabilidad civil automotor sino a una comodidad o descarga probatoria del asegurador en perjuicio del asegurado y los terceros damnificados.
2. - Colocar a la víctima fuera de la cobertura obligatoria por el mero hecho de la negativa a hacerse el test de alcoholemia es

irrazonable y no responde a necesidades técnicas del seguro, sino a una comodidad ilícita y excesivamente favorable de las aseguradoras. Les evita la demostración del estado de ebriedad y traslada irrazonablemente la carga de la contrapueba a la víctima; es una inversión de la carga probatoria. Constituye un ilegal traslado de esta última, toda vez que a través de estipulaciones contractuales admitidas por un ente regulador del Poder Ejecutivo —que no regula adecuadamente— se modifica el sistema de cargas probatorias de los códigos procesales. Es regla que el demandado, el excepcionalmente, debe demostrar los presupuestos de hecho de su defensa o excepción.

3. - No está claramente demostrada una injustificada negativa a la extracción de sangre y, en lo fundamental, no está demostrado algún grado de intoxicación

del conductor. Que es, en realidad, lo que —estando a los términos de la póliza— excluiría la cobertura.

Cuantificación del daño

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial	
Daño moral genérico:	\$120.000
Daño psíquico:	\$120.000
Daño patrimonial	
Incapacidad sobreviniente:	\$500.000
Daños varios:	
Gastos generales:	\$5.000

CNCiv., sala L, 07/07/2021. - M., P. S. c. M., J. A. y otros s/ Daños y perjuicios (Acc. Tran. c/ Les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/103629/2021]

Costas

Se imponen a los demandados.

Intereses

Se aplica la tasa activa.

Véase el texto completo en p. 9

La alcoholemia: ¿es una exclusión de cobertura en el seguro vehicular?



Sergio Sebastián Cerda

Abogado (UBA), especialista en Derecho de Seguros y Derecho del Consumidor. Profesor en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Bloque normativo.— III. Exclusiones vs. caducidades.— IV. La alcoholemia ¿es realmente una exclusión de cobertura?— V. La prueba.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El fallo en análisis resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L en autos "M., P. S. c/ M., J. A. s/ daños y perjuicios" dictamina respecto a un siniestro vial ocurrido el 19 de diciembre de 2014 en el cual el actor M. P. S. imputa al conductor demandado M., J. A. haber violado la prohibición de paso, habiendo ocurrido el siniestro en la intersección de dos calles, existiendo semáforos que funcionaban normalmente; haciéndose extensiva la demanda al M. L. S. en su calidad de titular registral del rodado requerido, con citación en garantía a la aseguradora *La Caja de Seguros S.A.* como garante del rodado del demandado. Por su parte, los demandados brindaron una versión opuesta a la expuesta por el actor.

El juez de Primera Instancia resolvió hacer lugar a la demanda, atento a que los demandados no lograron demostrar una circunstancia eximente de responsabilidad en los términos del antiguo 1113 del Código Civil, desestimando a su vez la defensa interpuesta por la aseguradora que radicó en la oposición de la exclusión de cobertura por conducir bajo aparente estado de ebriedad, al negarse el conductor demandado a realizarse el test de alcoholemia al momento del hecho.

Los condenados apelaron el fallo, cuestionando la decisión relativa a la responsabilidad; objetando además el quantum indemnizatorio. La aseguradora *La Caja de Seguros S.A.* hizo lo propio, quejándose por la extensión de la condena en su contra y el rechazo de la falta de legitimación pasiva.

La resolución de la Cámara de Apelaciones interviniente confirmó el decisorio del juez de grado, rechazando la defensa de la aseguradora y que será materia de estudio a continuación; como también negando el cuestionamiento de los demandados relativo a la responsabilidad, modificando los quantum indemnizatorios.

Supuestos fácticos y legales como los discutidos en el fallo en análisis poseen una reiteración en los decisorios judiciales, ceñidos de una relevancia social como es la ingesta de alcohol y su grado de relación en la producción de siniestros viales que provocan un interés práctico en el tema, y

que a continuación buscare ahondar fundamentalmente en aquellas consideraciones legales en materia de seguros y todo el bloque normativo afectado, evitando valoraciones morales, compartiendo la preocupación en la materia en cuanto a la necesidad de reducir al máximo las conductas viales inseguras tales como lo es la conducción bajo los efectos del alcohol (1).

II. Bloque normativo

De forma preliminar cabe recordar el bloque normativo a considerar a la hora de analizar en supuestos del tipo. Será necesario tener presente tanto la ley 24.449 de Tránsito (2) [especialmente sus artículos 48 inc. a (3) y 68 (4)], ley 17.418 de Seguros; ley 24.240 de Defensa del Consumidor y sus modificatorias; Código Civil (5); Código Civil y Comercial de la Nación; y la Constitución Nacional.

A su vez, corresponde identificar en el fallo en análisis a los diferentes sujetos a considerar, fundamentales a la hora de analizar las relaciones entre estos y sus responsabilidades en el evento. El actor M. P. S. es posible calificarlo como la víctima del

accidente de tránsito; M., J. A. el conductor del rodado embistente; M. L. S. asegurado y titular registral del rodado requerido; y por último la aseguradora *La Caja de Seguros S.A.*, como garante del asegurado.

Aclarado el bloque normativo y sujetos intervinientes, como medida preliminar podemos distinguir al menos algunas relaciones jurídicas que influirán en el análisis del supuesto de la negativa a la realización del test de alcoholemia, que conllevaría una presunción negativa para el conductor del rodado asegurado en cuanto a conducción bajo supuesto estado de ebriedad; y que configuraría en los autos la principal defensa de la aseguradora.

Hemos tenido la oportunidad de analizar en profundidad las diferentes relaciones jurídicas en materia de Seguros en el reciente libro *Ley de Seguros Comentada* (6) que tuve el honor de escribir como coautor con dos grandes doctrinarios como son el Dr. Waldo Sobrino y Adriel Gava. Allí, preliminarmente señalamos que la "Ley de Seguros (ley 17.418) no es un compartimento estanco dentro de la legislación, sino que —por un lado— se encuentra

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Según afirma la Organización Mundial de la Salud, conducir bajo ese estado aumenta el riesgo de siniestralidad vial con desenlace fatal o lesiones graves. En el caso del consumo de alcohol previo a la conducción, es mayor el riesgo de siniestro cuando la concentración de alcohol en sangre (CAS) del conductor es mayor a 0,5 g/l. El organismo señala que el alcohol posee efectos inmediatos sobre el cerebro del conductor, de naturaleza depresiva o estimulante —dependiendo de la cantidad ingerida—, pero que, en cualquier caso, implica una interferencia en las capacidades de discernimiento y atención del conductor, un empobrecimiento de su agudeza visual, y un aletargamiento de sus reflejos y su capacidad de reacción (OMS, 2010, *Beber y conducir*:

Manual de seguridad vial para decisores y profesionales).

(2) Si bien será ámbito de aplicación la jurisdicción federal, podrán adherir a dicha ley los gobiernos provinciales y municipales, los que a su vez han implementado, con relación a la alcoholemia, la *tolerancia cero* impidiendo la circulación a conductores con tasa de alcoholemia superior a 0,0 g/l. Provincias como Salta, Córdoba, Tucumán, Entre Ríos, Jujuy, Río Negro y Santa Cruz; y localidades como Rosario, Moreno, Mar del Plata, Posadas, Neuquén, Ushuaia y Río Grande, establecieron la *tolerancia 0* al volante.

(3) Art. 48. - *Prohibiciones*. Está prohibido en la vía pública: a) "...Conducir cualquier tipo de vehículos con una alcoholemia superior a 500 miligramos por litro de sangre. Para quienes conduzcan motocicletas o ciclo-

motores queda prohibido hacerlo con una alcoholemia superior a 200 miligramos por litro de sangre. Para vehículos destinados al transporte de pasajeros de menores y de carga, queda prohibido hacerlo cualquiera sea la concentración por litro de sangre. La autoridad competente realizará el respectivo control mediante el método adecuado aprobado a tal fin por el organismo sanitario".

(4) Artículo 68. —*Seguro obligatorio*. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no. Igualmente resultará obligatorio el seguro para las motocicletas en las mismas condiciones que rige para los automotores. Este seguro obligatorio será anual y po-

drá contratarse con cualquier entidad autorizada para operar en el ramo... Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes...".

(5) Para los hechos ocurridos con anterioridad al 01-08-2015, sin perjuicio de las interpretaciones que pudieran realizarse en conjunción con el actual Código Civil y Comercial.

(6) CERDA, Sebastián; GAVA, Adriel; SOBRINO, Waldo, "Ley de Seguros Comentada", La Ley, Buenos Aires, 2021.

interrelacionada con las distintas normativas; y —por otro lado— se encuentra modificada por distintos ordenamientos legales (v.gr. Constitución Nacional; Tratados de Derechos Humanos; Código Civil y Comercial de la Nación; Ley de Defensa del Consumidor, etc.). En efecto, si bien cuando se deba resolver un tema vinculado con los seguros, se tendrá que acudir a la Ley de Seguros que estamos comentando, en forma previa e imprescindible, cuando existan consumidores de seguros, se deberán aplicar otras normas jerárquicamente superiores (v.gr. Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Código Civil y Comercial, Ley de Defensa del Consumidor, etc.)” (7).

De esta forma bajo una interpretación armónica de la Ley de Seguros y la Ley de defensa al Consumidor, dentro de la manda constitucional, y sin perjuicio de que el supuesto en análisis ocurriese bajo el Código Velezano, pero más aún desde la óptica de lo establecido en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, que en sus fundamentos nos exhorta a “establecer un diálogo de fuentes” nos vemos obligados a considerar los hechos que ameritan el presente estudio bajo la inteligencia propia de los contratos de adhesión y consumo dejando de lado la concepción arcaica del efecto relativo de los contratos, por la inexistencia de un contrato paritario.

Es que los cambios normativos requieren y nos obligan a una conciliación y armonización de los diferentes institutos (8) afectados a la materia y que son parámetros fundamentales para la interpretación del contrato de seguro en el marco del Derecho de Consumo.

El jurista Waldo Sobrino nos enseña que, una vez encuadrado el contrato de seguro como contrato de consumo, deben aplicarse todas las consecuencias legales y prácticas al mismo tales como “la gratuidad del procedimiento y juicio abreviado, aplicación de las cargas probatorias dinámicas, daños punitivos, aplicación de daño directo, ampliación de causales de interrupción de la Prescripción, publicación de las condenas, responsabilidad solidaria de la cadena de comercialización, inoponibilidad de ciertas defensas de las compañías de seguros, interpretación del seguro a favor del consumidor, inaplicabilidad del principio del efecto relativo de los contratos y declaración de cláusulas abusivas” (9).

Sumado a ello, es que debemos tener muy en claro que la *víctima de accidente de tránsito* es el sujeto por quien debemos velar toda interpretación legal cuando el Sistema de Responsabilidad Civil Vehicular no se adecua a la realidad y necesidades sociales imperantes; y que en figuras tales como las víctimas viales es cuando el seguro vehicular da cuenta del verdadero *fin social* (10); razón por la cual pierden sentido los fundamentos como los esgrimidos por la citada en garantía en el fallo en análisis

que se tornan inoponibles a la víctima del accidente de tránsito (11).

III. Exclusiones vs. caducidades

Sentado lo anterior, corresponde pasar a analizar el argumento central de la citada en garantía, quien opuso como defensa principal de exclusión de cobertura la negativa del conductor del rodado asegurado a practicarse el test de alcoholemia al momento del hecho, valiéndose de la parte pertinente de la póliza afectada que según reza que: “... el asegurador no indemnizará los siguientes siniestros (...) cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífera, o en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad se niega a practicarse el examen de alcoholemia (...)”.

El supuesto en análisis obliga a repensar nuevamente si condiciones de coberturas tales como la ausencia de amparo por conducir en estado de ebriedad pueden considerarse como una exclusión de cobertura o bien una caducidad.

Las cláusulas denominadas *exclusiones de cobertura* suelen definirse como supuestos no cubiertos *ab initio* de la relación asegurativa que evidencia una ausencia de tutela y/o garantía; y que a su vez delimitan y determinan el riesgo asumido por la aseguradora. Como nos enseñaba el maestro Nicolás Barbatto “tales cláusulas delimitativas efectúan un recorte del riesgo genérico, a los fines de establecer un perfil definitivo del amparo, constitutivo del contenido esencial del contrato de seguro” (12).

Por otro lado, en el entendimiento de la *caducidad* como una carga en cabeza del asegurado, de forma resumida podemos decir que dicha carga es un mandato, en su propio interés, que puede surgir de la propia ley (*caducidades legales*) o bien de la póliza (*caducidades de aparente convención*) que ante el incumplimiento genera la pérdida de un derecho en la relación asegurativa, mas allá de la ilicitud que podría configurarse en otros regímenes normativos (ej. Ley de Tránsito).

Como señalábamos anteriormente, el incumplimiento de la carga conlleva la falta de cobertura respecto al siniestro, es decir, el asegurado ve extinguido sus derechos con relación al supuesto frente al cual no cumplió la carga, pero mantiene vigente la póliza de seguros. Además, es pertinente señalar que “los incumplimientos de las cargas de los asegurados (en especial, de los consumidores de seguros) deben ser siempre interpretados de manera restrictiva” (13) (14).

En las *caducidades* se considera la conducta del asegurado y su *culpa* (aspecto subjetivo) y en las *exclusiones de cobertura*

se trataría de hechos objetivos (y que no consideran la conducta del asegurado).

En cuanto a los requisitos *legales*, las caducidades se rigen por lo establecido en el artículo 36 de la Ley de Seguros que establece a los fines de alegar el incumplimiento de la carga la existencia de “(i) culpa; (ii) culpa del asegurado; (iii) no aplicación de consecuencias más gravosas que las establecidas por la ley; y (iv) relación de causalidad” (15). Por su parte, las *exclusiones de cobertura* no tienen una regulación específica dentro de la Ley de Seguros.

En relación con la oponibilidad de las caducidades “según reza el art. 118 de la Ley de Seguros, todos los incumplimientos de cargas del asegurado ocurridas con posterioridad al siniestro, son inoponibles a la víctima” (16).

Atento al análisis anterior de *exclusiones vs. caducidades*, corresponde afirmar que en el fallo en análisis, se confunde la condición de cobertura en cuanto a pérdida de la cobertura asegurativa por conducción bajo supuesto estado de ebriedad como si se tratara de una *exclusión de cobertura*, cuando en realidad se trata de una *caducidad*; alquimia que bien retrata Waldo Sobrino al decir que “las cuestiones que tienen una específica y concreta normativa protectoria a través del art. 36 de la Ley de Seguros (referidas a las caducidades convencionales) merced a un cambio de nombre (vgr. exclusiones de cobertura) pasen a una especie de *limbo jurídico* que nos adentra peligrosamente a una zona de desprotección de los asegurados y víctimas” (17) o como lo señalan los autores Mario Castro Sammartino y Carlos Schiavo “...los aseguradores intentan burlar las limitaciones impuestas en el art. 36...” con la finalidad de “establecer exclusiones subjetivas de cobertura... que no son otra cosa que cargas” (18).

No debe entenderse lo anterior como un desconocimiento a la necesidad de efectuar un correcto encuadre técnico a la hora de la determinación del riesgo y establecimiento de condiciones asegurativas, en el cual resultan totalmente necesarias la inserción de exclusiones y caducidades, debiendo responder dichas condiciones (exclusiones y caducidades) a sus génesis y naturaleza, evitando la confusión de unas con otras.

Es que, si analizamos detenidamente lo anterior, la interpretación de la condición de cobertura respecto a la declinación de cobertura ante siniestros producidos bajo supuesto estado de ebriedad; parecería encuadrarse más en una hipótesis de caducidad convencional, con la consecuencia de ser tratado el evento bajo las pautas del art. 36 de la Ley de Seguros y del bloque normativo indicado en el acápite anterior, respetando derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos intervinientes.

Siempre es pertinente recordar al maestro Halperín que de forma categórica señalaba que “la carga debe insertarse en las condiciones particulares de la póliza (art 158), en cláusula fácilmente legible y con redacción clara (art. 11) debiendo advertirse de su inserción al asegurado cuando no aparecen en la propuesta (art. 12). Debe concluirse que si no es fácilmente legible o de redacción clara, no será oponible al asegurado” (19). Tan sabio entendimiento realizado por Halperín en el año 1983, tiempos en lo que ya daba cuenta de la necesidad de un lenguaje claro y completo, que evite finalmente confusiones del tipo (exclusiones vs. caducidades) que brinde una información adecuada con especial énfasis en las *cargas* atento a la necesidad de cumplimiento por parte del seguro; y que posteriormente el derecho recogió de forma contundente, partiendo de la incorporación del art. 42 en la Constitución Nacional, como en la ley 24.240 y sus reformas hasta llegar al propio Código Civil y Comercial de la Nación. Por su parte el estimado colega Sebastián Cancio entiende que “...el instituto de cargas convencionales no puede ser visto exclusivamente desde la óptica de los arts. 36 y 158 de La Ley de Seguros, sino como parte de todo un sistema legal en donde la protección del consumidor posee un lugar preponderante...” (20).

IV. La alcoholemia ¿es realmente una exclusión de cobertura?

La citada en garantía alego tratarse el hecho de un supuesto de exclusión de cobertura, ya que el conductor del rodado asegurado se negó a realizarse el “test” de alcoholemia y que, de conformidad con los términos de la póliza, el riesgo no estaba cubierto. Tanto el juez de grado como la Cámara entendieron que la citada en garantía no demostró el presupuesto fáctico y que además no se trata de una presunción inopinable. Recordemos que la cláusula de la póliza que genera la pérdida de la indemnidad del asegurado señala que “el asegurador no indemnizará los siguientes siniestros: ...cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona... en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad, si se niega a practicarse el examen de alcoholemia”.

En el acápite anterior quedaron a la luz las diferencias entre una exclusión de cobertura y una caducidad (carga). Por un lado, antes de la conducción de un vehículo bajo un hipotético estado de ebriedad, el asegurado de dicho rodado cuenta con cobertura asegurativa; lo que nos orienta a entender la condición de cobertura como una caducidad, obligándonos a analizar el supuesto bajo los lineamientos del art. 36 de la Ley de Seguros, con la particularidad de que, aun aceptándose válida la caducidad impuesta, al encontrarnos en presencia de un asegurado (21) consumidor y una víc-

(7) CERDA, Sebastian; GAVA, Adriel; SOBRINO, Waldo, “Ley de Seguros Comentada”, t. 1, Primera Parte: ‘Ley de Seguros: Normativa Aplicable’, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 3 y ss.

(8) Tiene dicho Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, t. VI, ps. 228/229, que “...el contrato de consumo se encuentra hoy regulado en el CCyC de la Nación en la parte general a partir del art. 1092. Es decir que se ha regulado este contrato en el ámbito del derecho común de los contratos (ahora civiles o comerciales), atendiendo a que no son un tipo especial más, sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales”.

(9) SOBRINO, Waldo en su obra maestra “Seguros y el Código Civil y Comercial”, t. I, Cap. VIII, p. 392 a 491, Ed. La Ley, 2ª ed. actualizada y ampliada, abril de 2018 realiza un exhaustivo análisis de las consecuencias re-

señadas.

(10) Ver: HALPERÍN, Isaac (actualizado por J C Félix Morandi), “Seguros —Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091—”, quien desde el Prólogo de la primera edición de su obra señala la importancia de la “función social del seguro” al indicar que “...las nuevas normas se toman como punto de partida de una nueva evolución, fundada en un acentuado criterio de función social del seguro...”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1983, p. 9.

(11) Ver: SOBRINO, Waldo “Seguros y el Código Civil y Comercial”, Ed. La Ley, 2018, t. I, cap. VIII, p. 426 a 49; en donde desarrolla *in extenso* la temática, con un análisis claro en relación con los cambios normativos que pudieron afectar la interpretación de la víctima de un accidente de tránsito como consumidor; concluyendo que se mantiene vigente dicha interpretación, por los argumentos allí expuestos.

(12) BARBATO, Nicolás H., “Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguros”, ED 136-547, 29-03-1990.

(13) CERDA, Sebastián; GAVA, Adriel; SOBRINO, Waldo, ob. cit., p. 450 y ss.

(14) En igual sentido, el prestigioso Dr. Carlos Schiavo sostiene que las exclusiones de cobertura se aplican de manera restrictiva, debiéndose interpretar a favor de la cobertura del seguro, en SCHIAVO, Carlos A., “La exclusión de cobertura de las acciones de prevención de daño y carga de salvamento”, Ponencia presentada en la comisión 1 en el XV Congreso Nacional de Derecho de Seguros, Córdoba, 2014.

(15) SOBRINO, Waldo, “Seguros y el Código Civil y Comercial”, ob. cit., t. II, Cap. XVIII “Caducidades y Exclusiones de Cobertura”, acápite .7) “Diferencias entre ‘Caducidades Convencionales’ y las ‘Exclusiones de Cobertura’, .7.4) “Límites y Requisitos (art. 36 de la Ley 17.418)”, p. 1437.

(16) CERDA, Sebastián; GAVA, Adriel; SOBRINO, Waldo, ob. cit., t. I, Tit. I, Cap. I, Sección IX’, p. 467 y ss.

(17) SOBRINO, Waldo “Seguros y el Código Civil y Comercial”, ob. cit., t. II, Cap. XVIII.4), p. 1445.

(18) CASTRO SAMMARTINO, Mario; SCHIAVO, Carlos, “Seguro Automotor: falta de licencia para conducir. Efectos entre las partes del contrato de Seguro y los terceros”, RCyS 2010-XII, 92.

(19) HALPERÍN, Isaac, “Lecciones de Seguros”, Edic. De Palma, Buenos Aires, 1983, p. 50.

(20) CANCIO, Sebastián J., “Cargas y Caducidades en el derecho de Seguros”, LA LEY 16/01/2019, 1.

(21) Recordar que en el fallo en estudio el conductor no era el asegurado, sino un tercero, por lo que la culpa del tercero conllevaría la imposibilidad de alegar culpa al fin, porque esta debe ser del asegurado, según reza el art. 36 y 114 de la Ley de Seguros. Dicho entendimiento no dejaría en desamparo a la víctima

tima de un accidente de tránsito también calificable como consumidor, corresponde reprochar de nulidad la condición, por implicar una presunción en contra del adherente y no pudiendo someterse a la víctima de accidente a aquella, atento a la función social del Seguro Vehicular, desdibujado en un doble amparo —Seguro Vehicular Obligatorio y Voluntario (situación que exige de forma urgente cambios normativos concretos)—, ya que provocaría posicionar a la víctima del siniestro es una situación total de indefensión, en hechos carentes de sustentos fácticos por el mero beneficio interpretativo de cláusulas impuestas por la aseguradora.

Reitero que la circunstancia de conducir en estado de alcoholemia merece el mayor de los reproches, habida cuenta de la incidencia en la provocación de siniestros viales, pero ello no quita la necesidad de analizar el caso concreto frente a la legislación vigente, concluyendo que nos vemos obligados a repensar la necesidad de formular cambios en el Sistema de Responsabilidad Civil Vehicular y principalmente en la redacción de las pólizas de seguros.

Como primera medida paliativa de las divergencias del tipo de situación en análisis, respecto a condiciones de cobertura mal nominadas como *exclusiones de cobertura*, que disfrazan una objetivación de la conducta del asegurado en clara violación además del art. 158 de la Ley de Seguros, resultaría fundamental que los textos de las pólizas señalen de forma clara, a renglón seguido de las condiciones particulares de cobertura, aquellas circunstancias que implicarían la pérdida de indemnidad por parte del asegurado, priorizando un primer grupo de caducidades tales como: *i. Conducción bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífera ii. Estado de ebriedad acreditado. iii. Falta de carnet habilitante por pérdida de idoneidad. iv. Realización de maniobras de sobrepaso en lugares no permitidos*, entre las principales, como supuestos que inciden efectivamente en la acusación del siniestro.

No resultaría de gran dificultad tamizar los siniestros de hecho que con mayor asiduidad se repiten a diario en la sociedad y que generan rechazos de cobertura por parte de las aseguradoras (al encontrarse en mejor posición para revisar registros siniestros), por supuesta inobservancia en la conducta del asegurado que genere su carencia de indemnidad; y consecuen-

temente desprotección a las víctimas de accidente de tránsito. Podemos encontrarlos aun sin poder hallar la fórmula perfecta en la claridad de las condiciones de cobertura y formas de transmitir y comunicar las mismas a los asegurados consumidores en Seguros masivos como los vehiculares, sumados a la ausencia de un Sistema de Seguros de Responsabilidad Civil Vehicular acorde a la realidad imperante y a su vez exigido por la Ley de Tránsito Nacional, que efectivamente cumpla con la función social a la cual es llamado; pero hasta tanto, en el camino hacia un Sistema más justo, debemos al menos intentar cambios que allanen el camino, explicando a los consumidores de seguros, a través de las pólizas de seguros con su reorganización y diseño claros, dando cuenta de lo que realmente interesa, y sin que implique obviar el resto de circunstancias que conforman la póliza ni violentando el bloque normativo aplicable.

Ni las exclusiones de cobertura ni las caducidades deben ser de aplicación automática. Unas y otras, su razonabilidad y legalidad, deben entenderse con relación a los fundamentos que dieron motivo a las exclusiones de cobertura y cargas impuestas al asegurado en el marco de cualquier póliza de seguros (y en especial del seguro vehicular hasta tanto no se realice una reforma), sin aplicación ritual de estas; sumado a un análisis legal de la relación entre los sujetos intervinientes. Es decir, no es posible pasar por alto el ejercicio interpretativo armónico de la legislación involucrada frente al caso concreto.

V. La prueba

Continuando con la tesis de considerar el condicionante de cobertura respecto a la conducción de un rodado en estado de ebriedad que conlleva la declinación de amparo por el asegurador, es que la prueba del incumplimiento de la carga corresponde al asegurador.

Según surge de las pruebas del expediente, los demandados no han podido acreditar una circunstancia eximente de responsabilidad en los términos del art. 1113 del Código Civil y la aseguradora por su parte no pudo probar el incumplimiento de la carga de no conducir en estado de ebriedad, por lo que ni el asegurado perdió su derecho a la indemnidad ni la víctima del accidente de tránsito perdió su derecho a la indemnización.

del accidente de tránsito, ya que resultaría inoponible a estas condiciones del tipo, debiendo la aseguradora la indemnización al tercero.

(22) Sobre idéntica temática resolvió la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, en fecha 30/10/2018 en los autos "O.S., O.D.L. c. A., J. P. y otros s daños y perjuicios", TR LALEY AR/JUR/81030/2018 que si bien entiendo la como exclusión de cobertura conducir en estado de ebriedad, resolvió que "no habiendo acreditado la citada en garantía, de modo fehaciente, que A. al momento del siniestro presentaba la can-

tididad de alcohol en sangre prevista en la cláusula de exclusión de cobertura (un gramo de alcohol por mil gramos de sangre) la defensa no puede prosperar. Ello es así, ya que la exclusión de cobertura por conducir en estado de ebriedad requiere de la acreditación del supuesto de hecho puntualmente previsto en la póliza, que como todo hecho debe ser probado por quien lo alega (art. 381 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)

(23) CERDA, Sebastián; GAVA, Adriel; SOBRINO, Waldo, "Ley de Seguros Comentada", ob. cit., t. 1, Tit. I,

Ante la falta de pruebas que permitan concluir fehacientemente el hipotético de conducción en estado de ebriedad, no corresponde sin más la confirmación de la presunción por la mera negativa a realizarse el test de alcoholemia. La presunción en estos casos no puede constituirse en una fuente de Derecho.

En el fallo en estudio no se le extrajo sangre al conductor demandado, no surge de las constancias de la causa penal la negativa a practicarse el test de alcoholemia. Más allá de la imposibilidad de dilucidar los motivos de la negativa a practicar el test, cabe reflexionar sobre cuáles serían aquellos fundamentos que, salvo el reconocimiento explícito o prueba por extracción de sangre (con los resguardos necesarios), pudieran dar lugar a confirmar la positividad del estado de alcoholemia. No corresponde convalidar un presupuesto *iuris tantum* del tipo con la mera negativa, cuando es el predisponente (aquí citada en garantía, proveedora del servicio de Seguro) quien impone la condición. Lo que tornaría razonable a la condición de cobertura es el estado de ebriedad, mas no la presunción, con la necesidad de aportar todos los medios para demostrar dicho estado de ebriedad (22). En palabras de la Cámara sentenciante en el fallo en análisis, con relación a la víctima del accidente de tránsito es que "... En términos comparativos, es más fácil demostrar la ebriedad (cargada a un profesional, el asegurador) que el estado de sobriedad (cargado a la víctima). Estamos ante una suerte de carga diabólica de la prueba en cabeza del profano... la "presunción de ebriedad" del conductor contenida en la póliza por la mera negativa a la detección de alcoholemia es una estipulación ilícita por contravenir los principios generales de la ley en materia de carga de la prueba. Y es irrazonable, porque no responde a las necesidades técnicas del seguro de responsabilidad civil automotor, sino a una comodidad o descarga probatoria del asegurador en perjuicio del asegurado y los terceros damnificados". Y con relación al asegurado demandado dijo que "... esa estipulación debe tenerse por no convenida en los términos del art. 37 inc. c de la Ley de Defensa del Consumidor, que determina la ineficacia de las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor". No solo que la estipulación violenta los derechos del asegurado en relación a ley 24.240 y Código Civil y Comercial, sino también la Constitución Nacional (arts. 14 y 42).

Cap. I, Sección IX, p. 467 y ss.

(24) Corresponde recordar que la CNCiv., sala I, en los autos "Álvarez Agustín c. Casanova Rodrigo" en el cual el sentenciante de forma clara señaló que "la cláusula exonerativa de responsabilidad fundada en la culpa grave del asegurado resulta claramente inoponible a los damnificados sin perjuicio de las consecuencias entre las partes contratantes a la hora de formular la repetición que se considere pertinente".

(25) Ver modelo europeo en relación con el Seguro de Responsabilidad Civil Automotor: Directiva

En relación con la prueba aportada por los demandantes, a la luz de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 1113 del Código Civil (riesgo de las cosas —el vehículo—) y atento al carácter de los demandados, de "dueño o guardián" del vehículo, son estos quienes debieron acreditar la interrupción del nexa causal por el hecho de la víctima o de un tercero por quien no deben responder, o por caso fortuito; lo cual no aconteció.

Y aun cuando en supuestos del tipo se llegara a alegar culpa grave del asegurado o tomador o beneficiario (y no de terceros), atento al art. 114 de la Ley de Seguros, "la culpa grave del asegurado va a ser inoponible a la víctima, de forma que la aseguradora va a tener que cumplir con el derecho a la indemnización del perjudicado, y luego, va a poder repetir contra el propio asegurado, que perdió su derecho a la indemnidad" (23) (24).

VI. Conclusiones

No debe perderse de vista que el fin primero es la *protección de las víctimas de accidentes de tránsito*. Bajo ningún supuesto, ya sea por una interpretación errónea de una condición de cobertura que implica una subjetividad del asegurado como un supuesto de exclusión de cobertura o bien que de forma clara y adecuada se anoticie de la imposición de una caducidad de cobertura, el Sistema de Responsabilidad Civil Automotor por el cual debemos pregonar es aquel que exhiba una centralidad en la protección de las víctimas de accidentes de tránsito, debiendo ser inoponibles a estas eximentes de cobertura y franquicias (25) que les provoquen una desprotección, privándolas del resarcimiento del daño sufrido; para lo cual es evidente la necesidad de una reforma del Sistema de Responsabilidad Civil Automotor; porque el derecho de las víctimas de accidentes de tránsito debe estar por encima de toda estipulación, enalteciendo la verdadera función social del seguro, atento a una acusada "sensibilidad social y para los que el principio *pro damnato* tiende a superar los límites de la responsabilidad civil tradicional" (26), bajo un sistema armónico que no violenta los derechos y obligaciones de las partes involucradas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2869/2021

Texto completo de fallo de p. 7

2ª Instancia. - Buenos Aires, 7 de julio de 2021.

I.- Antecedentes

P. S. M. demandó a J. Á. M. y M. L. S. por reparación de daños y perjuicios emergentes de un accidente de tránsito. Pidió la citación en garantía de Caja de Seguros S.A.

El evento tuvo lugar en la intersección de las calles Salta y Chile de esta ciudad, el 19 de diciembre de 2014, aproximadamente a las 20.30 horas.

M. iba en moto por Salta y, cruzando Chile, fue interceptado por un Peugeot 206 conducido por M. y de titularidad de S.

En la intersección hay semáforos que funcionaban normalmente, y el actor imputó al conductor demandado haber violado la

prohibición de paso. De su lado, los demandados dieron una versión opuesta: la infracción fue del demandante.

A su vez, Caja de Seguros opuso una defensa de exclusión de cobertura porque el conductor se negó a practicar el test de alcoholemia al momento del hecho.

Tras la sustanciación del proceso, el Dr. Javier Santamaría hizo lugar a la demanda. Lo hizo en la inteligencia de que

2009/103/CE. En particular la legislación española al respecto: Real Decreto Legislativo 8 de 29-10-2004, Ley 21 de 11-07-2007 y Ley 35 del 22-09-2015. Sin dudas son directrices sanas para imitar.

(26) COMPIANI, María Fabiana y STIGLITZ, Rubén S., "Categorías contractuales distintas: El Seguro voluntario y el obligatorio del automotor. El principio de congruencia", LA LEY, 2014-D, 672.

los demandados no demostraron una circunstancia eximente de responsabilidad en los términos del art. 1113 del Código Civil ley 340. Desestimó la defensa de la aseguradora y condenó a todos los demandados al pago de \$2.512.721 más intereses a la tasa del plenario "Samudio" desde el día del siniestro por configurarse en ese momento la mora. La sentencia obra a fs. 440/8.

Apelaron la decisión los condenados.

A fs. 460/3 expresaron agravios M. y S. Cuestionaron la decisión relativa a la responsabilidad, el *quantum* indemnizatorio por incapacidad física, psíquica y tratamientos, daño moral y gastos varios. También impugnaron la tasa de interés y pidieron se modifique hacia una tasa pura.

La Caja de Seguros S.A. hizo lo propio a fs. 465/72.

En primer lugar, se quejó por la extensión de la condena en su contra y el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva. A seguir, la discusión corrió por el mismo andarivel de los otros demandados: cuantía de los rubros de la indemnización y tasa de interés.

El actor respondió el traslado de esas presentaciones. A fs. 475/82 se refirió a la de M y S, y a fs. 487/93 a los agravios de Caja de Seguros.

A su vez, M. y S. contestaron los de la aseguradora a fs. 484/5.

II.- La defensa de la aseguradora

Caja de Seguros opuso como defensa que se trata de un supuesto de exclusión de cobertura, toda vez que el conductor del auto asegurado se negó a realizar el 'test' de alcoholemia. Y que, de conformidad con los términos de la póliza, el riesgo no está cubierto.

El juez de grado rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva para obrar en razón de que la excepciónante no demostró el presupuesto fáctico pertinente. Y, aun de haber sucedido, "no podría ello constituir una presunción inopinable de haber conducido... bajo los efectos del alcohol" (fs. 447). El colega siguió el derrotero argumental señalando que "la citada no acreditó que su asegurado se hubiera negado a realizarse el test de alcoholemia". Lo sustentó en que las constancias del acta de fs. 30 de la causa penal "no dan cuenta —sin más— sobre el supuesto de hecho señalado. Es cierto que no se le extrajo sangre, pero no menos cierto resulta que no surge la negativa expresa de M."

Este incidente vial sucedió el 19 de diciembre alrededor de las 20.30. El acta policial de la Comisaría 4ª (fs. 1, penal) fue realizada o empezada a las 22.49. Allí, el cabo R. declaró que a las 20.40 fue comisionado al lugar del hecho, identificó a los participantes, a dos testigos de la declaración de derechos y del secuestro de vehículos; refirió la inexistencia de testigos presenciales y señaló algunas otras características de personas y lugar. Nada dijo en referencia a posible etilismo (aliento, desorientación u otra cosa) en M.

A las 23.01 se levantó el acta de lectura de derechos al nombrado (fs. 10). A la 0.14 del día 20 se tomó declaración al ahora actor, M. (fs. 24/5), al retornar de su pronta atención en el hospital Ramos Mejía. Ningún comentario hizo acerca del estado del otro participante, de algo anormal.

A la 1.30 se dispuso la soltura de M. (fs. 29), previa actuación de extracción de sangre a las 0.45 (fs. 30). En ese momento se preguntó al demandado "si autorizaba a que se le extraiga sangre (sigue un texto manuscrito con letra ilegible de la médica) de su cuerpo, a lo que respondió: no (y sigue algo más también ilegible)".

Lamentablemente no se puede saber, por lo ilegible, qué explicó o justificó M., según la facultativa. Adunado a esto la desprolijidad de la médica policial, Dra. M., en la intercalación de formulario tipeado y manuscrito, confirmado con lo que resalta a renglón seguido.

A fs. 31, también el mismo 20 y aparentemente a la misma hora "00.45" (aunque esto está intercalado en el formulario con la edad, pero en realidad tenía 34 años; fs. 1 vta.), consta que al momento del examen físico estaba: "lúcido, consciente, coherente".

En fin, la desprolijidad policial no permite saber qué dijo M.

La aseguradora recurrente transcribe algo incorrectamente a fs. 465 vta. en sus agravios el Anexo pertinente. En realidad, si se lee fs. 95 vta./96 surge que: "[e]l asegurador no indemnizará los siguientes siniestros (...) Cuando el vehículo asegurado sea conducido por una persona bajo la influencia de cualquier droga desinhibidora, alucinógena o somnífera, o en estado de ebriedad. Se entiende que una persona se encuentra en estado de ebriedad si se niega a practicarse el examen de alcoholemia (...)"

Esta estipulación, esta exclusión de cobertura, y su concreción en situaciones reales, ha dado lugar a soluciones e interpretaciones divergentes en doctrina y jurisprudencia.

María Fabiana Compiani ("Las exclusiones de cobertura en el seguro automotor"; J.A. 2014-IV-1554) señala que hay dos modos de ver la cuestión: la pertinencia o no del análisis de la relación causal. En una primera posición ubica a Rubén Stiglitz, para quien "las exclusiones de cobertura que se encuentran sustentadas en conductas antijurídicas de los asegurados, no requieren el análisis de la relación causal con el siniestro", criticando algunos fallos "que evidencian una tendencia consistente en analizar si medió relación causal entre la referida conducta y el siniestro, pero silencian que el presupuesto de hecho de la exclusión de cobertura, en el caso, la conducta del asegurado, constituye un obrar antijurídico, entendido ello como una confrontación externa entre la conducta y el ordenamiento jurídico". Una de esas conductas es, justamente, la conducción en estado de ebriedad.

En sentido opuesto cita a Nicolás Barbato, quien explicaba "que no es aceptable la utilización sin realizar las debidas distinciones de ciertos esquemas generales, pues puede desembocarse en situaciones injustas y carentes de razonabilidad. No resultaría sostenible que la mera incorporación a una cláusula de exclusión, de eventuales violaciones en que, con relación a leyes, ordenanzas o reglamentos legales, pueda incurrir el asegurado, tenga siempre por efecto indiscutible y automático el colocar una situación de esa índole fuera de la cobertura y para más, por ilicitud de la causa o del objeto del contrato. Es necesario, entonces, que la falta posea entidad suficiente para incidir en el esquema técnico-contractual de manera que influya en la magnitud del riesgo asumido".

Continúa Compiani con la cita del recordado Barbato, y ubica en el mismo sendero argumental a Castro Sammartino y Schiavo. Finalmente indica que participa de este último criterio, bien que precisando que "debe efectuarse un esfuerzo en ceñir el análisis de la exclusión de cobertura y su relación causal con el siniestro, sin ingresar en la valoración de la culpabilidad de la conducta del asegurado en el caso concreto" (pág. 1555).

Hace bastante tiempo esta Sala ha tomado partido en este mismo cauce interpretativo frente a una defensa de exclusión de cobertura opuesta también por la aquí demandada Caja de Seguros S.A. (15-2-2010,

"D'Agostino c. De Leo"; RCyS. 2010-XII, pág. 92, con nota de Castro Sammartino y Schiavo; E.D. 30-7-10, Derecho de Seguros fallo 37). Exclusión basada en la carencia de licencia de conducción. Transcribiré algunos párrafos por su atinencia con el caso ahora en estudio.

Dije entonces que "[e]l tema de la exclusión de cobertura por carencia de licencia merece una buena exposición, porque en la interpretación están en juego diversos valores y principios jurídicos. Hay antecedentes varios de esta Sala, alguno citado en agravios, y he dado mi opinión acerca del seguro obligatorio de responsabilidad civil y su función social ("Nieto c. La Cabaña", RCyS. 2007-1114; "Fernández c. Transportes", y otros, con citas de Morandi, Garrigues, Barbato, Simone, Roitman, Halperin, Trigo Represas, Pagés Lloveras, Sobrino; L.L. 2007-F, 743; RCyS. 2007-1122; J.A. 2008-II-756). Cuando el seguro es obligatorio, el tomador contrata tanto para cumplir la ley cuanto para mantener indemne su patrimonio; este seguro está instituido en interés de la comunidad y la economía del contrato excede a las partes; hay en esto una cuestión de orden público (conf. Ghersi, Carlos A., «Contrato de seguro», Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 233).

"Sin embargo, a mi modo de ver, esto no conduce sin más a la inoponibilidad de las cláusulas de exclusión frente al tercero víctima.

"Estando a las cláusulas usuales, se ha dicho en criterio del que participo, que en principio habrá exención de responsabilidad del asegurador cuando, al ocurrir el siniestro, el conductor careciera de licencia de conductor o estuviera inhabilitado. Pero podría acreditarse una indudable capacidad para guiar el tipo de vehículo involucrado en el momento del accidente, aunque no tuviese registro; también cabría eximir al asegurador si probase fehacientemente que no tenía aptitud, a pesar de la autorización (ver Brebbia, Roberto H.: «Problemática jurídica de los automotores», Astrea, Buenos Aires, 1984, tomo 2, pág. 73/4).

"Esto así porque la finalidad de la cláusula de exclusión de cobertura por falta de habilitación para conducir es evitar la agravación del riesgo tenido en cuenta al contratar el seguro contra la responsabilidad civil (Brebbia, op. cit., p. 74; Barbato, E.D. 136-562; Stiglitz, L.L. 2009-D, 632). La idoneidad en la conducción es requerida como exigencia básica, un verdadero presupuesto técnico; pero en vez de discutir en cada caso si tal idoneidad existe, se optó por aprovechar el procedimiento de habilitación de la autoridad administrativa y convirtió a dicha habilitación como circunstancia objetiva para mantener la cobertura (Barbato, op. y loc. cit.).

"Es necesario precisar lo que es diferente. No solo por la génesis sino también en lo operativo, la distribución de la carga probatoria, y sus consecuencias. La caducidad de derechos del asegurado es una sanción, una causal subjetiva de no cobertura frente a situaciones (siniestros concretos) en principio cubiertas. Básicamente está prevista en la ley de seguros en el art. 36, y otros supuestos como el de provocación del siniestro por dolo o culpa grave (art. 70). Las cláusulas de delimitación de cobertura, por el contrario, justamente delimitan desde el inicio, descriptiva y objetivamente, cuál será el ámbito del aseguramiento, qué siniestros corresponden al riesgo cubierto y cuáles no".

Justamente estaba en discusión el problema de la confusión, en algunos fallos (como el de Junín comentado por Barba-

to), de la culpa grave del conductor y la falta de licencia, cuestión precisamente señalada por Compiani en el trabajo citado.

"Es notable la claridad con que Nicolás Barbato ha expuesto el problema al realizar el análisis crítico del fallo de la Cámara departamental de Junín, bajo el título «Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro» (E.D. 136-547 y sig., ya mencionado). No abundaré en otras consideraciones porque también las hizo, con la erudición habitual, Aída Kemelmaier de Carlucci en varios votos (ver, p.ej., "Triunfo c. Intraguglielmo", 21-12-95, L.L. 1996-D, 186; "Lucero c. Martínez", 9-6-03, RCyS. 2004-767)."

Me preguntaba en otro párrafo de "D'Agostino" si se trata de una cláusula abusiva u oscura y contesté que no es lo uno ni lo otro. "Pero las cláusulas de exclusión de cobertura deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro de que se trata (Barbato, E.D. 136-566). Esta cláusula de exclusión es razonable; habrá que ver si su aplicación al caso también lo es, habida cuenta que el presupuesto de hecho no debe ser aplicado mecánicamente (conf. Stiglitz, Rubén S., «Derecho de seguros», 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, pág. 237).

"También así lo entendía Nicolás Barbato. Propone justamente el ejemplo de la licencia vencida; y sostenía que la invocación a ultranza, sin que existan concretas circunstancias que hubieren obstado a la renovación, y que hayan incidido causalmente en la producción del siniestro, podría resultar en aplicación ritual e irrazonable de la cláusula (E.D. 136-567)." En conjunción con otras particularidades de aquel caso, a cinco días del accidente el demandado De Leo obtuvo licencia en esta ciudad.

"Por ello —dije—, se puede concluir con facilidad que tenía 'idoneidad' para manejar. Dejo de lado la evidente desaprobarción —y omito otros calificativos más merecidos— con que lo hacía. Es difícil suponer que esta clase de persona hubiera cambiado por la mera concurrencia a una clase de seguridad vial (para obtener la licencia del GCBA); ojalá lo haya hecho la circunstancia de quitar la vida a un semejante.

"En resumen, las cláusulas de exclusión de cobertura son en principio oponibles al damnificado. La exclusión por falta de habilitación para conducir es oponible a la víctima, pero si por las circunstancias del caso esa falta no ha incidido en la causación o la aplicación en el siniestro concreto aparece como carente de razonabilidad atendiendo a la finalidad prevista al instituir, la aseguradora debe responder concurrentemente.

"Contrariamente a lo que expresara la juez de grado —concluí entonces—, me parece que en el caso no hay nexo causal entre no tener licencia y la actitud de pasar el semáforo en rojo. (...) La exclusión de cobertura por falta de habilitación se justifica ante la impericia o inidoneidad como agravación del riesgo."

III.

¿Qué tiene que ver aquel precedente con el supuesto bajo examen?

En aquel momento se discutía si la presunción de inidoneidad por carencia de permiso para conducir llevaba de la mano a considerar razonable, en el caso concreto, la exclusión de cobertura. Si era razonable que, por las circunstancias del caso, no tener vigente el permiso podía equiparar-

se a impericia o inidoneidad. Esto, habida cuenta que es esto último lo que justifica la mentada exclusión.

Ahora lo que está puesto en discusión es si la mera negativa a realizar el ‘test’ de alcoholemia hace operativa por sí la exclusión por conducción en estado de ebriedad o intoxicación. La respuesta, en mi opinión, es francamente negativa en razón de las circunstancias antes señaladas relativas al aparente estado de normalidad de M.

Debemos analizar la razonabilidad de la “presunción de ebriedad” de quien se niega a realizar la prueba. Y su eficacia en los términos del art. 37 de la ley 24.240.

Ahora bien, en un paneo de la jurisprudencia advierto que en la mayor parte de los precedentes judiciales al respecto había prueba —por otras vías— de que el conductor tenía ciertas alteraciones más o menos importantes, o que incurrió en graves y demostradas infracciones a las reglamentaciones. En la especie eso no sucede. (Es más, en el caso no sabemos siquiera quién violó la prohibición de paso; bien pudo ser el propio demandante.) Y, en mi opinión, esto es sumamente relevante.

Porque lo que tornaría razonable la exclusión —al menos como principio— es el estado de ebriedad y no la mera negativa al ‘test’ de alcoholemia.

La víctima no es un tercero al que resulten indiferentes las cláusulas contractuales del seguro. Porque si el seguro contra la responsabilidad civil es obligatorio dado que la ley de tránsito lo exige (aun cuando la SSN le ponga el nombre de “voluntario” cuando supera algunas pautas cuantitativas mínimas de cobertura en su reglamentación), el foco, el centro de atención del sistema legal está en la protección de la persona y los bienes del tercero damnificado y no en cubrir el patrimonio del asegurado.

En consecuencia, colocar a la víctima fuera de la cobertura obligatoria por el mero hecho de la negativa es irrazonable y no responde a necesidades técnicas del seguro, sino a una comodidad ilícita y excesivamente favorable de las aseguradoras.

Les evita la demostración del estado de ebriedad y traslada irrazonablemente la carga de la contraprueba a la víctima, es una inversión de la carga probatoria.

En términos comparativos, es más fácil demostrar la ebriedad (cargada a un profesional, el asegurador) que el estado de sobriedad (cargado a la víctima). Estamos ante una suerte de “carga diabólica” de la prueba en cabeza del profano.

Por otro lado, constituye un ilegal traslado de carga probatoria, toda vez que a través de estipulaciones contractuales admitidas por un ente regulador del Poder Ejecutivo —que no regula adecuadamente— se modifica el sistema de cargas probatorias de los códigos procesales (arg. art. 989 del CCyC). Es regla que el demandado, el excepcionante, debe demostrar los presupuestos de hecho de su defensa o excepción (art. 377 del Código Procesal nacional).

De algún modo expresado en otros términos es que el juez de grado indicó, aludiendo al art. 377, que la aseguradora no había acreditado el supuesto de hecho señalado como causa de exclusión (fs. 447). No está claramente demostrada una injustificada negativa a la extracción de sangre y, en lo fundamental, no está demostrado algún grado de intoxicación del conductor.

Que es, en realidad, lo que —estando a los términos de la póliza— excluiría la cobertura.

Concluyo: la “presunción de ebriedad” del conductor contenida en la póliza por la mera negativa a la detección de alcoholemia es una estipulación ilícita por contravenir los principios generales de la ley en materia de carga de la prueba. Y es irrazonable porque no responde a necesidades técnicas del seguro de responsabilidad civil automotor, sino a una comodidad o descarga probatoria del asegurador en perjuicio del asegurado y los terceros damnificados.

En ese mismo orden de ideas, esa estipulación debe tenerse por no convenida en los términos del art. 37, inc. c), de la ley de defensa del consumidor, que determina la ineficacia de “[l]as cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

Da la impresión de que nada de esto ha sido advertido por la Superintendencia de Seguros de la Nación. No debería sorprender porque, como se dijera recientemente, “es preocupante comprobar la indiferencia e ineficacia del Estado nacional para llevar adelante esta tarea de vigilancia. Lo cierto es que nadie ignora que la mayoría de los contratos de adhesión, que deben pasar el control oficial, están plagados de estipulaciones abusivas, siendo emblemático el caso del contrato de seguro automotor que, a pesar de ser revisado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, contiene muchas estipulaciones que, sospechosamente, superan el control de la autoridad de aplicación.” (Shina, Fernando E., “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces en las relaciones de consumo. Los contratos de adhesión en la Ley de Defensa del Consumidor. Segunda Parte, 22-6-2021, www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF210115).

A pesar de algunas opiniones que no comparto o alguna interpretación errada, no concuerdo con la afirmación de que el tercero víctima de un accidente de tránsito en que esté involucrado un automotor asegurado sea, por esta última razón, un consumidor de seguros, o un dañado colateral —un ‘bystander’— por la relación de consumo seguro. La cosa o el servicio deben ser la causa o el origen del daño cuya reparación se reclama. El seguro no daña por sí, no es la causa del daño derivado del accidente; tampoco es la cosa o servicio riesgoso. En incidentes viales el daño resulta de la circulación de una moto, de un automotor; puede ser un transporte u otro contrato o servicio; pero no del seguro.

Esto no quita que por otra vía el tercero damnificado esté impedido de impugnar esta ilicitud. Justamente, por no ser contratante no podría atacar una cláusula por abusiva, pero podría atacar la ilicitud de la estipulación, su inadecuación al orden legal como un todo.

Por estos argumentos, creo que debe confirmarse el rechazo de la defensa de la aseguradora.

Finalizo con un comentario ‘obiter dicta’. Si bien no parece ser el caso de autos, en un país como el nuestro —que, como bien señalara Nino hace varias décadas, es un país al margen de la ley— no habría que descartar que la admisión a rajatablas de la validez de esta “presunción de ebriedad” llevase a situaciones de colusión entre un ente asegurador transgresor y un asegurado transgresor e insolvente. Fácil sería que el insolvente se negare fraudulentamente a la prueba de alcoholemia a

pesar de no haber ingerido una gota de alcohol.

IV.

En orden a los cuestionamientos relativos a la responsabilidad, el problema es bastante simple. La ley presume la responsabilidad objetiva de dueño y guardián de una cosa riesgosa, en la especie un automotor.

Para llegar a una sentencia ajustada a derecho no hace falta determinar quién infringió la prohibición de paso, el demandado debe demostrar una circunstancia eximente: en el caso, la culpa de la víctima evidenciada en que esta fue la infractora.

Así que carece de trascendencia la mayor o menor verosimilitud o fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos ofrecidos por el aquí actor. Aun cuando un análisis de sus dichos llevase a descartarla, la solución sería idéntica: el progreso de la acción. Reitero: son los demandados quienes deben demostrar que el motociclista pasó con luz roja; no carga el demandante la prueba de que cruzó o intentó cruzar habilitado.

V.

El informe pericial médico de fs. 324/7 no fue muy explicativo acerca del modo como llega a estimar una discapacidad del 17%.

Dijo el médico que el actor tiene secuelas cicatrizales (las describe y son varias) y signo-sintomatología derivada de su hombro derecho y de su muñeca derecha (fs. 324/5). En la respuesta a los puntos de pericia, en general hizo una remisión a las consideraciones previas.

Por ahí dice que el demandante no trabajó durante un mes. Esto surgió del interrogatorio (fs. 326).

Y concluyó con lo del 17%.

Inmediatamente obra un informe de Swiss Medical, que aclara que no actuó como ART, sino que M. estaba afiliado o tenía cobertura a través de un plan corporativo del Banco Santander Río (fs. 337).

A fs. 339, Caja de Seguros hace notar la insuficiencia de las explicaciones relativas al porcentaje de incapacidad. Y el Dr. M., en forma más que sucinta, responde: “[E]l porcentaje de incapacidad otorgado, surge de la sumatoria de los siguientes parciales: secuelas cicatrizales: 9% - secuelas a nivel del hombro: 5% - secuelas a nivel de la muñeca: 4% (esto a fs. 352).

El reclamante dejó su trabajo en el Banco Santander y con posterioridad pasó a laborar en Banco Macro.

Ante un reclamo inicial (efectuado en noviembre de 2016) de \$144.000 por daños físicos, \$50.000 por daño psíquico, \$40.000 por daño moral, \$28.800 por psicoterapia y \$3.840 por tratamiento kinesiológico, el Dr. S. otorgó en valores históricos (agregó intereses a tasa activa desde el incidente vial, 19 de diciembre de 2014): \$1.000.000 por incapacidad física y desestimó compensar gastos no demostrados; por incapacidad psíquica y tratamientos dio \$600.000. A esto sumó \$800.000 por daño moral y \$60.000 por gastos médicos, de farmacia, movilidad y traslados.

Me parece mucho.

No voy a entrar en las discusiones relativas a “puntos de incapacidad”. Pero

sí voy a recordar que los peritos hacen una cuantificación de modo genérico, abstracto, y queda deferido al juzgador apreciar cómo esa minusvalía afecta realmente la economía general de la víctima.

Y es del caso que, por lo que surge del plexo probatorio, no hay más prueba de minusvalía particular que las manifestaciones unilaterales recogidas en la pericia psicológica. M. sigue trabajando como empleado o funcionario bancario; sigue o seguía estudiando. Tampoco puedo presumir que las “secuelas a nivel hombro” y las “secuelas a nivel muñeca” (palabras del perito médico sin otra explicación) (o sea, inexplicadas) puedan llevar de la mano a un demérito económico de la magnitud de lo propuesto por el primer juzgador.

A falta de algo más preciso y prohibición de indexar, tenemos los intereses a tasa activa como impropio método de ajuste o nivelación. Hasta la fecha de la sentencia apelada el interés es igual a 224,64%. Esto significa, multiplicando el capital por 3,2464, que el millón de pesos llega a \$3.246.400, los \$600.000 de daño psíquico a casi \$1.950.000 y el daño moral (valuado por el propio M. bastante tiempo después en \$40.000) arriba a \$2.592.000. Reitero, me parece mucho. Al menos, estando a los parámetros que solemos manejar en la Sala.

La ley presume responsabilidad; la ley presume la existencia de algunos perjuicios económicos (diría en términos clásicos, ‘patrimoniales’) de acuerdo a las circunstancias del caso. Pero el principio general vigente con Código Civil ley 340 y CCyC ley 26.994 es que el actor debe probar el daño. Y la prueba, en la especie, es insuficiente y más que genérica para apoyar semejante cantidad de dinero.

Es que, frente a la insuficiencia o inexplicación pericial, solo la Caja de Seguros pidió aclaraciones, al actor le bastó que le dijese 17%.

Reitero apreciaciones que he efectuado antes de ahora: si la inexistencia de prueba sobre la cuantía de un daño obedece al desinterés del justiciable, la aplicación del art. 165 del Código Procesal —en tanto autoriza al Juez a fijar el importe de los perjuicios reclamados, aunque no se justificara el monto— debe hacerse con suma cautela. Esto así, porque de otro modo el sentenciante se subroga a la dirección letrada de la parte que debió probar el contenido patrimonial que pretende, lo que es de suyo arbitrario por destituir la igualdad de las partes ante el Juez (CNCiv., Sala B, 18-9-74, L.L. 1975-C, 537, sumario 1230, citada por Morello y otros, Códigos Procesales..., 2ª ed. reelaborada, año 1986, t. II-C, pág.185).

Creo más prudente y cauteloso, ante el defecto probatorio y la nada explicativa del perito médico, reducir la cuantía del rubro discapacidad física a \$500.000.

En relación a la psíquica, las “conclusiones” periciales de fs. 371 hacen pie en una cantidad de comentarios subjetivos del actor examinado. Que si trastornos del sueño, que si recurrentes pesadillas, que si agresividad u otras cosas como consecuencia de este accidente, no me parece acabadamente probado con el solo informe pericial. Voy a proponer reducir la cuantía —que el propio actor estimara en \$78.800 (daño más psicoterapia)— a \$120.000.

Más desajustado aparece el número dado por daño moral.

Para apreciar la existencia y magnitud del daño moral, el juez debe indagar introspectivamente. Ha dicho Bustamante Alsina en criterio que comparto y cito reiteradamente que "la indemnización del daño moral no está en función de la representación que de él se hace la víctima (no es concreto), sino en función de su constatación por el juez y de su evaluación objetiva (en abstracto) en el límite de lo reclamado en la demanda" (Bustamante Alsina, Jorge: L.L. 1996-A, 360) (El subrayado es mío). Zavala de González pone de resalto la paradoja de apreciar la agresión a una intimidad no accesible, que lleva a una percepción según evaluaciones del común de las personas. De tan subjetivo, las únicas pautas son exteriores. Los daños morales —explica— son perceptibles por el juez (conf. Zavala de González, Matilde: *Resarcimiento de daños, ¿Cuánto por daño moral?*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pág. 106).

Pero la introspección, la percepción del juez, no puede ser tan diferente a la de la

propia víctima. Como principio, el monto del reclamo es un tope o techo. Lo dice la doctrina y lo dice cantidad de jurisprudencia. Pero en las actuales condiciones económico-financieras del país no nos atenemos estrictamente a ese límite. Esto así, puesto que los intereses a tasa activa a veces ni siquiera compensan la desvalorización monetaria.

De modo que propondré disminuir el importe a \$120.000, que es el triple de lo pedido bastante tiempo después del accidente.

Algo similar sucede con el otro rubro deferido a la cuantificación judicial: el de gastos varios. Si sumamos el reclamo por gastos de farmacia, radiografías, etc. (\$2.000), gastos de traslados (\$2.000) y "controles traumatológicos" (\$600) el total asciende a \$4.600. Está claro que muchos de esos gastos —salvo traslados— deben haber sido cubiertos por su sistema de medicina prepaga, Swiss Medical.

A ello se adiciona que, como bien recuerda la parte demandada, no hay prueba de gastos. Ninguna. Así que \$60.000 más intereses a tasa activa es demasiado (casi \$200.000). Votaré una reducción a \$5.000 ante la inexistencia de prueba documental.

VI.- Los intereses.

El juez los fijó a la tasa activa del plenario "Samudio".

Unos demandados quieren se cambie a una tasa pura, la Caja a una tasa pasiva. Consistentemente con lo determinado por el juez de grado (decimos que la sentencia de ambas instancias es una unidad lógico-jurídica) y por compartir la Sala el criterio, la tasa quedará en la activa.

Es cierto que cambia o altera la entidad económica, etc., pero eso tiene que ver con la situación del país y la persistente inflación. Y —más importante— es que la propuesta de disminución del capital va de la mano con la confirmación de la tasa. Si el juez impuso intereses a tasa activa es que los valores que determinara son "históricos", por más que no guste a los demandados.

En definitiva, voto por disminuir el importe del rubro incapacidad física a \$500.000, el de incapacidad psíquica y tratamiento a \$120.000; el daño moral a \$120.000 y el de gastos generales a \$5.000.

Voto también por confirmar la sentencia en lo demás que fuera materia de agravio, con costas de alzada a cargo de los demandados, mayormente vencidos. Triunfaron en lo relativo a montos, pero fueron derrotados en lo referente a intereses, la responsabilidad y a la defensa de la aseguradora.

Por razones análogas a las expuestas por el Dr. *Liberman*, las Dras. *Iturbide* y *Pérez Pardo* votan en el mismo sentido.

Y vistos: Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia apelada, se fija el importe por incapacidad física en \$500.000, el de incapacidad psíquica y tratamiento en \$120.000; el daño moral en \$120.000 y el de gastos generales en \$5.000; se confirma en lo demás que fuera materia de agravios. Costas de alzada a cargo de los demandados.

Difiérese regular los honorarios de alzada hasta tanto el tribunal de grado fije los de la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2º párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Víctor F. Liberman*. — *Marcela Pérez Pardo*. — *Gabriela A. Iturbide*.

ABELEDOPERROT

Información confiable que avala sus argumentos.

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO COMPARADO

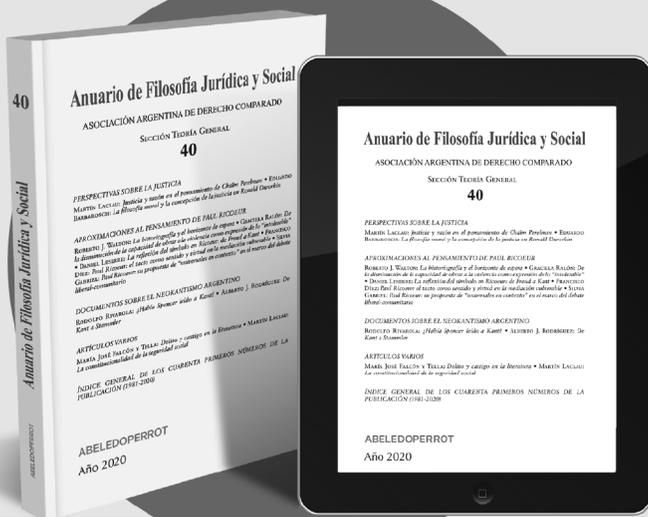
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

EDICIÓN NÚMERO 40

Martín Laclau



2021



1 Tomo
Disponible
en papel
y eBook.

Su primer número se editó en el año 1981 y la edición anual se ha mantenido de forma regular y continuada desde esa fecha hasta la actualidad por nuestro sello editorial, Abeledo Perrot.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página de **LinkedIn** con contenido específico para abogados.



THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 1, secretaría Nº 1, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, informa que el/la Sr/a. ORLANDO JHONNY JOSÉ CHIRINOS LÓPEZ de nacionalidad venezolana con D.N.I. Nº 95.644.211 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2021
Ana Laura Bruno, sec.
LA LEY: I. 13/10/21 V. 14/10/21

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 20, sito en Libertad 731, 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de el/la Sr./Sra. MOISES ENRIQUE ROJAS ZAMBRANO de nacionalidad venezolana con pasaporte Nº 123340766 según Exp. Nº 2160/2021 "ROJAS ZAMBRANO, MOISES ENRIQUE s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA". Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 14 de septiembre de 2021
Matías Abraham, sec.
LA LEY: I. 13/10/21 V. 14/10/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaría Nº 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º piso de Capital Federal, hace saber que DENNIS NATALIA CARVAJAL MIRANDA de nacionalidad colombiana con DNI 94.832.703 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado

las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 13 de marzo de 2021
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 13/10/21 V. 13/10/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría Nº 13, a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 6º de CABA, comunica que el Sr. JORGE LUIS PÉREZ RIVERO DNI Nº: 95.033.959 nacido el día 26 de marzo de 1985, en Valera, Trujillo, Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro del plazo de quince días.

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2021
Fernando G. Galati, sec. fed.
LA LEY: I. 13/10/21 V. 13/10/21

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. AMADOR JOSUÉ MATA ARMAS de nacionalidad venezolana con DNI Nº 95.767.170 según el expediente "MATA ARMAS, AMADOR JOSUÉ s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. Nº 50842021. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 7 de septiembre de 2021
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 12/10/21 V. 13/10/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 69, sito en Av.

de los Inmigrantes 1950 P.B., cita y emplaza por el plazo de treinta días a herederos y acreedores de CADIN MOISES en el marco de la causa Nº10446/1991. Publíquese por tres días en el DIARIO LA LEY.

Buenos Aires, 27 de septiembre de 2021
María Laura Prada, sec.
LA LEY: I. 12/10/21 V. 14/10/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, a cargo del Dr. Patricio Marañello y Secretaría Nº 10 a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 10º de Capital Federal, hace saber que SOSA MORALES VERÓNICA, DNI Nº 95.927.040 de nacionalidad venezolana y de ocupación ingeniera industrial, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 20 de septiembre de 2021
M. Andrea Salamendy, sec.
LA LEY: I. 12/10/21 V. 12/10/21

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 20, sito en Libertad 731 9º piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MONTES de nacionalidad venezolana con DNI Nº 95.961.806 según el expediente "GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ ANTONIO s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. Nº 606/2021. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 10 de agosto de 2021
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 12/10/21 V. 12/10/21





Nota a fallo

Recurso directo

Disconformidad con la plataforma fáctica y probatoria. Inadmisibilidad. Disidencia.

1. - De la lectura de las censuras vertidas en el directo se aprecia el incumplimiento por parte del interesado del imperativo del propio interés que la ley procesal le ha adjudicado —carga procesal—, en la medida en que las nociones merced a las que la Cámara de Mérito marcó las obstancias a la admisibilidad del remedio intentado, no han sido rebatidas quedando inconvencidas.
2. - El quejoso se limita a asegurar que la Cámara habría violado el principio de congruencia, pero omite detallar con

precisión en qué consiste este y de cuál de sus tres aspectos se trata.

3. - No es la prevalencia del número de tópicos que el órgano de Alzada estime correctamente objetados y otros que ponen en tela de juicio la verosimilitud posesoria de la concursada, lo que —necesariamente— determinará la suerte final que corresponda asignar al recurso ordinario, sino que el análisis se completará y complementará por el escrutinio omnicompreensivo del plexo fáctico de la causa y la pertinente subsunción jurídica de este que es lo que ha acontecido en las actuaciones.
4. - La casación no instaura una tercera instancia ordinaria ni permite juzgar sobre

el acierto o desacierto de la selección o valoración de la prueba o interpretación de la ley, ya que tales aspectos competen con exclusividad a los tribunales de mérito.

5. - Las denuncias se disocian de una anomalía formal erigiéndose en la franca disidencia del interesado con la determinación de la plataforma fáctica y, en particular, la valoración de los elementos de prueba (del voto del Dr. Angulo).
6. - No se desprende claramente el *iter* lógico seguido por el Tribunal con lo que se ha privado al recurrente del conocimiento de las razones jurídicas que enervarían su pretensión, mediante la

utilización de una conclusión sin argumentación que resulte apropiada y completa con lo que no se ha dado respuesta concreta a las cuestiones debatidas en la causa (del voto en disidencia del Dr. Sesin).

TS Córdoba, sala civil y com., 08/06/2021. - Incidente de revisión de Carlos Alberto Oviedo en autos: Damilano Hnos. Agropecuaria Comercial e Industrial Sociedad Comercial Colectiva s/ Concurso preventivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/131722/2021]

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

Concurso preventivo

Revisión de créditos. Pedido de restitución de la tenencia de un bien inmueble. Existencia de un boleto de compraventa. Falta de demostración de exigibilidad. Rechazo.

1. - La revisión del crédito debe rechazarse, ya que era imperioso una acreditación exenta de dudas sobre la existencia de este acuerdo por el que el anterior poseedor a título de dueño persiste inmutable en la cosa en calidad de tenedor del nuevo adquirente y titular, y faltando una probanza clara, la acreditación *prima facie* de la posesión por parte del acreedor, dado su mantenimiento en la cosa y término transcurrido sin reclamos se yergue en contra de satisfacer la pretensión ejercitada.

2. - Toda verificación —insinuación en el pasivo concursal o falencial— es siempre una acción causal y de conocimiento pleno tendiente a demostrar la legitimidad de la acreencia pretendida.

3. - El art. 37 de la LCQ habilita un trámite incidental específico del derecho concursal, con mayor amplitud de debate y aportación de elementos probatorios que no pudieron incorporarse en la instancia tempestiva inicial. A diferencia de la verificación tempestiva ya no bastará al acreedor el indicar la causa, sino que será necesario probar fuente obligacional, pesando sobre quien intenta la revisión la carga de la prueba de las aserciones y extremos fundantes de su pretensión.
4. - El acreedor voluntariamente pretendió incorporar el crédito de restitución de la

tenencia al pasivo, debiendo por tanto encuadrarse a las reglas comunes que alcanzan a todos los acreedores en el proceso universal insinuando su crédito y satisfaciendo el parangón que impera en este tipo de procesos.

5. - El trámite de verificación supone un proceso de conocimiento que debe encerrar todo acreedor que pretenda ser incluido en el pasivo, en que no basta invocar solamente la causa del crédito, sino acreditar la existencia de esta, lo que pesa sobre el insinuante.
6. - Las manifestaciones que hagan los intervinientes en una escritura pública no gozan de la fe que deriva de estos documentos, siendo válidas hasta tanto no se produzca prueba en contrario.

CCiv., Com., Trab. y Contencioso administrativo, Villa Dolores, 22/10/2019. - Incidente de revisión de Carlos Alberto Oviedo en autos: Damilano Hnos. Agropecuaria Comercial e Industrial Soc. Com. Colect. s/ Concurso preventivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63772/2019]

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

Costas

Se imponen al apelante vencido.

El *constituto posesorio* a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación



Alejandro A. Vergara

Abogado - Investigador independiente.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Recepción legislativa. El Código Civil de Vélez. El Código Civil y Comercial de la Nación.— III. Acreditación. La exigencia de un instrumento distinto, separado e independiente.— IV. La cuestión en materia de cosas registrables.— V. Concurso o quiebra del enajenante.— VI. Conclusión.

I. Introducción

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (T.S.J.), por mayoría,

resolvió rechazar el recurso directo impedido por el incidentista en el marco de un concurso preventivo (1), confirmando la resolución dictada por la Cámara de Apela-

ciones en lo Civil y Comercial, del Trabajo y Contencioso Administrativo de Villa Dolores (2), por la que exigió “una acreditación exenta de dudas” sobre la existencia de un

acuerdo por el que el anterior poseedor a título de dueño persiste en el inmueble en calidad de tenedor de su nuevo adquirente y titular, soslayando la eficacia entre las

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(1) TSJ Córdoba, Sala Civil y Comercial, 08/06/2021, “Incidente de revisión de Carlos Alberto Oviedo en autos:

Damilano Hnos. Agropecuaria Comercial e Industrial Sociedad Comercial Colectiva - Concurso Preventivo - Expediente N° 2260661 - Recurso Directo - Expte. N° 9658677”.

(2) CCC., del Trabajo y Contencioso Administrativo de Villa Dolores. Sentencia n° 6 en autos “Incidente de revisión de Carlos Alberto Oviedo en autos: Damilano

Hnos. Agropecuaria Comercial e Industrial Sociedad Comercial Colectiva - Concurso Preventivo” (Expte. n° 2260661). 22/10/2019.

Nota a fallo

Proceso colectivo

Emergencia sanitaria. Incumplimiento del servicio de transporte aéreo. Asociación de consumidores. Defensa de

los derechos de quienes no participaron en el pleito. Acuerdo transaccional. Homologación.

JCiv. y Com. 51a Nom., Córdoba, 17/06/2021. - Acción y Defensa del Consumidor e Inquilino - Asociación Civil c. FB Líneas Aéreas S.A. s/ Acción colectiva abreviado. 6

[Transacción de procesos colectivos de consumo](#)
Franco Raschetti 6

Última instancia 12

partes del contrato que tiene la declaración inserta en la escritura pública y la publicidad suficiente frente a terceros interesados y de buena fe que implica la inscripción del título en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La Cámara sostuvo que más allá de la manifestación entre partes en la escritura, “lo real es que no existió una modificación de la situación externa, continuando el vendedor en la cosa, y persistiendo en la cultura y explotación de ésta”, que “no es suficiente la mera declaración del *tradente* de darse por desposeído o de haber entregado la cosa al adquirente, sino que es menester la entrega real de la cosa” y que “la tradición operada por actos materiales es la regla, y las restantes modalidades importan la excepción”, siendo esta la razón para requerir que existan dos instrumentos distintos e independientes a fin de evitar maniobras ocultas o fraudulentas.

La denegación del Recurso de Casación motivó la interposición de recurso directo, el que fue denegado por el T.S.J., confirmando lo resuelto por la Cámara.

El Tribunal resuelve en contra de la doctrina que hoy rige en materia de *constituto posesorio*, entendiendo que debe requerirse un instrumento adicional luego de haber inscripto la escritura traslativa de dominio. Desde la reforma de la ley 17.711 al art. 2505 del Código Civil de Vélez Sarsfield (CC), la sanción de la ley 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble, y hoy recogido por el art. 1893 del Código Civil y Comercial (CCC), otorgan *publicidad suficiente* luego de inscripto el dominio y hacen fe de todo lo inserto en el título, incluso el traspaso de la posesión, aunque el antiguo dueño haya permanecido como tenedor (*constituto posesorio*) sin un documento adicional o manifestación en la escritura en tal sentido.

La exigencia doctrinaria (pues no surge ni de la letra ni del espíritu de las normas que en nuestro derecho receptaron esta forma abreviada de tradición) de un instrumento adicional debe, no obstante, ser objeto de una adecuada y correcta interpretación, que no pierda de vista cuál ha sido la finalidad perseguida y, por consiguiente, su verdadero alcance tratándose de bienes inmuebles, en que la inscripción del título en el Registro constituye *publicidad suficiente* frente a terceros interesados de buena fe, a quienes la adquisición o transmisión del derecho real les resultará *oponible*, y les permite conocer cuál es la situación jurídica real del inmueble.

Esta nota estudia, entonces, la figura romana del *constituto posesorio*, repasando su origen, antecedentes históricos, y su evolución desde la recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield hasta su previsión en el Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde el 1º de agosto del año 2015.

Nos centramos en la cuestión más controvertida de la figura: Su acreditación.

Confrontamos las opiniones vertidas en torno a esta exigencia, concluimos cuál ha sido su única y verdadera justificación: La ausencia de publicidad en el cambio, y cuál es la correcta interpretación en materia de cosas registrables, en particular de bienes inmuebles, a partir de la reforma introducida al Código Civil por ley 17.711, la sanción de la ley 17.801 y las normas actualmente vigentes.

I.1. La figura. Tradiciones abreviadas (traditio brevi manu, tradición por indicación y constituto posesorio)

La legislación argentina adopta el sistema basado en la teoría del título y modo en materia de adquisición derivada por actos entre vivos de derechos reales que se ejercen por la posesión. El art. 1892 del CCC dispone expresamente en su primer párrafo que: “La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes” (3). Este sistema fue adoptado por Vélez Sarsfield en el Código Civil, y mantiene su plena vigencia en el Código Civil y Comercial Unificado.

Es “título suficiente”, de acuerdo con el concepto contenido en el segundo párrafo del art. 1892 del CCC, el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. Se refiere tanto a la *sustancia* como causa idónea para producir el efecto traslativo (4) (compraventa, donación, etc.), cuanto, a la *forma*, en tanto cumplimiento de las exigencias legales [en materia de bienes inmuebles, *v.gr.* la formalidad exigida por el inc. a) del art. 1017 del CCC es la de la escritura pública (5)]. De acuerdo con el párrafo sexto de la norma en cuestión, para que el título sea “suficiente” para adquirir un derecho real sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto.

En cuanto al modo, dispone expresamente en su tercer párrafo que la *tradición posesoria* es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. Para que el modo sea “suficiente”, también se requiere capacidad y legitimación.

Hay tradición cuando una parte entrega una cosa a otra que la recibe, de acuerdo con la definición del art. 1924 del CCC. No es necesaria cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y este por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente.

La redacción de la norma, en cuanto enumera los supuestos en los que “no es necesaria” la tradición, lo explica la doctrina. Ventura señala que no es necesario el traspaso material de la cosa, porque la

tradición, aunque de manera abreviada, se produce (6).

Entran aquí en escena las denominadas tradiciones abreviadas: la *traditio brevi manu*, la tradición por indicación y el *constituto posesorio*.

El primer supuesto contemplado por la norma es el de la figura romana de la *traditio brevi manu*, donde no es necesaria la entrega material de la cosa cuando es tenida a nombre del propietario, y este por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre (*v.gr.*: el locatario que adquiere la cosa y deviene propietario).

El segundo supuesto es el de la tradición por indicación, es decir que: No es necesaria la entrega material de la cosa cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro (*v.gr.*: El locatario continúa siendo tal, pero el propietario originario vendió la cosa a un tercero).

Finalmente, tampoco es necesaria la entrega material de la cosa cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. Nos encontramos aquí frente a la figura romana del *constituto posesorio*, materia de este estudio.

I.2. Antecedentes. Derecho Romano. El Derecho francés

El Derecho Romano conoció diversas formas abreviadas de tradición, o *traditio ficta*. Entre ellas, la *traditio brevi manu*, la *traditio longa manu*, la *traditio symbolica* y el *constituto posesorio*.

Señala Iglesias que en la época clásica se inicia una tendencia, que luego se afianzaría en el derecho postclásico y justinianeo, que flexibilizó el principio según el cual la entrega de la cosa tenía una pura expresión material: Por una parte, se espiritualizaron ciertos modos de tradición; y por la otra, se regularon ciertas situaciones en las que la exigencia de la entrega efectiva de la cosa “no tendría sentido” (7). Se trata de casos en los que la tradición se hace sin entrega de la cosa, produciendo los mismos efectos que la verdadera tradición (8).

Petit grafica el supuesto del *constituto posesorio* de la siguiente manera: “Ticio hace donación de su casa a Sempronio, pero continúa habitándola como inquilino. Desde que las partes están de acuerdo, Sempronio se hizo propietario por tradición; aquí no cabe duda de que la posesión no fue aparente. Pero no ha sido menos constituido poseedor, puesto que tiene el *animus domini* que Ticio deja en su beneficio, y posee la casa corpore alieno, por intervención de Ticio, que se hace detentador” (9).

De este pasaje del Profesor de Poitiers observamos lo que podríamos considerar el sentido terminológico de la figura, en

cuanto el adquirente de la cosa es “constituido poseedor” de esta por el enajenante, quien se reserva su tenencia. Similares términos emplean Pothier cuando expresa: “Por esta cláusula, el vendedor o donante efectúa la tradición de la cosa a favor del comprador o donatario, el cual queda constituido poseedor de la cosa por la persona del vendedor o donante, por la declaración que hace, es decir, de que posee en adelante la cosa en nombre del comprador” (10).

El adquirente queda entonces constituido poseedor por el mero acuerdo de voluntades, sin necesidad del traspaso material de la cosa cuya detentación material conserva el enajenante.

La figura fue conocida y ejerció, asimismo, una gran influencia en el derecho francés. El Código de Napoleón abandonó el principio romano que imponía como necesaria la tradición para transferir la propiedad, adoptando el principio de transmisión de la propiedad por el simple consentimiento.

El art. 711 del CCF enunció el principio según el cual la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por efecto de las obligaciones: “La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations” (11). Asimismo, disponía el antiguo art. 1138: “L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes” (12). Es decir, que la obligación de entregar la cosa se perfecciona, se considera cumplida, ejecutada, por el solo consentimiento de las partes contratantes (13).

Pero, señalan Planiol y Ripert que el paso del antiguo principio al nuevo no se hizo por una reforma legislativa, sino que fue por una evolución extremadamente lenta, de tal suerte que la tendencia se encontraba adelantada en la época romana y llegó a sus resultados poco antes de la aparición del Código de Napoleón (14). El antiguo derecho francés empleó frecuentemente algunos modos de transmisión de la propiedad sin tradición real que los juristas romanos habían inventado, entre ellos, la tradición “por constitución posesoria” que desempeñó un papel decisivo en esta materia (15).

En el sistema del Código de Napoleón, según expresaron Aubry y Rau, en el cual cualquier acto de transferencia de propiedad la transfiere independientemente de la tradición, se atribuyó a actos de esa naturaleza un efecto análogo al del *constituto posesorio* propiamente dicho, en el sentido de que el anterior propietario, aunque aún no ha entregado la cosa por él enajenada, cesa, por el mismo hecho de la enajenación, de poseerla por cuenta propia, y solo la retiene por cuenta del nuevo propietario (16).

Demolombe ilustra que, en la práctica, se insertó en los contratos y en particular

(3) Este primer párrafo es criticado por VENTURA, en cuanto señala que intenta limitar la teoría del título y modo sólo a los modos derivados, siendo que la dinámica adquisitiva exige también para las originarias el cumplimiento de dos elementos integrativos del derecho en su nacimiento: el título y el modo (VENTURA, Gabriel B., comentario al art. 1892 CCC en BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, T. IV-A, 1a ed., p. 68).

(4) VENTURA, Gabriel B., comentario al art. 1892 CCC en BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, ob. cit., p. 70.

(5) Art. 1017 CCC. Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de

derechos reales sobre inmuebles (...).

(6) VENTURA, Gabriel B., comentario al art. 1892 CCC en BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, ob. cit., p. 78.

(7) IGLESIAS, Juan, “Derecho Romano. Instituciones de derecho privado”, Cuarta edición revisada y aumentada, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958, p. 263.

(8) IGLESIAS, Juan, “Derecho Romano. Instituciones de derecho privado”, ob. cit., p. 264; PETIT, Eugene, “Tratado elemental de Derecho Romano”, traducido de la novena edición francesa y aumentado por José Ferrández González, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1954, ps. 269/270.

(9) PETIT, Eugene, “Tratado elemental de Derecho Romano”, ob. cit., p. 270, con cita de Ulpiano, L. 77, D., de rei vind., VI, 1. - Celso, L. 18, pr. D., de adq. vel amit. pos., XLI, 2.

(10) POTHIER, “Tratado del Derecho de dominio de la propiedad”, traducido por D. Manuel Deo, Madrid, tomo VII, p. 161.

(11) DEMOLOMBE, C., “Cours de Code Napoléon”, t. XIII, “Traité des successions”, tome premier, Paris, 1879, p. 14.

(12) DEMOLOMBE, C., “Cours de Code Napoléon”, t. XXIV, “Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général”, tome premier, Paris, 1877, p. 396.

(13) DEMOLOMBE, C., “Cours de Code Napoléon”, t. XXIV, “Traité des contrats ou des obligations...”, ob. cit., p. 400: “Tout autre est donc, dans l’article 1138, le sens du mot: parfaite; ce qu’il signifie, c’est que l’obligation de livrer est considérée comme accomplie, come exécutée, par le seul consentement des parties contractantes (comp. art. 938, 1583)”.

(14) PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, “Tratado práctico de derecho civil francés”, traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Cultural S.A., Habana, 1942, tomo III, ps. 534/535.

(15) PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, “Tratado práctico de derecho civil francés”, ob. cit., tomo III, p. 535 y nota nº 2. Señalan los autores que: “El principio romano subsistía, pero era puramente teórico. En vez de tradición se empleaban cláusulas en los contratos que equivalían a la constitución posesoria: convenios ficticios de precario, de retención de usufructo, de arrendamiento, de depósito, etc., o, más simplemente aún, por la cláusula conocida por *dessaisine-saisine* (...)” (ob. cit., p. 536).

(16) AUBRY et RAU, “Cours de droit civil français”, quatrième édition revue et complétée, Paris, 1869, tome deuxième, ps. 82/83: “Dans le système du Code

en los contratos de compraventa, una cláusula por la cual el vendedor declaraba ceder la posesión de la cosa para apoderar al comprador. El comprador, por su parte, se declaraba apoderado. Se trató de la cláusula conocida como *dessaisine-saisine*, que se hizo de estilo, y operaba la tradición ficticia, reemplazando a la tradición real en la transferencia de la propiedad (17). Más aún, expresan Planiol y Ripert que mediante esta cláusula el enajenante declaraba ceder su propiedad sobre la cosa y detentarla en lo adelante por cuenta ajena (18).

Se abandonó entonces el antiguo principio que exigía la tradición y se le atribuyó a la voluntad de las partes el poder suficiente para transmitir la propiedad. El Código francés se limitó a reproducir esta doctrina como una solución ya aceptada (19).

La finalidad de esta figura fue, desde sus orígenes, evitar el absurdo de un doble traspaso material de la cosa. Así ocurriría, por ejemplo, si el vendedor debiera hacer entrega de la cosa al comprador, y este a su vez efectuar inmediatamente una nueva entrega de esta a aquel a los fines de que la ocupe como tenedor. De esta manera, por motivos de comodidad y conveniencia, evitando desgastes inútiles, se considera efectuada la tradición por el mero acuerdo de voluntades, aun no mediando una alteración en la situación externa de la cosa, la que continúa en poder de su anterior poseedor.

El adquirente se convierte en poseedor de la cosa, aun no encontrándose en relación material con esta. Y, correlativamente, el enajenante pasa a ser detentador en nombre y por cuenta del adquirente (20).

II. Recepción legislativa. El Código Civil de Vélez. El Código Civil y Comercial de la Nación

En los primeros tiempos de vigencia del Código de Vélez se postularon tesis negativas del *constituto posesorio* en nuestro derecho (21), muy minoritarias y que han sido superadas, existiendo consenso en la doctrina acerca de la vigencia de esta figura, tanto en el Código Civil como en el Código Civil y Comercial Unificado.

Durante la vigencia del Código Civil se encontraba prevista en el art. 2462, inc. 3º, que expresamente disponía: "Quedan comprendidos en la clase del artículo anterior: (...) 3º El que transmitió la propiedad de la cosa, y se constituyó poseedor a nombre del adquirente". La norma remitía al artículo inmediato anterior, el art. 2461 del CC que establecía que: "Cuando alguno por sí o por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna

cosa, pero sólo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa". Es decir, que quien transmitió la propiedad de la cosa, reservándose para sí su detentación material y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente, no puede ser más que un simple tenedor de esta.

El CCC la recepta en el tercer párrafo del ya citado art. 1892, norma que se replica en el art. 1923 Código Civil y Comercial respecto de la adquisición de las relaciones de poder. Hemos mencionado ya las críticas que se han efectuado a ambas normas, en cuanto disponen que "no es necesaria la tradición". Por lo demás, el art. 1892, tercer párrafo del CCC establece que: "Tampoco es necesaria [la entrega material de la cosa, agregamos nosotros] cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente". En similares términos, el art. 1923 del CCC dispone que: "Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor".

Se trata de un supuesto inverso al de la *traditio brevi manu*, figura en la que el sujeto asciende en la relación real (de tenedor pasa a ser poseedor). En cambio, en el *constituto posesorio* se produce un descenso en la relación real, conservando el sujeto la tenencia de la cosa cuya posesión transfiere en favor del adquirente (de poseedor pasa a ser tenedor). Los autores suelen ejemplificar el supuesto de la siguiente manera: El vendedor (anterior poseedor) se desprende de la cosa en favor del comprador (nuevo poseedor), y continúa ocupando la misma en carácter de locatario (tenedor).

Para evitar sucesivos actos de entrega y recepción, se considera efectuada la tradición aun sin entrega material. Por el mero acuerdo de voluntades, el *accipiens* (comprador) adquiere la posesión de la cosa, la que continúa en poder del *tradens* (vendedor). Este último, no es más que un *mero tenedor*, ejerce un poder de hecho sobre la cosa, y lo hace comportándose como representante del nuevo poseedor (arts. 1910 y 1923 CCC) (22).

III. Acreditación. La exigencia de un instrumento distinto, separado e independiente

Ahora bien, la cuestión que hemos calificado como más controvertida es la que gira en torno a la exigencia de un instrumento distinto, separado e independiente que acredite el *constituto posesorio*, que justifique la tenencia de la cosa por parte de su anterior poseedor.

accomplissait, à sa place, la translation de propriété".

(18) PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, "Tratado práctico de derecho civil francés", ob. cit., tomo III, p. 536.

(19) PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, "Tratado práctico de derecho civil francés", ob. cit., tomo III, p. 536.

(20) MESSINEO, Francesco, "Manual de Derecho Civil y Comercial", traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, tomo IV, Derecho de las obligaciones. Parte General, p. 501.

(21) Cfr. LLERENA, Baldomero, "Concordancias y comentarios del Código Civil argentino", segunda edición, imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1901, tomo VII, ps. 87/91.

(22) Art. 1910 CCC. Tenencia. Hay tenencia cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, y se comporta como representante del poseedor. Art. 1923 CCC. Modos de adquisición. Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. No es necesaria la tradición, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre, o cuando el que la

Si bien tal exigencia no se encontraba prevista en el Código Civil y no la encontramos actualmente en el CCC, un sector de la doctrina demandaba la existencia de dos actos jurídicos distintos, uno por el cual el enajenante transfiere la posesión en favor del adquirente (*v.gr.*: contrato de compraventa) y otro por el cual se justifique la ocupación de esta por aquel (*v.gr.*: contrato de locación, comodato, etc.).

La doctrina no fue pacífica en este aspecto, existiendo dos posturas antagónicas.

III.1. Doctrina. Distintas posturas

La cuestión se remonta a las diferencias existentes en las doctrinas de Savigny y Ihering.

Tal como lo sintetiza Salvat, para Savigny el *constituto posesorio* podía resultar: Ya sea de una cláusula expresa, en virtud de la cual el antiguo poseedor se constituyera en poseedor a nombre del adquirente y, por consiguiente, en tenedor de la cosa, o ya sea de la existencia de otros actos jurídicos (*v.gr.*: si al vender o donar un fundo, el vendedor o donante continuaba como locatario) (23).

Mientras que Ihering sostiene que este caso supone dos actos jurídicos: El primero, encaminado a la transmisión de la propiedad (venta, donación), y el segundo, al abandono del uso de la cosa, al mantenimiento de la cosa por quien transmitió la propiedad "entre sus manos, en su interés: arrendamiento, reserva de usufructo" (24).

Salvat adoptó la segunda de estas posturas, y sostuvo que era la que debía prevalecer y observarse en la aplicación del art. 2462, inc. 3º del CC: "1º porque toda transformación de la naturaleza de una relación posesoria sea que la detención se convierta en posesión, sea que la posesión pase a la categoría de detención, exige siempre la intervención de un título adecuado (arg. art. 2353); 2º porque si bastase la simple estipulación de que el enajenante se constituye en poseedor a nombre del adquirente, el *constituto posesorio* estaría en abierta contradicción con la regla que la sola declaración del *tradente* de darse por desposeído, no suple las formas legales de la tradición, es decir, los actos materiales de entrega y recepción de la cosa (arg. arts. 2377 y 2378); (...) 3º porque en salvaguardia de los derechos de terceros, la ley no podía dejar librada a una simple estipulación de las partes la existencia de un *constituto posesorio*; la necesidad del contrato y el requisito de la fecha cierta del instru-

mento privado, constituyen una eficaz garantía de los derechos y basta para reducir en gran parte los peligros del *constituto posesorio*" (25).

En la misma línea se ubican Mariani de Vidal (26), Jorge H. Alterini (27), Leandro S. Picado (28), entre otros.

Por su parte, en la postura contraria se enrolan autores como Lafaille, Borda, Spota, Moisset de Espanés y Ventura.

Lafaille expresa que el razonamiento de Ihering, de alto interés para el comentario del Corpus Iuris, en cuanto exige el concurso de dos actos jurídicos, perfectamente deslindados y con plena prueba, "no lo es tanto para nosotros, por no tratarse de un modelo que Vélez tuvo a la vista a diferencia de lo que ocurrió con su ilustre contrincante" (29), en referencia a Savigny. En sentido coincidente se expresa Spota, en cuanto a que la fuente del Código Civil en esta materia la constituyen las enseñanzas de Savigny, y entiende que esa es la doctrina que debe prevalecer (30).

Borda sostiene que *la formalización de la prueba de otro contrato es una exigencia que no está en la ley ni en la lógica*, y que incluso puede ocurrir que no se celebre ningún contrato entre el adquirente y el enajenante, y que este permanezca, por ejemplo, a título de *cuidador* o *tenedor precario*. Categóricamente, expresa: "(...) no tenemos la menor duda de que basta que en la escritura de enajenación se reconozca por el transmitente que continua a título precario y a nombre del adquirente, para que éste la adquiera legítimamente. Más aún, nos parece indudable que basta el simple contrato de compraventa, con la declaración de la fecha en la cual el contrato empieza a hacerse efectivo entre las partes, para que en esa fecha se tenga por transmitida la posesión" (31).

Moisset de Espanés y Ventura entendieron asimismo que la exigencia de un acto separado de manifestación de voluntad estableciendo el *constituto posesorio*, y que ese acto separado no pueda constar en una cláusula en el mismo contrato de enajenación sino en un documento independiente, "constituye, sin duda alguna, un exceso en la interpretación de las mencionadas normas" (32) (en referencia a los arts. 2462, inc. 3º y 2378 del CC). Sostienen que la exteriorización posesoria, efectuada por hechos materiales del traspaso de la posesión, es una exigencia establecida solo como defensa de intereses ajenos al contrato, pero no para regular la relación entre las propias partes (33). De esta mane-

Napoléon, d'après lequel tout acte translatif de propriété la transfère indépendamment de la tradition, on doit attacher aux actes de cette nature, un effet analogue à celui du constitut possessoire proprement dit, en ce sens que l'ancien propriétaire, quoique n'ayant point encore livré la chose par lui aliénée, cesse, par le fait même de l'aliénation, de la posséder pour son propre compte, et ne la détient plus que pour le compte du nouveau propriétaire".

(17) DEMOLOMBE, C., "Cours de Code Napoléon", t. XXIV, "Traité des contrats ou des obligations...", ob. cit., p. 400: "Le principe de notre ancien droit français était bien, il est vrai, conformément au droit romain, que la convention n'était point, par elle-même, translatrice de propriété, et qu'il fallait, en outre, la tradition; mais ce principe avait été singulièrement éternué, dans la pratique; on se contentait de la tradition feinte; c'est-à-dire que l'on insérait dans les contrats, et notamment dans les contrats de vente, une clause par laquelle le vendeur déclarait se dessaisir de la possession de la chose pour en saisir l'acheteur; l'acheteur, de son côté, s'en déclarait saisi; et cette clause de dessaisine-saisine, qui était devenue de style, opérait la tradition fictive, qui tenait lieu de la tradition réelle, et

poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa.

(23) Cfr. SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales", Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1927, tomo I, p. 89.

(24) IHERING, "La voluntad en la posesión", versión española de Adolfo Posada, Imprenta de la Revista de legislación, Madrid, 1910, p. 183.

(25) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales", ob. cit., tomo I, ps. 89/90.

(26) MARIANI DE VIDAL, Marina, comentario al art. 2462 del Código Civil en BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1997, tomo V, Derechos Reales, ps. 245/246.

(27) ALTERINI, Jorge H., comentario al art. 2462 del

Código Civil en LLAMBIAS, Jorge Joaquín - ALTERINI, Jorge H., "Código Civil anotado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, tomo IV-A, Derechos Reales, p. 214.

(28) PICADO, Leandro S., comentario al art. 2462 del Código Civil en KIPER, Claudio (Director), "Código Civil comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, tomo I, 1ª ed., Derechos Reales, ps. 453/454.

(29) LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los Derechos Reales", Ediar, Buenos Aires, 1943, vol. I, p. 210, nota nº 67.

(30) SPOTA, Alberto G., "El constituto posesorio en nuestro derecho", JA, 52-614.

(31) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales", Editorial Perrot, Buenos Aires, 1978, tomo I, segunda edición actualizada y ampliada, ps. 106/107.

(32) MOISSET DE ESPANÉS, Luis - VENTURA, Gabriel B., "Tradiciones escriturarias", Zeus, T. 40, J-50.

(33) MOISSET DE ESPANÉS, Luis - VENTURA, Gabriel B., "Tradiciones escriturarias", ob. cit. Así, expresan que: "Si una de ellas manifiesta de manera expresa que ha entregado la posesión de la cosa, y luego se advierte que sigue en la misma situación de hecho, esa relación fáctica no puede ser más que de mera tenencia, en

ra, postulan que, entre partes tenía plena vigencia el art. 2462, inc. 3º del CC, siempre que esa circunstancia no perjudique a terceros y que en el momento de efectuarse la declaración el que entregaba la posesión estuviese efectivamente en dicha relación real con la cosa (34).

III.2. Justificación

Ambas posturas persiguen justificar la publicidad en el cambio.

La tradición cumple una función constitutiva y una función publicitaria (35). El traspaso material exterioriza el cambio, tornándolo oponible a los terceros a quienes otorga la posibilidad de conocer cuál es la situación jurídica real de la cosa. La publicidad posesoria es publicidad suficiente, de acuerdo con la disposición del segundo párrafo del art. 1893 del CCC.

En esta figura del *constituto posesorio* no se produce una modificación en la situación externa de la cosa, pues frente a terceros continúa en poder de su anterior poseedor, quien se ha desprendido de ella en favor del adquirente y ha conservado su mera detentación material.

Alguna doctrina y jurisprudencia exigía este segundo instrumento, separado e independiente para acreditar el *constituto posesorio*, justificando la tenencia de la cosa por su anterior poseedor, a los fines de aventar los peligros derivados de la ausencia de publicidad en el cambio, evitando simulaciones y previniendo los perjuicios que ello pudiera producir en los derechos de terceros interesados y de buena fe.

Así surge de la postura de Salvat, cuya opinión hemos transcrito *supra* y que reiteramos en lo pertinente: "(...) la necesidad del contrato y el requisito de la fecha cierta del instrumento privado, constituyen una eficaz garantía de los derechos y basta para reducir en gran parte los peligros del *constituto posesorio*" (36).

Mariani de Vidal expresa: "La institución es mirada con resquemor porque, aun sin desconocerse sus indudables ventajas prácticas, puede dar lugar a simulaciones y fraudes por la falta de publicidad del cambio" (37).

Por su parte, señala Kiper: "A fin de evitar maniobras ocultas o fraudulentas en perjuicio de los derechos de terceros, toda vez que estos pueden ignorar los cambios operados, debido a la ausencia de publicidad, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria requieren (...) la concurrencia de dos actos jurídicos distintos e independientes (...)" (38). En idéntico sentido, Leandro S. Picado (39).

De esta manera, el único justificativo de esta exigencia doctrinaria y jurisprudencial fue la ausencia de publicidad, y tuvo por finalidad la protección de los derechos de terceros. Y es en este punto que nos interesa señalar dos cuestiones.

Por un lado, compartimos la opinión de Moisset de Espanés y Ventura en cuanto expresan que, entre partes, la declaración escrituraria de darse por desposeído el anterior propietario, reconociendo la posesión en el adquirente, tiene el efecto del *constituto posesorio* y no es menester el cumplimiento de ninguna otra formalidad además del acto de enajenación (40). La exigencia tiene en miras la protección de los terceros interesados, pero entre partes debe atenderse al principio de la buena fe (art. 9º, CCC) y a la doctrina de los actos propios, por lo que el transmitente no puede negar que es un simple tenedor de la cosa, ni arrogarse por ello una posesión (41).

Por otro lado, si lo que se busca a través de esta exigencia es proteger a los terceros frente a los peligros derivados de la ausencia de publicidad, debemos analizar qué se entiende por publicidad.

En este punto, el art. 1893 del CCC dispone expresamente: "La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso". El Código exige, a los fines de la oponibilidad frente a los terceros interesados y de buena fe, *publicidad suficiente*. Y entiende por *publicidad suficiente* a la *inscripción registral* o la *posesión*.

Y he aquí la diferencia sustancial según se trate de *cosas muebles no registrables* o *inmuebles o muebles registrables*.

Tratándose de cosas muebles no registrables, dada la función publicitaria que cumple la tradición, de allí que la falta de actos materiales de traspaso justifica la acreditación del *constituto posesorio* mediante un instrumento adicional (contrato de locación, usufructo, comodato, etc.), en virtud de la ausencia de publicidad en el cambio.

Pero la cuestión difiere sustancialmente tratándose de cosas registrables.

IV. La cuestión en materia de cosas registrables

En materia de *cosas registrables*, ya se trate de bienes muebles o inmuebles, la publicidad se concreta a través de la inscripción en el Registro (42). *La inscripción registral es publicidad suficiente, y otorga oponibili-*

dad frente a terceros interesados y de buena fe, de acuerdo con el art. 1893, segundo párrafo del CCC.

Los peligros que han llevado a la interpretación restrictiva de la figura del *constituto posesorio*, exigiendo este segundo acto jurídico, han quedado reducidos, entonces, a los supuestos de cosas no registrables. Borda ya señalaba que estos peligros de simulación de actos en perjuicio de terceros se pusieron de manifiesto tratándose de cosas muebles y el ganado (43).

Ergo, resulta indispensable que aquella exigencia que históricamente sostuvo cierta doctrina y jurisprudencia, en torno a la acreditación del *constituto posesorio*, sea interpretada coherentemente, y hoy es superada por la interpretación correcta: no es menester un instrumento adicional para acreditar la tradición, cuando la cosa es registrable. En el caso de bienes inmuebles, a partir de la reforma introducida por la ley 17.711 al art. 2505 del derogado Código Civil, la sanción de la ley 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble y la disposición expresa del art. 1893 segundo párrafo del CCC actualmente vigente, *la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble constituye publicidad suficiente*.

IV.1. Bienes inmuebles. Publicidad suficiente

En materia de transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, se reconocen dos momentos o estadios: en el primero de ellos, el derecho se adquiere mediando título y modo suficientes; en el segundo, se procede a la publicidad registral, mediante la inscripción del título en el Registro de la Propiedad Inmueble (44).

El art. 2505 del CC, reformado por la ley 17.711, disponía de manera expresa que: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

Concordantemente, la ley 17.801 dispone que en los Registros de la Propiedad Inmueble existentes en cada provincia y en la Capital Federal, se inscribirán o anotarán, para su *publicidad, oponibilidad a terceros* y demás previsiones de dicha ley, los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles (art. 2º, inc. a). La norma se vincula con la disposición del art. 20 de la misma ley, que dispone que las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizando y los tes-

tigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado. De esta manera, los protagonistas del acto no pueden ignorar la existencia del derecho real. Y frente a terceros, la posibilidad de conocimiento de la situación jurídica real se logra a través de la inscripción (45).

En nuestro sistema, para los inmuebles, *la inscripción registral tiene efectos declarativos, al solo efecto de que el acto jurídico inscripto resulte oponible a terceros* (46). Es decir que el derecho real "nace fuera del Registro" y se torna oponible frente a los terceros interesados y de buena fe con su inscripción.

La inscripción del título en el Registro es *publicidad suficiente* (art. 1893, segundo párrafo, CCC), y permite a los terceros conocer cuál es la situación jurídica del inmueble.

IV.2. La doctrina a partir de la reforma

Resulta evidente, entonces, que a partir de la reforma introducida por la ley 17.711 en el art. 2505 del CC, la sanción de la ley 17.801 de Registro de la Propiedad Inmueble y la norma expresa del art. 1893 segundo párrafo del CCC en cuanto considera *publicidad suficiente* a la inscripción registral, la exigencia doctrinaria de un acto jurídico distinto e independiente que acredite el *constituto posesorio* no es necesaria.

Y así lo ha entendido la doctrina. Musto y Kiper lo manifestaron de manera concluyente.

Musto ha señalado respecto del *constituto posesorio* que: "Al igual que en el caso de la *traditio brevi manu*, los peligros de la falta de tradición pierden importancia en los derechos sobre inmuebles que requieren, para su oponibilidad, la inscripción en el registro" (47).

Con igual énfasis, Kiper: "(...) a partir de la reforma introducida por la ley 17.711 al art. 2505 del CC, y la consecuente sanción de la ley 17.801, este problema no existe respecto de cosas inmuebles, ya que la publicidad de la transmisión o constitución de derechos reales se lleva a cabo por la inscripción en el registro del acto jurídico correspondiente" (48).

Nótese los categóricos términos empleados por los autores citados, en cuanto a que los problemas vinculados a la ausencia de publicidad "pierden importancia" (Musto) y "no existen" (Kiper) tratándose de bienes inmuebles.

Incluso, es de notar que Lafaille lo puso de manifiesto ya en el año 1943, al sostener que: "La creación de los registros corrige

atención a su declaración de cambio en el ánimo posesorio inserta en un instrumento público, cuyo contenido debe ser tenido por cierto atento a ese carácter. Al venderse y afirmarse en la escritura de venta que se ha entregado la posesión, con ello se está tácitamente efectuando un *constituto posesorio*, si se continúa luego en relación de hecho con la cosa vendida (artículo 2462, inciso 3). No es necesaria una declaración formal que estipule o establezca el *constituto posesorio*, y mucho menos será menester un documento separado, distinto del acto de transmisión".

(34) MOISSET DE ESPANÉS, Luis - VENTURA, Gabriel B., "Tradición escrituraria", ob. cit.

(35) Cfr. KIPER, Claudio M., comentario al art. 1893 del CCC en LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, tomo IX, 1ª edición, p. 42.

(36) SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Derechos Reales", ob. cit., p. 90.

(37) MARIANI DE VIDAL, Marina, comentario al art. 2462 del Código Civil en BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", ob. cit., p. 246.

(38) KIPER, Claudio M., comentario al art. 1893 del CCC en LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., p. 39.

(39) PICADO, Leandro S., comentario al art. 2462 del Código Civil en KIPER, Claudio (Director), "Código Civil comentado", ob. cit., p. 454.

(40) MOISSET DE ESPANÉS, Luis - VENTURA, Gabriel B., "Tradición escrituraria", ob. cit. Asimismo, en la vigencia del CCC, y en el entendimiento que el art. 1924 CCC admite la plena eficacia de la sola declaración entre las partes del contrato, ha señalado VENTURA que: "(...) la mera declaración de las partes tiene ahora plenos efectos entre ellas, por lo que no podrá luego el transmitente negar que es un sim-

ple tenedor de la cosa, ni arrogarse por ello una posesión. Si se mantiene ocupando el inmueble transferido, se habrá transformado en tenedor por *constituto posesorio*" (art. 1923 del CCyC). Entre partes pues, el adquirente se transformó en propietario por la tradición a pesar de no haber existido el traspaso material del objeto del negocio" (VENTURA, Gabriel B., "Las defensas posesorias en el Código Civil y Comercial". LA LEY, 2015-E, 1190. Cita La Ley Online: LALEY AR/DOC/3159/2015).

(41) VENTURA, Gabriel B., "Las defensas posesorias en el Código Civil y Comercial", ob. cit.

(42) KIPER, Claudio M., comentario al art. 1893 del CCC en LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., p. 42.

(43) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales", ob. cit., p. 107.

(44) GURFINKEL DE WENDY, Lilitan N., comentario al art. 1893 del CCC en RIVERA, Julio César - MEDINA,

Graciela (Directores), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Bs. As., 2014, tomo V, ps. 235/236.

(45) ANDORNO, Luis O. - MARCOLIN DE ANDORNO, Marta, "Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801. Comentada. Anotada", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 2ª ed. corregida, actualizada y ampliada, p. 350.

(46) KIPER, Claudio M., comentario al art. 1893 del CCC en LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., p. 44.

(47) MUSTO, Néstor Jorge, "Derechos reales", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007, tomo I, 1ª reimpresión, p. 211.

(48) KIPER, Claudio M., comentario al art. 2462 CC en ZANNONI, Eduardo A. (Director), KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), "Código Civil y leyes complementarias", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, tomo X, p. 472.

estos inconvenientes, muy reducidos ya, cuando se aplica —siquiera en sus líneas generales— el concepto objetivo de la posesión” (49).

En esta línea, Valdés y Orchansky sostuvieron que las críticas a las formas abreviadas de tradición resultan “exageradas” tratándose de bienes inmuebles, por cuanto el instrumento público y la inscripción es “medio de publicidad mejor que la entrega misma” y que “el sistema de la inscripción excluye absolutamente el problema” (50).

Y es, nuevamente, categórico Borda al expresar que, si lo que se procura con la exigencia de un segundo contrato es proteger a terceros, ese segundo contrato resulta “innocuo” porque, dado que no se registra, no tiene efecto como publicidad respecto de terceros, además de ser *fácilmente simulable* (51). Compartimos plenamente su entendimiento. Si en materia de bienes inmuebles la inscripción del título en el Registro otorga publicidad suficiente frente a los terceros, carece de toda lógica exigir la formalización de un segundo contrato en cuanto: (i) no hay peligros de falta de publicidad; y (ii) este segundo contrato carece de efectos publicitarios.

Asimismo, incluso autores que pregonan una interpretación restrictiva de la figura lo hacen tratándose de cosas no registrables, y son contestes en este razonamiento tratándose de su aplicación en materia de bienes inmuebles: La inscripción registral es publicidad suficiente y no se justifica un instrumento adicional.

Así surge de la cita de Kiper quien, no obstante expresar que el *constituto posesorio* debe ser de interpretación restrictiva (52), al analizar los alcances de la exigencia señala su verdadera interpretación en materia de bienes inmuebles a partir de las leyes 17.711 y 17.801 (53).

Leandro S. Picado, por su parte, si bien al comentar el art. 2462, inc. 3º del CC es de la opinión que la figura debe interpretarse restrictivamente, al analizar el art. 2505 del CC señala: “(...) este recaudo [la inscripción del título en el Registro] tiende a proteger a las personas que desconocen, por falta de la debida publicidad, la verdadera situación jurídica de los bienes, persiguiéndose además la protección de la confianza, con la finalidad de garantizar la seguridad y la agilidad del tráfico jurídico y, especialmente, del intercambio de bienes y servicios” (54). En-

tendemos entonces que, si la inscripción tiende a proteger a los terceros ante la falta de publicidad y les permite conocer la verdadera situación jurídica de los bienes, obvio es concluir que no se justifica ninguna exigencia adicional.

Si, como hemos expuesto, la finalidad que la doctrina y la jurisprudencia persiguieron con la exigencia de un instrumento distinto e independiente que justificara la tenencia de la cosa por su anterior poseedor, fue la protección de los terceros frente a los peligros derivados de la ausencia de publicidad en el cambio, debe tenerse en cuenta que dicha protección se logra, tratándose de cosas registrables y especialmente de bienes inmuebles, con la inscripción en el Registro.

Por ende, los peligros que se pretenden conjurar desaparecen tratándose de bienes inmuebles mediante inscripción del respectivo título en el Registro, pues no hay peligro derivado de la ausencia de publicidad. Por el contrario, hay *publicidad suficiente*.

Idéntico razonamiento encontramos en el derecho francés. Planiol y Ripert, analizando el valor de la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento en el Código Civil francés señalaron que, si bien fue un verdadero progreso jurídico, el desarrollo del comercio jurídico hizo que surgiera la preocupación de la protección de los terceros, pues siendo el derecho real oponible a todo el mundo, conviene prevenir a esos terceros en cuanto a la creación y transmisión de esos derechos (55). Expresaron: “Las formas necesarias para la transmisión constituyen una publicidad grosera e imperfecta, pero son superiores al secreto del acto privado. En cuanto a los muebles corporales, la transmisión de la propiedad casi siempre va acompañada de la transmisión de la posesión ya que, separada de la posesión es singularmente frágil la propiedad de los muebles, ya que esa posesión puede transformarse en propiedad. En cuanto a los inmuebles, fue necesario imaginar una publicidad por la transcripción del acto en los registros públicos” (56).

V. Concurso o quiebra del enajenante

Esta es la correcta interpretación, tanto *in bonis* como en caso de concurso o quiebra del enajenante.

Mediando título y modo suficientes (art. 1892 primer párrafo CCC), el comprador adquiere la propiedad de la cosa,

que sale del patrimonio del enajenante aun cuando este conserve un mero poder de hecho sobre la misma, su detentación material (art. 1910, CCC). Empleando términos acuñados por Ventura (57), aquél es titular *cartular o instrumental*, en tanto la compraventa se haya instrumentado apropiadamente, respetando las formas establecidas por la ley (escritura pública, art. 1017, inc. a), CCC); es asimismo titular *real*, pues tiene efectivamente el derecho real que pretende, en tanto ostenta un título idóneo y se ha producido el modo apropiado sobre la cosa, pues el comprador se transformó en propietario por la tradición a pesar de no haber existido entrega material de la cosa (58) (art. 1892, tercer párrafo, CCC); y, finalmente, mediando inscripción del título en el Registro, que dota a la adquisición del derecho real de *publicidad suficiente y oponibilidad* frente a terceros interesados y de buena fe (art. 1893 segundo párrafo CCC), será su titular *registral*.

Reiteramos, el enajenante no puede negar que es un simple tenedor de la cosa, ni arrogarse por ello una posesión, atento la declaración inserta en un instrumento público cuyo contenido debe ser tenido por cierto (59). En virtud del reconocimiento de la plena eficacia de la declaración entre partes que hace el art. 1924 del CCC, se produce el efecto traslativo entre las partes (60). Y frente a terceros, la inscripción en el Registro ha dotado al acto de publicidad suficiente.

Por consiguiente, también en caso de concurso o quiebra del enajenante, como sostiene Messineo, el adquirente tiene derecho a reclamar la entrega de la cosa, la restitución de su tenencia (61).

VI. Conclusión

La exigencia de un segundo acto históricamente sostenida por cierta doctrina es desechada a partir de la creación de los Registros de la Propiedad Inmueble.

La tradición tiene una función publicitaria, y solo es exigible un instrumento adicional en el caso de las cosas muebles no registrables, para justificar su ocupación por el tenedor.

Pero ello no es aplicable a las *cosas registrables*, y especialmente *bienes inmuebles*, donde la publicidad se concreta a través de la inscripción en el Registro.

La *publicidad* ha sido definida, en sentido amplio, como una actividad dirigida

a hacer notorio un hecho, una situación o una relación jurídica, y específicamente en materia de derechos reales como la actividad dirigida a hacer cognoscible una situación jurídica real y que persigue como finalidad primordial la protección del crédito y la seguridad del tráfico jurídico (62).

Asimismo, el término *suficiente* es definido por el Diccionario de la Real Academia Española (R.A.E.) como *bastante para lo que se necesita* (63), *apto o idóneo* (64).

La inscripción del título en el Registro es, pues, “bastante para lo que se necesita”, y para lo que se necesita es para hacer cognoscible la situación jurídica real, protegiendo la seguridad del tráfico y poniendo a salvo los derechos de los terceros interesados y de buena fe, a quienes la adquisición o transmisión del derecho real les resultará oponible.

Aquella exigencia no puede, entonces, ser interpretada aisladamente. En primer lugar, la misma no surge ni de la letra ni del espíritu del art. 1892 tercer párrafo del CCC, como así tampoco surgía del art. 2462, inc. 3º del CC. En segundo lugar, si por vía de interpretación se la va a requerir, la misma no puede perder de vista las restantes disposiciones del ordenamiento que establecen lo que debe entenderse por *publicidad suficiente* a los fines de la oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

Si la acreditación de un segundo acto jurídico se va a exigir en virtud de los peligros de la ausencia de publicidad, esta exigencia carece de razón de ser en materia de transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles mediando inscripción del respectivo título en el Registro. Pues *la inscripción registral es publicidad suficiente*.

En consecuencia, con el título inscripto, el adquirente puede reclamar, en cumplimiento del contrato de compraventa, pues pesa sobre el enajenante una obligación de dar para restituir la cosa a su dueño (art. 759, CCC, norma que contempla todos los casos en los que, por la razón que sea, una persona deba restituirla a su dueño) (65). La devolución (entrega) de la cosa que ahora se tiene a título de tenedor, tanto *in bonis*, cuanto en cualquiera de las situaciones concursales (preventiva o quiebra) (66) es la restitución de su tenencia.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2630/2021

(49) LAFAILLE, Héctor, “Tratado de los Derechos Reales”, ob. cit., p. 210.

(50) VALDÉS, Horacio - ORCHANSKY, Benito, “Lecciones de Derechos Reales”, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, tomo I, p. 81.

(51) BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales”, ob. cit., p. 107.

(52) KIPER, Claudio M., comentario al art. 1892 del CCC en LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., ps. 39/40.

(53) KIPER, Claudio M., comentario al art. 2462 CC en ZANNONI, Eduardo A. (Director), KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Coordinadora), “Código Civil y leyes complementarias”, op. cit., p. 472.

(54) PICADO, Leandro S., comentario al art. 2462 del Código Civil en KIPER, Claudio (Director), “Código Civil comentado”, ob. cit., p. 607.

(55) PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, “Tratado práctico de derecho civil francés”, ob. cit., tomo III, p. 540.

(56) PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, “Tratado práctico de derecho civil francés”, ob. cit., tomo III, ps. 540/541.

(57) VENTURA, Gabriel B., comentario al art. 1892 CCC en BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, ob. cit.,

ps. 71/72.

(58) VENTURA, Gabriel B., “Las defensas posesorias en el Código Civil y Comercial”, ob. cit.

(59) MOISSET DE ESPANÉS - Luis, VENTURA, Gabriel B., “Tradición escrituraria”, ob. cit.

(60) VENTURA, Gabriel B., comentario al art. 1892 CCC en BUERES, Alberto J., “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, ob. cit., ps. 77 y 81.

(61) MESSINEO, Francesco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, ob. cit., p. 501.

(62) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Publicidad registral”, 3ª edición, Zavalía, Buenos Aires, 2003, ps. 83/84; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “La publicidad de los derechos reales en el derecho argentino, antes y después de la ley 17.801”, Instituto de Derecho Registral, Apartado del Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXXVI - enero-junio 1972 - N° 1-2, Córdoba, 1973, p. 4.

(63) www.dle.rae.es. 1. adj. Bastante para lo que se necesita.

(64) www.dle.rae.es. 2. adj. Apto o idóneo.

(65) Art. 759 CCC. Regla general. En la obligación de dar para restituir, el deudor debe entregar la cosa al acreedor, quien por su parte puede exigirla. OSSOLA, Federico A., comentario al art. 759 CCC en LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), “Código Civil y Comercial

de la Nación comentado”, ob. cit., tomo V, p. 103.

(66) MESSINEO, Francesco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, ob. cit., p. 501. En el derecho argentino, la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 (LCQ) regula la restitución de bienes de terceros en los arts. 138 y 188. La primera de estas normas dispone que: “Cuando existan en poder del fallido bienes que le hubieren sido entregados por título no destinado a transferirle el dominio, los terceros que tuvieren derecho a la restitución pueden solicitarla, previa acreditación de su derecho conforme con el Artículo 188. Se incluyen en esta norma los bienes obtenidos de la transformación de productos elaborados por los sistemas denominados ‘a maquila’, cuando la contratación conste en registros públicos” (art. 138 primer párrafo LCQ). Por su parte, el art. 188 LCQ establece que: “Después de declarada la quiebra y antes de haberse producido la enajenación del bien, los interesados pueden requerir la restitución a que se refiere el Artículo 138” (art. 188 primer párrafo LCQ). Cfr. RIVERA, Julio César - ROITMAN, Horacio - VÍTOLO, Daniel Roque, “Ley de Concursos y Quiebras”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, tomo III, cuarta edición actualizada, p. 557. En este sentido, se ha resuelto en la jurisprudencia que, en el caso de una cosa inmueble vendida por la fallida (con anterioridad a la quiebra), en la que conservó la tenencia de la misma, la pró-

rroga solicitada para permanecer en el inmueble fue considerada como “un supuesto atípico de *traditio brevi manu* (art. 2387 *in fine*, Cód. Civ.), pues el vendedor, a partir de haber enajenado el bien, principió a poseerlo a nombre del adquirente; en consecuencia, cuadra atribuir al adquirente legitimación para pretender la entrega del bien aludido frente a la fallida, por haber sido tenido por ésta por título no destinado a atribuirle el dominio (CNCom., Sala D, 31/03/1981, “Crédito Alberdi Soc. Créd.”, ED, 94-311). Se ha resuelto, asimismo, que los arts. 138 y 188 LCQ son de aplicación aun en caso de concurso preventivo: “Por lo pronto, conservando el deudor en concurso preventivo el derecho a administrar su patrimonio bajo la vigilancia del síndico, la restitución puede proceder sin necesidad de la previa autorización del juez. Es decir, que el tercero que pretende la restitución puede formular directamente su reclamo al deudor. Pero, si el deudor se resiste, entonces el tercero tiene que hacer valer su reclamo en el concurso, aplicándose, por analogía, el procedimiento previsto por los artículos 138 y 188 de la LCQ, con intervención obligada tanto del síndico como del propio deudor” (CNCom., Sala E, 18/03/2004, “Bonesi SA s/ concurso preventivo s/ incidente de restitución de bienes por Standard Bank Argentina SA”).

Proceso colectivo

Emergencia sanitaria. Incumplimiento del servicio de transporte aéreo. Asociación de consumidores. Defensa de los derechos de quienes no participaron en el pleito. Acuerdo transaccional. Homologación.

1. - Debe homologarse el convenio celebrado entre una empresa de líneas aéreas y una asociación de consumidores consistente en el mantenimiento del *voucher* o en un cambio de pasajes, porque propone dar una solución al incumplimiento acorde con la situación ajena e imprevisible para el deudor —pandemia—, teniendo en cuenta, además, los efectos derivados del suceso inevitable que se prolongaron en el tiempo, de modo tal que asegure el cumplimiento de la prestación pendiente sin poner en riesgo la subsistencia del proveedor en crisis por aquella situación ajena a su diligencia.
2. - El otorgamiento de un *voucher* representativo del valor nominal a computarse en el precio final del pasaje al momento de su efectiva prestación, se presenta claramente inequitativo. Esta única solución propuesta *prima facie* ha soslayado cualquier clase de consenso; por el contrario, ha sorprendido al pasajero con una cláusula inexistente en el contrato originario, que solo tiene en cuenta la situación de la empresa derivada de la pandemia, y cuya posibilidad de cuestionamiento siempre se torna engorrosa para el usuario que tiene que emprender el some-

timiento a los cánones de organización de la empresa, sin margen para imponer la propia.

3. - Las consecuencias del tedioso derrotero que para el consumidor generan los reclamos frente al proveedor es una experiencia recabada a lo largo de décadas y, que, de hecho, ha tenido en cuenta el legislador para inspirar la tésis de la tutela consumeril.
4. - La Asociación de Consumidores actora agregó a su normal ejercicio defensivo, un análisis del potencial efecto negativo que una postura rígida podría significar; no solo para lograr el cumplimiento efectivo del contrato, sino, además, por el desvalor que para la economía social provocaría un ejemplo de falta de empatía de los acreedores en los contratos incumplidos como consecuencia de la pandemia. Se erigió así la necesidad de negociar poniendo en consideración la especial contingencia de afectación nacional e internacional, no solo para el beneficio exclusivo de la “clase”, sino de la sociedad en su conjunto, siguiendo siempre el fin último de la Asociación, cual es, contribuir al bienestar general.
5. - La circunstancia de que el legitimado colectivo actúe en soledad, disponiendo sobre el derecho de los afectados y sin estar investido del vínculo especial propio del mandato, sin dudas propicia la desconfianza de los titulares del bien jurídico afectado que no han participado en el pleito. Paritiendo de esta deducción propia de

las máximas de la experiencia, es obvio que esta susceptibilidad tiende a profundizarse frente a la culminación del proceso por el modo anormal de la transacción.

6. - Es razonable la hesitación que para los implicados ausentes puede generar la culminación de un pleito por acuerdo sin que medie un proceso investigativo lo suficientemente profundo como para determinar el grado de responsabilidad o la cuantía de los menoscabos, dejando además a salvo la posibilidad de que el accionante colectivo haya cedido en el grado de exigencia requerible para evitar mayores daños futuros, o sacrificado una porción de los derechos lesionados, ya sea en su dimensión preventiva, cualitativa o cuantitativa.
7. - Si a las características comunes a todo proceso colectivo se le suma el pronto cierre del pleito mediante una transacción que siempre supone el sacrificio mutuo de pretensiones, parece razonable que las personas afectadas que no estuvieron presentes en el juicio experimenten una sensación de suspicacia. Y ello, no solo por la eventual falta de conocimiento del representante atípico sobre los derechos especialmente lesionados, o por su impericia a la hora de negociar, sino hasta por la sospecha de colusión.
8. - La acción colectiva es una herramienta de amparo al individuo, que procura optimizar su poder de negociación a partir de la congregación de intere-

ses homogéneos; es decir, de un grupo de personas que ha sufrido análoga lesión en situación de desigualdad con el proveedor del producto o servicio contratado. En estas condiciones, la gestión extrajudicial o judicial del representante atípico no admite un resultado más perjudicial al que se hubiese obtenido en la actuación individual de uno de los miembros del grupo, en tanto se trate de la misma causa que se invoque en el proceso colectivo.

9. - Una acción colectiva rechazada sería un antecedente que pone en riesgo la pérdida del derecho de la totalidad de los miembros de la “clase” que hayan participado del juicio, de una sola vez.
10. - Resulta indispensable garantizar el debido proceso de los sujetos que no participaron personalmente del pleito, lo cual, irremediamente depende de la tarea que despliegue el representante colectivo, y la aplicación de cada una de las condiciones que hacen a la “clave colectiva”.

JCiv. y Com. 51a Nom., Córdoba, 17/06/2021. - Acción y Defensa del Consumidor e Inquilino - Asociación Civil c. FB Líneas Aéreas S.A. s/ Acción colectiva abreviado.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96537/2021]

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

Transacción de procesos colectivos de consumo



Franco Raschetti

Abogado graduado con Diploma de Honor (UCA, Derecho Rosario); especialista en Derecho de Daños (UCA, Derecho Rosario); Profesor Asistente Interino de Contratos Parte General, Contratos Parte Especial y Derecho del Consumidor y del Usuario (UCA, Derecho Rosario); Doctorando en Derecho (tesis doctoral presentada, UCA).

SUMARIO: I. El art. 54 de la ley 24.240.— II. De la transacción.— III. El rol del juez ante la transacción de procesos colectivos.— IV. Aspectos para valorar en relación con un acuerdo transaccional vinculado a un proceso colectivo.— V. La facultad del *opt out* y la acción individual del consumidor. Prescripción y cosa juzgada.— VI. Honorarios profesionales y oponibilidad de la transacción a los fines regulatorios.— VII. A modo de colofón.

I. El art. 54 de la ley 24.240

El régimen del consumo se erige como uno de los pocos sistemas normativos que cuentan con una regulación específica en materia de acciones colectivas, que se refiere, en el art. 54 de la ley 24.240: a) Al procedimiento para arribar a un acuerdo o transacción (1) en este tipo de litigios; b) El alcance de la cosa juzgada; y c) El procedimiento para la determinación de la indemnización que corresponda a cada uno de los consumidores, en caso de que el juicio tenga contenido patrimonial (2).

En la materia que nos convoca, el primer párrafo del art. 54 —según ley 26.361 del año 2008— reza: “Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal,

salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso”.

Como se aprecia, el dispositivo legal apuntado disciplina algunos aspectos y “requisitos de validez” (3) de los acuerdos transaccionales en procesos colectivos, entendidos estos últimos como aquellos que tienen pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo, con una pretensión referida al aspecto común de los intereses

individuales homogéneos o bienes colectivos, y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes (4) o aquel sistema procesal en el cual una persona o un pequeño grupo de personas, pueden representar a un gran número de individuos, todos poseedores de un derecho o interés común (5). Es que un mismo acto —la causa fáctica/jurídica que lesiona de forma homogénea los intereses— genera beneficios concentrados para quien lo realiza y costos dispersos para los afectados y, entonces, lo incentiva a seguir actuando de tal manera y desincentiva los reclamos en su contra y, con ello, desincentiva la prevención de daños (6) de modo que el proceso colectivo viene a paliar, como herramienta procesal, este escenario desfavorable para los consumidores y usuarios.

En adición al art. 54 de la Ley de Defensa al Consumidor (LDC) memoramos que la Corte Suprema de la Nación ha dictado dos acordadas —32/2014 (7) y 12/2016— aplicables al fuero nacional y federal y que disciplinan aspectos centrales de los procesos colectivos con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal. En particular y en lo que aquí interesa, la acordada 12/2016 estipula en su punto IX bajo el título de “Resoluciones posteriores” que: “registrado el proceso, el magistrado deberá actualizar en el Registro toda la información que resulte relevante en la tramitación de la causa (...) deberán comunicarse las resoluciones que homologuen acuerdos, las sentencias definitivas y toda otra que, por la índole de sus efectos, justifique —a criterio del tribunal— la anotación dispuesta”.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La trascendencia de este modo de finalización del proceso no es novedosa y prueba de ello es que se hablara, en materia de litigación de derechos colectivos, de “world of settlement” conforme la conocida obra de Richard A. Nagareda, *Mass torts in a world of settlement*, University of Chicago Press, 2007.

(2) SÁENZ, Luis R. J., “Una acción colectiva en tutela de la gratuidad del deber de información”, El Derecho Diario del 13/05/2021, t. 291, Cita Online: ED-MC-CXLII-882.

(3) WAJNTRAUB, Javier H., “Régimen jurídico del consumidor comentado”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, p. 350.

(4) LORENZETTI, Ricardo L., “Justicia colectiva”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, p. 75.

(5) BIANCHI, Alberto B., “Control de constitucionalidad”, Ábaco, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 94.

(6) MAQUEDA FOURCADE, Santiago, “Economía de los procesos colectivos. El sistema de procesos colectivos como solución estatal a las fallas del mercado de procesos individuales”, LA LEY, 2018-B, 1051, Cita On-

line: TR LALEY AR/DOC/733/2018. A su turno, Cazaux enseña que un proceso colectivo resulta idóneo para que la demandada pueda ofrecer una solución auto compositiva del conflicto y por ende llegar a un acuerdo; asimismo, el monto a reclamar podría incentivar a los letrados patrocinantes y por último servir de alerta a las empresas para evitar incurrir en conductas reñidas con el ordenamiento jurídico (Cfr., CAZAUX, Diego H., “Análisis económico de los procesos colectivos en la Argentina”, JA del 22/05/2019, 3, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3878/2018).

(7) La acordada 32/2014, al crear el Registro Público de Procesos Colectivos radicados en los tribunales del Poder Judicial de la Nación, aclaró en su artículo 1 que involucraba a los procesos colectivos propiamente dichos, como a los referidos a intereses homogéneos múltiples. También delegó (artículo 4) en la Presidencia del Tribunal la facultad de dictar “todas las disposiciones complementarias y ejecutorias del reglamento que se aprueba”.

También ha de tenerse en cuenta la existencia de legislación provincial al respecto, por tratarse de normativa procesal, la cual en la distribución de competencias de Constitución Nacional (CN) ha quedado reservada en cabeza de las provincias como facultad no delegada (lectura conjunta de los arts. 75, inc. 12 y 121, CN) de modo que instamos al lector a que, reconociendo de que el tópico de los procesos colectivos no está legislado de modo uniforme en todas las provincias de nuestro país, indague en el ámbito competencial pertinente si se ha establecido una disciplina legal positiva a la temática. Por caso, podemos citar legislaciones específicas en materia de proceso de consumo como la ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires, la ley 7714 de la Provincia de San Juan, ley 6407 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o propias de la premática procesal como el Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero (ley 147) de Tierra del Fuego que destina un título específico (Título 10) a la “protección de los intereses colectivos o difusos”.

En suma, a partir del art. 54 de la LDC se puede colegir una adscripción en nuestro derecho a la posibilidad de acuerdos colectivos con amplio alcance y eficacia, aunque con una regulación escueta y no exhaustiva del tópico —quedando fuera, por caso, el tópico de la competencia (8)— en oposición a otras alternativas factibles como la de negar todo tipo de acuerdo colectivo por estar involucrado el orden público o su limitación a los acuerdos de cumplimiento o ajuste de conducta, como ocurre en Brasil o Colombia (9).

No obstante esta relevante regulación normativa, la materia de la transacción de procesos colectivos de consumo, en los que halla en juego la normativa indisponible y signada por un orden público económico de protección, lejos se halla de reconocer consensos amplios y extendidos de modo que intentaremos en las líneas que siguen desbrozar algunos de ellos para que lo verificado pueda ser, en su caso, de utilidad para quien deba eventualmente aplicar, interpretar o acudir al mentado modo de culminación del proceso.

II. De la transacción

Atinadamente se ha puesto de resalto que el análisis de la transacción en perspectiva de “teoría general del derecho” facilita la explicación y comprensión de su carácter bifronte en cuanto contrato y modo de resolución de controversias, tanto en el plano extrajudicial como judicial, siendo uno de los tantos negocios que da cuenta de la actuación de la autonomía privada en el campo procesal (10).

Tanto es así que incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha introducido una noción por demás interesante:

“si bien la transacción como contrato no puede perjudicar a terceros por aplicación del efecto relativo, desde el punto de vista procesal extingue el proceso, de modo que puede y cabe distinguir, por ello, los efectos sustantivos inoponibles, de los procesales oponibles, ya que se trata de un contrato con repercusiones procesales” (11).

De consuno con ello, en el presente acápite trataremos algunas nociones que hacen al mentado carácter bifronte de la transacción que luego tendrán incidencia para su aplicación en el campo de los procesos colectivos.

II.1. Como contrato extintivo de obligaciones

El art. 1641, emplazado en el Título propio de los “Contratos en particular” del Libro Tercero “Derechos personales”, indica que “la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”, de manera similar, conforme relata Calvo Costa, a como lo realizan otros ordenamientos jurídicos del derecho comparado que también la legislan como un contrato típico, como ser España (art. 1809), Italia (art. 1965), Uruguay (art. 2147), Francia (art. 2044) (12), Alemania (art. 779) o chileno (art. 2446).

Precisando dicho precepto, se trata de un contrato por el cual las partes, con el objeto de evitar una futura contienda judicial o concluir el litigio existente, renuncian a su pretensión, total o parcialmente, y reconocen los derechos que cada una tiene respecto de la otra, extinguiendo obligaciones dudosas, sobre las cuales existe incerteza sobre su contenido o extensión jurídica o sobre obligaciones litigiosas, que han dado lugar a un proceso judicial que no ha sido resuelto por sentencia firme (13). Este contrato reconoce para sí una función contractual típica y económica-social “extintiva”, ergo, su virtualidad se explica desde la extinción de conflictos de derecho —fundados en la incerteza previa sobre estos a “res dubia”— siendo el modelo de esta finalidad la mentada transacción pero que comprende también, por ejemplo, contratos declarativos de derechos dudosos, los de sometimiento a mediación y el arbitraje (14).

Si bien denotan una cercanía conceptual y funcional, no debe confundirse “transacción” con el distracto o rescisión bilateral dado que esta siempre opera por vía principal y presupone la existencia de un contrato válido y eficaz que las partes, de mutuo acuerdo, deciden extinguir; distinta es la situación de la transacción en donde lo central no es la verificación de un contrato sino de obligaciones e incluso de obligaciones especialmente califica-

das (dudosas o litigiosas) las cuales, claro está, podrán originarse en un contrato o en otra causa fuente idónea de las obligaciones; en el mejor de los casos, la transacción podría representar una extinción por vía de consecuencia en razón de la extinción de las obligaciones generadas por el contrato.

Es decir, como todo contrato y acto jurídico configura un instrumento de manifestación de la autonomía privada mediante las cuales las partes ordenan sus intereses en las relaciones patrimoniales con otros. A los fines de esa ordenación, los interesados se dan a sí mismos reglas que constituyen un precepto de autonomía privada cuyo contenido es vinculante y traduce la reglamentación de intereses que las partes llevan a cabo en el complejo de sus determinaciones negociales siendo la voluntad traducida en reglas que se dan los interesados (15). Bien ha dicho Alterini que inciden en la extinción del contrato los modos extintivos de las obligaciones como la compensación, confusión, renuncia y remisión, imposibilidad de pago y, en lo que aquí importa, la transacción como acto jurídico bilateral por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas extinguen obligaciones litigiosas o dudosas (16).

Resulta un rasgo tipificante de la transacción la especial naturaleza de los derechos personales sobre los que incide dado que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) mantiene la exigencia de que se trate de derechos dudosos o litigiosos (“res dubia”). Siguiendo a Hernández y Frustagli (17), los derechos se califican de litigiosos si son materia de un proceso judicial, pendiendo su existencia o alcance de una decisión judicial y el carácter dudoso del derecho puede ser entendido de manera subjetiva u objetiva. El primer supuesto alude a obligaciones o derechos que resultan tales en el entendimiento de las partes; en el segundo, el carácter dudoso resulta de la opinión de expertos técnicos siendo opinión mayoritaria de la doctrina considera suficiente que el derecho sea dudoso para las partes implicadas en la controversia.

Trasladando el análisis al ámbito de este opúsculo, se plantean algunas aparentes tensiones entre la regulación de la transacción como contrato en el CCCN y la obrante en códigos de procedimiento o en la letra del art. 54 de la LDC. Quizás una de las más relevantes de ellas sea la necesidad o no de homologación mediante sentencia judicial del acuerdo transaccional dado que, por un lado, el CCCN refiere que “la transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial” (art. 1642) y, por el otro, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación demanda al judicante “...examinar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la validez de la transacción,

y la homologará o no” (art. 308) (18), en línea con el ya citado art. 54 de la LDC —“... la homologación requerirá de auto fundado...”—.

Al respecto se ha argüido que debe articularse el art. 1664 con las previsiones del art. 54 de la LDC que, como norma especial, expresamente habilita la transacción en la materia, con determinados requisitos (19). Compartimos dicho entendimiento y creemos que la habilitación legal es indubitada emanando incluso de un legislador idénticamente competente al del CCCN (Congreso de la Nación) de modo que se desechan posibles desavenencias provenientes de invasión de competencias. Tenemos para nosotros que la especial naturaleza y raigambre constitucional de los derechos involucrados y del tipo de proceso atendido luce incluso como razonable que en tren de honrar adecuadamente la manda a las autoridades públicas que obra en el art. 42 de la CN, se diseñe un mecanismo de control estatal en aras de la tutela de los consumidores a través no solo de la vista al Ministerio Público sino además de la intervención judicial a los fines de la homologación.

Se valora especialmente que el consumidor es merecedor de una tutela diferenciada, la cual es establecida tanto por la normativa de fondo como por normas de tono procesal que tienen a su protección y amparo (20). En esta línea, el estatuto del consumidor se ha constituido como un microsistema, una regulación específica, peculiar, acotada, con principios y soluciones propias, derivadas de su lógica específica y tendiente a realizar una justicia todavía más concreta y particular para determinados sectores (21). Lo propuesto no es otra cosa que propender a la observancia adecuada del criterio de aplicación e interpretación de las normas que regulan la relación de consumo alojado en el art. 1094 del CCCN, esto es, conforme, primordialmente, con el principio de protección del consumidor.

En adición a ello, y como anticipáramos, mal puede negarse la proyección procesal de la transacción como contrato, de modo tal que tampoco aparece reñido con las atribuciones competenciales de nuestra Constitución Nacional la exigencia, para la virtualidad de poner fin a un pleito, de homologación judicial, entendimiento corroborado jurisprudencialmente (22). Parece claro que las especificidades de la transacción como mecanismo procesal pueden válidamente ser atendidas por la normativa de forma, lo que se refuerza en el hecho de que la transacción, como contrato, puede comprender en su objeto no solo derechos litigiosos sino, además, derechos dudosos y, como tales, ajenos a un proceso judicial. Así, la regulación del contrato en el CCCN obedece a una vocación generalista y amplia de la figu-

(8) Estudiado por la Corte Nacional en autos “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Provincia del Neuquén SA” del 05/06/2012 publicado en LA LEY, 2012-D, 511, Cita Online: AR/JUR/29443/2012 y en “Consumidores Nicoleños y otro c/ Electrónica Megatone SA y otros s/ repetición de sumas de dinero”, del 26/03/2014 (C. 341. XLIX. COM). Mas recientemente en autos “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA y otro s/ ordinario”, Fallos 341:739 (2018).

(9) PAGÉS LLOVERAS, Roberto, en RUSCONI, Dante D. (director), “Manual de Derecho del Consumidor”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, 2ª edición, p. 647.

(10) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “Dimensiones de convergencia entre contrato y proceso (principios e instituciones)”, Diario El Derecho del 110/06/2020, Cita Online: ED-CMXIX-513.

(11) CS, “Coronel, Martín Fernando c. Villafañe, Carlos Agustín y Universidad Nacional de Tucumán y otro

s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:1066 (2006), considerando 7º y 9º.

(12) CALVO COSTA, Carlos A., “Derecho de las obligaciones”, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, 3ª edición, p. 490.

(13) DI CHIAZZA, Iván G. - CAPELETTI, Facundo B., en DI CHIAZZA, Iván G. (director), “Contratos. Parte Especial”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 885.

(14) LORENZETTI, Ricardo L., “Contratos. Parte especial”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, t. I, p. 18.

(15) APARICIO, Juan M., “Contratos. Parte general”, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. I, 2ª edición, p. 52.

(16) ALTERINI, Atilio A., “Contratos civiles. Comerciales. De consumo. Teoría general”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, 2ª edición, p. 478.

(17) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., “Dimensiones de convergencia entre contrato y proceso (principios e instituciones)”, ob. cit. Asimismo:

WIERZBA, Sandra M., “Manual de obligaciones civiles y comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª edición, p. 286.

(18) Por caso, el escueto artículo 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe parece seguir idéntica lógica, aunque no de un modo expreso: “No se dará curso a la transacción sin la justificación del pago de las costas o el afianzamiento de éstas”. Creemos que el “dar curso” puede subsumirse en la decisión judicial homologatoria.

(19) JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María C. - RODRÍGUEZ JUNYENT, Santiago, “Cuestiones claves de derecho del consumidor a la luz del Código Civil y Comercial”, Advocatú, Córdoba, 2017, p. 321.

(20) GOZAÍNI, Osvaldo A., “Protección procesal del usuario y consumidor”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 12.

(21) PICASSO, Sebastián, “La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Su-

prema”, LA LEY, 2008-C, 562, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1466/2008; NICOLAU, Noemí L., “La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado”, en Revista de Estudios del Centro, UNR, Facultad de Derecho, Nro. 2, 1997, p. 80.

(22) Se falló que una multa por incumplimiento de la obligación de escriturar en un juicio de daños debe computarse desde que quedó firme la providencia por la cual se homologó el acuerdo transaccional celebrado entre las partes, pues no es razonable considerar que este último pudiera producir los efectos que impone el artículo 1642 del Código Civil y Comercial de la Nación antes que el auto le atribuyera tal carácter (CNCiv., sala D, 16/03/2017, “Vázquez Canle, María del Carmen c. BBVA Banco Francés SA s/ daños y perjuicios”, RCyS, 2017-VII, 166, Cita Online: AR/JUR/17336/2017).

ra la cual, de manifestarse como modo de extinción de un proceso, deberá satisfacer los requisitos prefijados por el legislador competente.

Suma a esto Ossola que la especial naturaleza de los procesos colectivos y la posibilidad de los sujetos incurso en la clase o en la universalidad de quienes están alcanzados por el proceso y que no han intervenido directamente, justifica esta solución homologatoria especial, mediante la cual lo que se pretende es el adecuado conocimiento de los alcances del acuerdo transaccional arribado (23). Es que la homologación judicial faculta al juez a analizar la existencia de los elementos formales y sustantivos, poner fin al proceso y da efecto de cosa juzgada al pleito que concluye por este medio anormal (24).

Incluso más, debe memorarse que el proceso del consumo se aparta, en varios aspectos, de las matrices clásicas y la verificación de sus principios —tanto en acciones individuales como colectivas— bajo el rótulo de “tutela procesal diferenciada” enfatizan, en este sector, la accesibilidad al sistema judicial, la simplificación de los trámites, la aceleración del principio de duración razonable, la búsqueda y primacía de la verdad objetiva, la consagración del derecho material, la condena del excesivo rigor formal y la nivelación de los desequilibrios procesales (25).

En el fallo en comentario, bajo el título “la transacción en los procesos colectivos” se valora adecuadamente este punto fundando la decisión de homologar en un modo que compartimos con plenitud: Respecto de la aparente contradicción normativa aplica uno de los axiomas fundamentales de la interpretación de la ley en orden a que la norma especial prevalece por sobre la general; y, segundo, se le agrega el principio interpretativo de la propia ley, disponiendo la solución exegética más favorable al consumidor.

En este orden de ideas, la decisión de homologar judicialmente el acuerdo entiende el juzgador, beneficia al consumidor, pues es garantía de la preservación de sus derechos, en tanto el control judicial tiende a la búsqueda de una solución lo más ecuánime posible y mediando la observación de la conducta y eficacia procesal del representante colectivo. Entonces, “sólo a partir del juicio de valor del sentenciante a la hora de mediar y meritarse el acuerdo, es que podrán impedir eventuales consecuencias contrarias al objetivo propio de la acción colectiva”.

Creemos que todo lo argüido previamente también aplica sin cortapisas para sortear otra aparente contradicción que surge entre la normativa del CCCN sobre la transacción y el carácter del derecho del consumidor. Es que, el art. 1644 se regla que “no puede transigirse sobre

derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables” lo cual colisionaría con la habilitación de transacción del art. 54 de la LDC dado el carácter de indisponible de la normativa de defensa del consumidor y del usuario expresamente consignado en el art. 65 de la LDC: “La presente ley es de orden público...”. Remitiendo a lo ya dicho en las líneas que anteceden entendemos que esta oposición de normas no es tal, de modo que no cobra la entidad de hacer mella en la factibilidad de la transacción de las acciones colectivas de consumo.

II.2. Como medio de extinción del proceso

Ya que en el ámbito que nos convoca puede válidamente preverse que se tratará de transacciones judiciales de derechos litigiosos se refuerza entonces la pertinencia de tratar, asimismo, las virtualidades de la transacción como medio de extinción del proceso. Enseña Ossola que, si el acuerdo transaccional es celebrado en el marco de un proceso judicial, este participa de una doble naturaleza: No deja de ser un contrato pero también constituye un modo anormal de terminación de un proceso diferente de la sentencia y ello trae aparejada la existencia de efectos propios derivados de su emplazamiento en el marco del proceso judicial (26).

La Corte nacional ha sostenido que así como la sentencia constituye un típico acto procesal, la transacción de derechos litigiosos —acto jurídico bilateral— es también, una vez que resulta homologada judicialmente, un acto procesal con una ejecutoriedad propia equiparable a la que corresponde a una sentencia, que, a tono con el art. 308 del CPCCN las partes podrán hacer valer con la presentación del convenio o suscribiéndolo ante el juez mediante un acta de modo que hasta tanto no sea presentada ante el juez no surte, en principio, efecto procesal alguno (27), pudiendo las partes incluso desistir de la misma (art. 1643 del CCCN).

Profundizando sobre esto último, y en relación con el requisito de forma procesal, si la transacción se produce durante el acto de celebración de una audiencia —en cualquier etapa de la primera instancia o en fase de apelación—, el acta judicial que se labre deberá testimoniar suficientemente el acuerdo logrado para que el juez pueda homologarlo inmediatamente. En cambio, si el convenio revistiera carácter extraprocesal, no es necesario que se observen formalidades extrínsecas sacramentales debiendo constar solamente detalle de las cláusulas que se sometan a homologación judicial (28).

Sin perjuicio de la necesidad o no de homologación judicial que hemos desbrozado previamente, el art. 1642 del

CCCN prefija que “la transacción produce los efectos de la cosa juzgada”, equiparación que ha sido criticada por la doctrina —calificándola como “metafora secular” por el simple hecho de que nada se ha juzgado y nada se ha sentenciado (29)— atento no poder asimilarse una sentencia judicial con un acto jurídico bilateral o contrato o, darle *per se* ejecutoriedad con cosa juzgada toda vez que la transacción por sí misma, como acuerdo de voluntades perfeccionado entre partes, no implica ejecutoriedad al modo de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada salvo, claro está, que o bien reúna los requisitos del título ejecutivo y ello habilite la ejecución de las prestaciones pendientes (30) o bien obre una sentencia homologatoria la cual se equiparará a un título ejecutivo. A fin de evitar equívocos, el autor citado tiene para sí que hubiese sido preferible reemplazarse la frase “efecto de cosa juzgada” por “efecto definitivo entre las partes” o alguna otra expresión similar.

III. El rol del juez ante la transacción de procesos colectivos

Estimamos que dos elementos fundamentan con suficiencia el especial rol que deben desempeñar los jueces en este ámbito. Por un lado, se involucran derechos de raigambre constitucional, orden público y tutela diferenciada que, no solo adscriben a las notas tipificantes de los derechos del consumidor, sino que además se manifiestan de un modo especial y particular como es el de afectación extendida o colectiva en una multiplicidad de sujetos damnificados; derivado de ello, se presenta el tipo de proceso de marras, el cual como “proceso colectivo” carece de rechamente de legislación positiva y que en el ámbito del consumo reconoce una mínima regulación que dista de resolver la totalidad de especificidades de los procesos colectivos. Maguer estos obstáculos, la recurrencia de estas acciones en la práctica judicial y su utilidad para la tutela efectiva de los derechos de los consumidores, aparejan que, a la hora de dar trámite a las mismas, las facultades del juez competente reconozcan un tinte especial.

En adición a ello no debe perderse de vista el art. 960 del CCCN, que disciplina las facultades de los jueces en relación con los contratos, conocidas como “intervencionismo judicial” o “revisión judicial del contrato” (31). Se establece que “los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público”. Quizá de un modo un tanto paradójico, una norma estatuida *prima facie* como un freno a la injerencia judicial sobre los acuerdos celebrados entre particulares, en el microsistema de defensa del consumidor adquiere una re-

levancia nada desdeñable para dotar al juez competencia de facultades suficientes para velar por la eficacia de la tutela diferenciada.

Es que, con basamento en el orden público de protección fundado en la asimetría negocial entre consumidor y proveedor, se toma debida nota de la desigualdad económico-social entre las partes sin que ello importe una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora permitiendo que los contratantes se vinculen en un pie de igualdad (32). Si bien difícilmente pueda ponerse en entredicho el principio de orden público del derecho del consumidor (cfr. Art. 65, LDC), el dispositivo legal apuntado no deja de ser significativo en clave de precepto instrumental dado que a través de la facultad judicial que allí se prefija el juez se ve munido de facultades que ilustran el rol activo y protagónico que debe tener en la tutela de usuarios y consumidores.

En similar tónica, Camps pone de resalto que por el tipo de derechos que tienen a proteger, los procesos colectivos están teñidos muy fuertemente del carácter inquisitivo, manifestándose en el gran poder oficioso que se otorga al juez para múltiples actos procesales, siempre en pos de brindar un idóneo andarivel procesal para la defensa de derechos colectivos (33). Jurisprudencialmente se arguyó, en criterio que compartimos, que los jueces están habilitados para controlar el cumplimiento de un acuerdo celebrado por una asociación de consumidores en representación de un universo de sujetos a quienes no se requirió conformidad previa para accionar en pos de sus derechos, pues dicha universalidad impone un control judicial mayor, porque importa la real aplicación de la ley 24.240, que fue creada para tutelar los derechos de las partes más débiles de la contratación (34).

No obstante, la existencia de una normativa que regula determinados aspectos de los procesos colectivos en materia de consumo conforme hemos reseñado más arriba, va de suyo que la disciplina legal puede no alcanzar a todas las particularidades a presentarse en este tipo de procesos los cuales tienen un “importante grado de complejidad que no resulta adecuadamente regulado en la LDC” (35). Ante ello, fue señalado que la ausencia de una reglamentación pormenorizada de esas cuestiones, y otras que atañen a la forma de tramitar y resolver procesos colectivos, colocan a los jueces y al Ministerio Público en un lugar central en este escenario (36) y refuerzan el rol del juez como director del proceso conforme lo establecido en los ordenamientos procesales.

Se ha dicho que en los procesos colectivos, el legislador optó por una “presencia judicial fuerte” (37) o “activista” (38) y, en

(23) OSSOLA, Federico A., “Obligaciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 1070.

(24) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Derecho de las obligaciones”, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 614.

(25) BELLUSCI DE GONZÁLEZ ZAVALA, Florencia - SOLÁ, Victorino, “Los principios en el proceso de consumo”, DCCyE, 2011 (octubre), 85, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3380/2011, con cita de Peyrano y Berzonze.

(26) OSSOLA, Federico A., “Obligaciones”, ob. cit., p. 1063.

(27) CARRILLO, Hernán - EGUREN, María C. - GARCÍA SOLÁ, Marcela - PEYRANO, Marcos, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe comentado”, Juris, Rosario, 2006, 2ª edición, pp. 283-284.

(28) BIGLIERI, Alberto (director), “Código Procesal de la justicia en las relaciones de consumo de la

CABA”, ADLA, 2021-5, 5, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1239/2021.

(29) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Derecho de las obligaciones”, ob. cit., p. 616.

(30) ARAZI, Roland, “Derecho procesal civil y comercial”, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2018, 4ª edición, t. II, pp. 38 y 39, con cita de Morello. En sentido concordante, “...para poder exigir por vía de ejecución de sentencia el cumplimiento de la transacción es preciso su previa homologación. En su caso, las partes podrán configurar un título que, por traer aparejada ejecución, permita demandar por la vía del juicio ejecutivo”, ver BRAVO D’ANDRÉ, Ignacio M., “El efecto de cosa juzgada de la transacción”, El Derecho del 10/05/2019, Cita Online ED-DCCLXXVII-791.

(31) ESPER, Mariano, en BUERES, Alberto J. (director), COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. - GEBHARDT, Marcelo (coordinadores), “Código Civil y Comercial

de la Nación y normas complementarias”, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3-C, p. 58.

(32) Cfr. STIGLITZ, Rubén S., en LORENZETTI, Ricardo L. (director), DE LORENZO, Miguel F. - LORENZETTI, Pablo (coordinadores), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2015, t. V, 541.

(33) CAMPS, Carlos E., “La dimensión actual del principio dispositivo”, La Ley Cita Online: 0003/012230.

(34) CNCom., sala B, 24/04/2014, “ADECUA c. Galicia Seguros SA y otro s/ ordinario”, LA LEY, 2014-D, 239, Cita Online: AR/JUR/23042/2014. Paradójicamente, la Cámara revoca parcialmente un pronunciamiento de primera instancia en lo tocante a la modificación que el juez de baja instancia había ordenado en el acuerdo transaccional.

(35) JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María C.

- RODRÍGUEZ JUNYENT, Santiago, “Cuestiones claves de derecho del consumidor a la luz del Código Civil y Comercial”, ob. cit., p. 321.

(36) RUSCONI, Dante D., “Casos de fraudes a grupos de consumidores”, LA LEY, 2014-C, 120, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1277/2014, quien recuerda un precedente de la Corte Nacional (Fallos 322:1526) por el cual se exige, si fuera preciso, la adecuada colaboración de las partes para un eficaz desarrollo del proceso.

(37) GARDELLA, Luis L., “Tutela procesal del consumidor”, La Ley Cita Online: 0003/007602. El autor refiere a un juez que controle, simplifique, acelere el trámite, promueva arreglos y que posea aptitud para un cometido tan peculiar a tono con el interés grupal comprometido.

(38) ARIAS CÁU, Esteban J. - GARZINO, María C., “Una nueva polémica sobre la legitimación de las

este tren, se le asigna un rol protagónico al juez competente en la instancia que nos convoca concediéndole facultades de notable trascendencia práctica en tutela de los derechos de los consumidores comprendidos dentro de la clase y entre las cuales Stiglitz destaca la modificación judicial de las condiciones de la transacción colectiva, a favor de los consumidores y la facultad de oficio de fiscalizar el cumplimiento de transacciones colectivas, para garantizar su ejecución a través de la adopción de medidas adecuadas (39). Así se patentiza el llamado a la interpretación judicial que revise en los precedentes la conexión de la norma con la realidad, descubriendo tanto las deficiencias no previstas como las consecuencias no deseadas (40).

En particular, el juzgador deberá asegurarse que los intereses de todos los miembros de la clase hayan sido protegidos y examinar si ha existido una notificación adecuada a los posibles involucrados (41) adoptando como punto de partida la demostración clara y definida de la clase, en atención a los efectos expansivos que tendrá, en caso de homologarse, el acuerdo transaccional. Es que, en materia de acciones colectivas, donde los sujetos directamente afectados están ausentes del proceso, el rol del juez adquiere un papel fundamental para vigilar que el accionar de los representantes del grupo ausente sea vigoroso en defensa de los derechos que está negociando (42).

Nos permitimos reseñar dos precedentes jurisprudenciales que dan debida cuenta de un estricto control judicial sobre aspectos sustanciales del acuerdo transaccional que dio finiquito a un pleito judicial alertando sobre notorias deficiencias que se desprendían de estos en perjuicio de los derechos de los consumidores. Por un lado, se verificó no solo la oposición del Ministerio Público Fiscal sino también que el monto consignado en el acuerdo era significativamente menor que el determinado en la pericia practicada siendo además limitada temporalmente la pretensión (43). Por el otro, se definió la nulidad absoluta de un acuerdo puesto que ponía en cabeza de los consumidores cargas que pretendieron ser evitadas, vulnerando no solo el principio de reparación integral, sino también el derecho de oposición y el de participar de los beneficios de esa cosa juzgada expansiva (44).

En suma, este ámbito específico dentro del proceso colectivo —el de la transacción— es uno de los que demanda de los jueces la mayor atención, cuidado y gestión posible; es por ello, que, como regla, los acuerdos transaccionales colectivos se encuentran sometidos a procedimientos especiales y requieren de aprobación judicial (45).

IV. Aspectos para valorar en relación con un acuerdo transaccional vinculado a un proceso colectivo

Seguidamente, intentaremos puntualizar algunos aspectos que el magistrado interviniente habrá de ponderar en el supuesto de que se someta a su consideración para homologación judicial de un posible acuerdo transaccional en el marco de un proceso colectivo de consumo.

Como requisito de admisibilidad insoslayable de la sentencia homologatoria y sin perjuicio de lo ya dicho sobre la sucesión procesal de actos, debe cumplimentarse con la vista al Ministerio Público como expresamente manda el art. 54 de la LDC. Dicha exigencia se plantea a los efectos de que en el acuerdo arribado por las partes se protejan adecuadamente los intereses de los consumidores afectados, pudiendo el Ministerio Fiscal aceptar o bien rechazar total o parcialmente el acuerdo, ante este último supuesto debería peticionar al juez la modificación y/o la incorporación de nuevas cláusulas (46). Vale recordar que el art. 52 de la LDC estipula que, cuando no intervenga en el proceso como parte, el Ministerio Público actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

Entonces, en un intento de describir la mecánica procesal que podrían seguir las partes, proponemos que de iniciar tratativas para poder arribar a un posible acuerdo, los litigantes soliciten conjuntamente la suspensión de los términos procesales que pudieren estar corriendo; de encauzarse estas de una manera exitosa, nuevamente a través de un escrito conjunto las partes habrán de poner en conocimiento del juez competente el borrador de convenio consensuado a partir de lo cual deberá cursarse una vista al Ministerio Público para que se expida sobre la pertinencia del texto proyectado. Dicha vista podrá implicar: a) Una contestación con observaciones o recaudos a explicar o modificar por las partes que estas habrán de evacuar para luego volver a dar intervención al Ministerio Público; b) Un rechazo total del acuerdo; c) Una aceptación de este. Una vez satisfechas las eventualidades de esta vista, pasarán los autos a resolución para que se decida, por auto fundado, la homologación o no del acuerdo transaccional propiciado por los litigantes.

Así, cumplimentada que fuere la vista al Ministerio Público el juez del proceso estará en condiciones de homologar, desestimar o proponer observaciones el acuerdo arribado entre las partes. Para ello, Shina propone que el juez debe decidir si el acuerdo es justo en sus contenidos o si afecta la justa composición de los dere-

chos de los usuarios y consumidores comprendidos en el acuerdo (47).

Es pertinente aquí tener presente, dado que así lo ha hecho la Corte nacional en un precedente señero sobre la materia (48), la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal de Estados Unidos, que obliga al juez a cerciorarse de que el acuerdo cumpla con el triple requisito de ser equitativo, razonable y adecuado: a) Se debe enviar una notificación directa a cada miembro de la clase al que le será oponible el acuerdo; b) Se debe controlar la correcta representación de la clase y que la propuesta sea equitativa para los miembros sin distinciones arbitrarias; c) Se debe ponderar el remedio otorgado a la clase considerando los costos, riesgos y demora del juicio; d) Se debe valorar la efectividad del método propuesto; y e) Se debe considerar la cuestión de los honorarios (49).

También suele citarse el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” (CMPCI) cuyo art. 11 establece que, en el marco de la audiencia preliminar, “preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación” y, además, “obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial”. Se critica a este sistema modelo porque parece seguir las falencias, en cuanto a la ausencia de regulación, de las que adolece el sistema brasileño y eso implica que “elimina la posibilidad de una transacción dado que, sin dar a conocer esa posibilidad a los miembros ausentes, no se podrá preservar adecuadamente la indisponibilidad del bien jurídico colectivo” (50).

Recordemos que el art. 52 de la LDC perfija la manda dirigida al juzgador relativa a evaluar la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios en las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva. Sin perjuicio de que dicha tarea habrá de evacuar en los inicios de la tramitación del pleito entendemos que en caso de plantearse la posibilidad de finalización de este por acuerdo transaccional el juez competente debe analizar concienzudamente la subsistencia de esta. Recordemos que la Corte ha conminado a identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso y supervisar la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso (51).

El fundamento de ello radica, nada más ni nada menos, en el propio efecto de cosa juzgada *erga omnes* que aparejará la eventual sentencia de homologación y, ya que la sentencia de mérito que pudiere corresponder de no mediar transac-

ción también reconoce ese efecto, es que se insiste asiduamente en controlar con celo la idoneidad del actor colectivo y la conformación adecuada, definida, clara y delimitada de la clase (52). También, se considera que los miembros del grupo serán oídos y estarán presentes en juicio a través de la figura del representante, que funciona como una especie de portavoz de los intereses del grupo y el derecho a ser oído en juicio se reduce entonces al derecho de ser oído a través del representante (53).

Como añadido a ello, de manera genérica y por fuera de un trámite procesal, apunta Meroi que el control estatal general de idoneidad de las asociaciones de consumidores lo realiza la autoridad de aplicación interviniendo activamente en la registración de las asociaciones, cumpliendo los requisitos y formas que determina el art. 43 de la CN. El control debe ser permanente y sumamente exigente a fin de evitar la existencia de entidades “fantasmas”; todo ello sin perjuicio de las facultades del juez que puede rechazar *in limine* la demanda si la peticionaria no cumple los recaudos legales (54).

En el fallo comentado, se hace saber que a los fines de acreditar el presupuesto legal de la premática consumeril, más precisamente en los arts. 55, 56 y 57 de la LDC, la Asociación de Consumidores del caso, Acción y Defensa del Consumidor e Inquilino (ADCOIN) incorporó al expediente judicial un reporte de actuación ilustrativo de la actividad efectivamente practicada por esta en defensa de los derechos de los consumidores. A los efectos de la autosuficiencia de la homologación judicial, el magistrado decide transcribir íntegramente dicho informe para luego explicitar, de modo pormenorizado, cómo ha sido el despliegue procesal de cada uno de las partes, todo ello para culminar reconociendo los adecuados antecedentes de la asociación en el ámbito judicial y extrajudicial como así también “la rigurosa y exitosa defensa en este pleito en particular, con el consecuente éxito de las negociaciones practicadas con la contraria, cristalizado en lo que desde aquí se merita como la mejor solución posible para los miembros del colectivo”.

Luego, en materia de publicidad (55), este extremo no se agota en los inicios del juicio, vale decir, a la hora de dar a conocer la traba de la litis y el objeto de esta, sino que, por el contrario, a los efectos de la terminación del proceso tanto sea por vías normales o anormales, la publicidad cobra idéntico vigor. Así, se ha apuntado (56) que deberá resguardarse el derecho de quienes no deseen participar de la solución acordada y a tales fines, será imprescindible llevar adelante medidas de difusión ge-

asociaciones de consumidores y el daño punitivo”, DCCyE, 2014 (junio), 136, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1714/2014.

(39) STIGLITZ, Gabriel A., “La efectiva implementación del derecho del consumidor”, LA LEY, 2014-D, 239, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2162/2014.

(40) ALFERILLO, Pascual A., “La función del juez en la aplicación de la ley de defensa del consumidor”, LA LEY, 2009-D, 967, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2184/2009.

(41) CARESTIA, Federico S. - SALGADO, José M., “La transacción en las acciones de clase”, LA LEY, 2012-B, 781, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/818/2012.

(42) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel A., “La transacción en el proceso colectivo de consumidores”, DCCyE, 2014 (octubre), 99, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3222/2014.

(43) CNCom., sala F, 09/04/2014, “G., G. R. y otro c. Cencosud SA s/ ordinario”, La Ley Cita Online: AR/JUR/22556/2014. El pleito versaba sobre la restitución de sumas de dinero cobradas a consumidores en con-

cepto de primas de seguro de vida por la utilización de una tarjeta de crédito.

(44) CNCom., sala C, 24/04/2014, “ADECUA c. Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario”, LA LEY, 2014-D, 241, Cita Online: AR/JUR/31365/2014.

(45) VERBIC, Francisco, “Procesos colectivos en el nuevo Código Procesal para la justicia en las relaciones de consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, RDCO, 308-185, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/956/2021.

(46) Cfr., BRAMUZZI, Guillermo, “Proceso colectivo de consumo”, LLC 2017 (noviembre), 1, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1887/2017. También se enseña que el traslado e intervención del Ministerio Público Fiscal se exige a los fines de brindar una mayor tutela de los derechos conforme su naturaleza y una más efectiva consolidación del debido proceso - BIGLIERI, Alberto (director), “Código Procesal de la justicia en las relaciones de consumo de la CABA”, ob. cit.

(47) SHINA, Fernando E., “Sistema legal para la defensa del consumidor”, Astrea, Buenos Aires, 2016,

p. 290.

(48) Hablamos del celeberrimo CSJN, “Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 - Dto. 1563/2004 s/amparo”, Fallos 332:111 (2009).

(49) CASTELLI, Leandro M. - GASCÓN, Alejo M., “Procesos colectivos de consumo en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 703, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/662/2019.

(50) CARESTIA, Federico S. - SALGADO, José M., “La transacción en las acciones de clase”, ob. cit.

(51) CSJN, “Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 - Dto. 1563/2004 s/amparo”, Fallos 332:111 (2009), consid. 20; CSJN, “Padec c. Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales”, Fallos 336:1236 (2013); CSJN, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/s Defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ordinario”, Fallos 337:762 (2014).

(52) Según la cláusula primera del acuerdo transcripto en el caso comentado, la clase se delimita de la siguiente manera: “...comprenderá a aquellas personas

humanas domiciliadas en la Provincia de Córdoba, que hubieran adquirido un pasaje aéreo con Flybondi con origen y/o destino en la Provincia de Córdoba, cuyo viaje hubiese sido suspendido por la línea aérea en virtud del COVID-19 y, en contraprestación, hubiesen recibido los Vouchers y no lo hubiesen utilizado, en todo o en parte, a la fecha de homologación del presente...”.

(53) GIDI, Antonio, “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, en GIDI, Antonio - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Procesos colectivos, la tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada”, Porrúa, México, 2003, p. 6.

(54) MEROI, Andrea, “Procesos Colectivos”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, pp. 108 y 189.

(55) Sobre el tema, remitimos a: RASCHETTI, Franco, “Publicidad de las acciones colectivas de consumo”, JA del 12/02/2020, 53, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3897/2019.

(56) ROZENBERG, Lucía M., “Acuerdos en el marco de procesos colectivos. Condiciones de posibilidad,

nerales y/o individuales destinadas a alcanzar a la mayor porción posible de destinatarios que podrían verse afectados, y brindarles la posibilidad de excluirse del acuerdo. Normalmente, los medios de difusión en esta instancia del proceso serán similares a los utilizados en oportunidad de dar a conocer la existencia de este dado que podemos presuponer que el juez ya ha sopesado esta cuestión, aunque ello no impide que en este estadio se modifique el mecanismo de publicidad oportunamente elegido dado que la opción originaria no causa estado para sucesivos momentos procesales.

Puede apreciarse cómo los elementos a tomar en consideración en oportunidad de la homologación de un acuerdo transaccional se fundamentan y explican desde aquellos que hacen a la admisión inicial y sustanciación de un proceso colectivo. Así, la adecuada evaluación de los términos previamente descriptos en este acápite es de una importancia mayúscula en este tipo de procesos relacionados a derechos de consumidores y usuarios toda vez que hacen a dos nociones esenciales de todo proceso colectivo: Por un lado, la correcta y adecuada conformación de la clase; y por el otro, la extensión y eficacia de la sentencia homologatoria.

V. La facultad del *opt out* y la acción individual del consumidor. Prescripción y cosa juzgada

V.1. Generalidades

Con claridad meridiana, García Pullés enseña que, en la acumulación de procesos, los litigantes ejercen su voluntad de ingresar a la reunión por su voluntad, es decir deben optar para entrar en los sistemas acumulados, criterio que en el ámbito del derecho anglosajón se conoce con el giro *opt in*. Ello no cambia por la circunstancia del deber de los jueces de disponer la acumulación de procesos en forma oficiosa y aun contra la voluntad de las partes, porque aún en tal supuesto la formación del proceso común surge de la precedente opción ya ejercida de demandar. Pero en la especie de procesos de clase la regla es inversa, esto es, la ley presume la formación de un conjunto necesario integrado por todos los miembros de la clase, del que solo puede egresarse si se formula una declaración concreta en tal sentido, es decir se ejerce el *opt out* (57).

Este aspecto, reconoce una importancia central en los procesos colectivos y la extensión de los efectos de la sentencia de mérito o acuerdo transaccional que pudiere corresponder en atención a que en una acción colectiva los efectos de estos actos son de alcance general para todos los integrantes de la clase que no hayan optado por salir de ella (58). Así, para ser homologado, el acuerdo debe contener

la posibilidad de que los miembros de la clase opten por no adherirse a la solución transaccional y conservar su acción individual para ejercerla como mejor les parezca (59).

Tal es la regla general instaurada en el primer párrafo del art. 54 de la LDC: "...El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso" y en el segundo párrafo sobre los efectos de cosa juzgada: "...excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga" de modo tal que se requiere de una manifestación de voluntad expresa e indubitada de todo aquel miembro de la clase que desee apartarse del acuerdo homologado. El modo de efectivizar esta exclusión voluntaria (*opt out*) deberá diseñarse en el propio acuerdo según las particularidades del caso y del convenio homologado. Va de suyo que, correlativamente, si no se plantean exclusiones de conformidad con el mecanismo autorizado judicialmente los efectos se extenderán sin cortapisas a toda la clase representada en el proceso colectivo (60).

En suma, una lectura completa del art. 54 de la LDC en relación con el *opt out* implica las siguientes previsiones que debe adoptar el magistrado desde los albores del proceso: En virtud de la segunda parte de dicho artículo, en primer término, tiene que articular de qué modo los miembros de la clase pueden voluntariamente excluirse del proceso colectivo hasta el momento de dictar sentencia de mérito. Tal es una manifestación del *opt out* pero no la única dado que, en adición a ella, si el proceso colectivo de marras culmina a través de un acuerdo transaccional este nuevamente habrá de considerar esta cuestión delimitando la modalidad a través de la cual consumidores individuales puedan apartarse de así considerarlo de la solución general consensuada.

Con razón, se ha dicho que "el proceso de notificación y el ejercicio del derecho de exclusión resultan cruciales a la hora de tutelar el derecho a un debido proceso" (61) de modo que tratase de facultades fundamentales en los procesos colectivos dado que en modo alguno puede presuponerse una idoneidad de la representación, postulación o desempeño profesional del representante colectivo para todos los integrantes de la clase a los cuales inexcusablemente debe resguardarse su facultad de exclusión voluntaria, la cual trasuntará una herramienta útil si se la articula adecuadamente con la publicidad suficiente del proceso y —en su caso— del acuerdo transaccional.

En este último caso, ha señalado Arazí que quien desea invocar los efectos

de una sentencia de mérito u homologatoria de una transacción solo debe acreditar la relación de causalidad y el daño efectivamente sufrido, en caso de que este no sea igual para todos, recomendando, para eventuales leyes que ha dictarse que se prevea un plazo prudencial —por ejemplo seis meses desde la publicación de la sentencia—, o bien decidir que pueda invocarse la decisión dentro del plazo de prescripción de la acción (62).

Procesalmente, esta virtualidad de *opt out* habrá de cumplimentarse a través del comparendo del consumidor en el proceso colectivo manifestando o bien su falta de interés en la promoción y sustanciación de acción o bien su deseo de extraerse de los efectos del acuerdo conciliatorio. Si bien podría aparejar alguna duda, parecería que la mera interposición de la acción individual del consumidor no basta a tales efectos, ya que lo esencial es aclarar de modo indubitado la voluntad expresa de desvinculación del proceso colectivo (63) lo cual, creemos, habrá de explicitarse en dicho proceso sobremano cuando la esencia misma de su fundamento radica en la evitación de sentencias contradictorias derivadas de la existencia simultánea de procesos incoados por una multiplicidad de sujetos perjudicados por una causa común, cuestión que se dificultaría aún más cuando la demanda del consumidor individual sea impetrada, por ejemplo, en fueros o jurisdicciones diversas. Reconocemos que este último punto reconoce una dosis de complejidad que, de momento, no se ha verificado en los antecedentes nacionales sobre el tópico.

Amén de ello, en el fallo en comentario el magistrado pone el foco del análisis en este punto barrantando que resulta indispensable garantizar el debido proceso de los sujetos que no participaron del pleito como así la de brindar la posibilidad a quienes se encuentren dentro del colectivo pero carezcan de interés en la procedencia de la acción, elementos que han sido, todos ellos, satisfechos en el expediente judicial a través no solo de la adecuada actuación del representante colectivo sino también en función de la sucesión de actos procesales a los que pasa revista y el reencuadramiento de la vía procesal escogida originariamente por la actora (64) —a saber, de una medida autosatisfactiva, el tribunal coligió atinadamente que correspondía viabilizar el pleito a través de una acción colectiva—.

En la cláusula séptima del acuerdo transcrito en el fallo, se detalla la "reserva de exclusión" de un modo un tanto genérico que podría haberse detallado de manera más clara y precisa: "...el presente acuerdo rige sin perjuicio del eventual derecho de aquel integrante de la clase de apartarse de los términos

del presente convenio y de reclamar lo que considere que corresponda". La demandada se reserva el derecho de oponer todas las reservas pertinentes siendo ambas cuestiones aceptadas por el juez interviniente.

V.2. *Opt out* y prescripción de la acción individual

Ahora bien ¿se beneficia el consumidor individual, a los efectos del cómputo de la prescripción de su acción individual, con la interposición de la demanda colectiva? Ferro se ha manifestado en un sentido negativo, tomando en cuenta que al consumidor que se aparta del litigio o de los términos del acuerdo ningún efecto de la interposición de la demanda colectiva le resultará aplicable, en adición a que siempre tiene vía expedita para iniciar su reclamo individual de modo si entre que ocurrió el hecho supuestamente dañoso y el usuario o consumidor interpuso su acción individual, transcurrió el plazo de prescripción de la acción, el reclamo de ese usuario o consumidor se encontrará prescrito (65).

Nos permitimos ensayar una respuesta diferente. Recordemos que la interrupción de la prescripción implica tener por no sucedido el lapso que la precede e iniciar un nuevo plazo (art. 2544), es decir, que operada la causal de interrupción se produce el aniquilamiento del tiempo corrido con anterioridad al evento interruptivo, comenzando a correr un nuevo plazo.

Las causales de interrupción son: a) El reconocimiento que el deudor o poseedor efectúa del derecho de aquel contra quien prescribe (art. 2545); b) Petición del titular del derecho ante autoridad judicial que traduce la intención de no abandonarlo (art. 2546); c) Solicitud de arbitraje (art. 2548); d) El ejercicio del derecho de retención de una cosa mientras subsista (art. 2592); debiéndose tener presente que en el caso b) el CCCN estipula en el art. 2547 que los efectos interruptivos del curso de la prescripción permanecen hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal.

Aquí nos posicionamos, entonces, en la hipótesis de la petición judicial, supuesto que reconoce una amplitud nada desdeñable puesto que procede aun cuando esta sea defectuosa, realizada por persona incapaz, ante tribunal incompetente, o en el plazo de gracia previsto en el ordenamiento procesal aplicable. Esta amplitud no es caprichosa, sino que responde a un entendimiento mayoritario y pacífico en nuestro de que la prescripción, en tanto importa la extinción de un derecho por el devenir temporal, es de interpretación restrictiva (66), vale decir, en caso de duda habrá de estarse a

requisitos y efectos, con especial referencia al fuero CAyT", LA LEY, 2018-D, 836, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1434/2018.

(57) GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?", LA LEY, 2009-B, 186, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1135/2009.

(58) DALLA VÍA, Alberto R., "El activismo de la Corte Suprema puesto en defensa de la privacidad", La Ley Cita Online: 0003/014388.

(59) SHINA, Fernando E., "Sistema legal para la defensa del consumidor", ob. cit., p. 290.

(60) En el derecho comunitario europeo Azar-Baud sostiene una postura crítica sobre cómo se ha regulado este tópico en la Directiva Europea sobre las

Acciones Representativas para la Protección de los Intereses Colectivos de los Consumidores, Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 toda vez que si bien plantea libertad a los Estados miembros de definir el *opt-in* o el *opt-out*, pero prohíbe el *opt-out* cuando se trata de los consumidores de otros Estados miembros. Si un Estado Miembro reconoce el *opt-out* a nivel nacional (como, por ejemplo, Portugal o Países Bajos desde el 2005 mediante el sistema conocido como WCAM), en principio tendría que limitar el alcance territorial del *opt-out* a sus propios residentes e imponer un *opt-in* para los consumidores de otros Estados Miembros que pudieran unirse a la demanda. Ver: AZAR-BAUD, María J., "A propósito de la Directiva Europea sobre las Acciones Representativas para la Protección de los Intereses Colectivos de los Consumidores", LA LEY, 2021-A, 74, Cita Online: TR LALEY

AR/DOC/3054/2020.

(61) CARESTIA, Federico S. - SALGADO, José M., "La transacción en las acciones de clase, ob. cit."

(62) ARAZI, Roland, "El 'afectado' como legitimado activo en las acciones colectivas", LA LEY, 2013-B, 1003, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1328/2013.

(63) En el fallo comentado esto ha sido estudiado atinadamente: "De ese modo, se brindó la oportunidad a quienes se encuentren dentro del colectivo, pero carezcan de interés en la procedencia de esta acción, para presentarse limitándose al comparendo y a manifestar, eventualmente, su voluntad en contrario previo a la sentencia (en los términos del art. 54, 2º párrafo de la Ley 24.240), sin perjuicio de su suerte ulterior, y al sólo fin de que manifiesten, en los casos individuales, su oposición".

(64) Lo propio ocurrió en autos Juzg. 1º Inst. Civ. y Com. 27ª Nom., Córdoba, 02/10/2019, "Acos-

ta, Nora Inés y otros c. Volkswagen Argentina SA s/ medidas cautelares", La Ley Cita Online: AR/JUR/33531/2019, mutando una acción llamada por los demandantes "pluriindividual" en una acción colectiva.

(65) FERRO, Lautaro D., "El apartamiento de la acción de incidencia colectiva o del acuerdo homologado", LA LEY, 2018-A, 1157, TR LALEY AR/DOC/298/2018.

(66) Inclusive, de modo excepcional y con una finalidad tuitiva, el juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los seis meses siguientes a la cesación de estos (artículo 2550 CCCN).

la existencia del derecho personal y a la conservación del negocio jurídico (Cfr. art. 1066, CCCN).

Continuando, parece razonable que en las dos situaciones de *opt out* que ya apuntáramos más arriba el consumidor se aparta ora del proceso colectivo ora de la solución acordada porque no comparte la representación colectiva de la clase o el modo en el cual se desenvuelve procesalmente la misma o disiente de los términos del convenio transaccional. Independientemente del motivo específico que haga a su decisión, va de suyo que ningún miembro de la clase está conminado fatalmente a continuar vinculado al proceso colectivo o a aceptar los términos de la transacción. Pues bien, ¿en qué momento es razonable colegir que el consumidor individual puede adoptar esta decisión? Nos parece que desde la interposición de la demanda colectiva o desde la homologación del acuerdo transaccional según el caso del *opt out* del que se trate, pues allí se contará con los elementos dirimentes para ejercer, en su caso, la facultad de exclusión voluntaria. De ahí que se beneficie con el efecto interruptivo de la presentación colectiva.

Caso contrario, se conminaría al consumidor a iniciar todas sus acciones individuales dentro del plazo de prescripción de cada una de ellas a los efectos de evitar que le siga corriendo dicho plazo para el hipotético y eventual caso de que la demanda que impetire el representante colectivo o el acuerdo al cual se arrije no le satisfaga. Ello parece no solo un ejercicio de prestidigitación que no puede exigírsele al accionante individual sino, y fundamentalmente, un exceso formal manifiesto y un dispenso de actividad judicial que se da de bruces con elementales nociones de economía y eficacia procesal.

Reconociendo que se trata de una solución debatible, tenemos para nosotros entonces que la interposición de la demanda colectiva de consumo interrumpe el curso de prescripción de las acciones individuales de los consumidores con efectos hasta que deviene firme la resolución que pone fin a la cuestión, con autoridad de cosa juzgada formal (art. 2547. CCCN) vale decir, a través de la sentencia de mérito correspondiente o la homologación del acuerdo transaccional.

V.3. Incidencia de la cosa juzgada sobre los procesos individuales

La premática consumeril intenta ser clara sobre la decisión de fondo en orden a cómo

tutelar el derecho individual del consumidor afectado (67), vale decir, que este, tanto sea sobre la verificación y sustanciación del proceso colectivo como en la posibilidad de acuerdo transaccional que ponga fin al juicio, debe expresamente manifestar su voluntad disidente al respecto para proceder a impetrar su reclamo jurisdiccional individual. Siempre, claro está, que lo haga en tiempo y modo oportuno ya que, de lo contrario, ingresará dentro de la regla general de la oponibilidad de la cosa juzgada recaída en el proceso colectivo.

Entonces, con base en este escenario, podemos plantear algunas precisiones sobre distintas hipótesis que pudieren plantearse en orden cómo incide la cosa juzgada en los procesos individuales que se incoan y qué facultades tienen otros judicantes para abocarse al conocimiento de aspectos ya sustanciados y definidos en el proceso colectivo.

En primer término, si como dijimos, un consumidor individual ejerce su facultad de exclusión voluntaria en tiempo y modo oportunos, nunca podrá afectarlo el resultado del juicio colectivo, tanto sea por dictado de sentencia como mediante acuerdo transaccional. Así, se ha dicho que los titulares de la pretensión individual no se beneficiarán de la cosa juzgada colectiva cuando manifiesten su voluntad de mantenerse al margen de los efectos del proceso colectivo, antes del dictado de la sentencia, y en las condiciones que determine el órgano jurisdiccional (68).

Es que si bien la sentencia —positiva (69)— tiene efecto *erga omnes* (cfr. art. 54, LDC) de ello no se deriva agravio alguno a los derechos constitucionales pues quienes no quisieran intervenir pudieron excluirse mediante el *opt out*; y, en caso de sentencia negativa, ello no representa trascendencia en este punto por no ser extensible *erga omnes* habilitando al inicio de un nuevo proceso (70). Entonces, no podría válidamente achacarse a otros pronunciamientos como contradictorios, toda vez que se ha respetado el diagrama legal tendiente a resguardar el derecho todos aquellos consumidores que decidan escindir de la pretensión colectiva.

Luego, va de suyo que la decisión homologatoria de un acuerdo transaccional o una sentencia de mérito de un proceso colectivo luego deberá cobrar firmeza para adscribir al carácter de cosa juzgada material. Esto implica que, por instancias recursivas ordinarias o aun

extraordinarias, los tribunales revisores que pudieren intervenir en lo sucesivo tendrán facultades indubitadas de ponderar, basándose en el remedio procesal correspondiente, los aspectos puestos en crisis de la sentencia. En esta tónica se imbrican los dos precedentes citados en el acápite III) de este trabajo como muestra acabada del rol activo a desempeñar por la judicatura en este tipo de procesos.

¿Pueden otros magistrados, en procesos individuales, revisar el acuerdo homologado en un proceso colectivo? Martínez Medrano entiende “que un acuerdo que no otorgue beneficios al consumidor no es vinculante, ni para el consumidor individual ni para otro legitimado colectivo” (71). No compartimos tal aseveración ya que, si una sentencia homologatoria de un acuerdo transaccional que da finiquito a un proceso colectivo ha pasado en autoridad de cosa juzgada material, ello es un obstáculo procesal y de fondo que en modo alguno podrá ser sorteado por otros judicantes en procesos individuales con la sola excepción de que quien accione individualmente haya ejercido en modo y tiempo oportuno su facultad de *opt out* en relación con el acuerdo transaccional.

En otras palabras, frente a la demanda individual de aquel consumidor incluido en la clase que no acredita haber manifestado su oposición de modo eficaz, válidamente podrá plantearse por parte del demandado excepción de transacción si esta ha adquirido estado de cosa juzgada material. El defectuoso control de la composición de la clase, la insuficiencia de la publicidad o el ineficaz desempeño del representante colectivo en modo alguno pueden prevalecer sobre este precepto procesal-sustancial fundado en la seguridad jurídica dado que, conforme hemos reseñado largamente, el rol activo y preponderante del Ministerio Público y del juez competente están enderezados, precisamente, a evitar estos inconvenientes los cuales, de presentarse, deberán ser atacados en la instancia procesal oportuna.

Resta únicamente la posibilidad de que el consumidor incluido en la clase pueda demandar autónomamente la nulidad de la transacción como acto jurídico alegando la existencia de vicios que hacen a la validez de esta como negocio, trámite que —ahora sí coincidimos con el autor precitado— no podrá sustanciarse ante los estrados del juez que originariamente homologó el acuerdo ahora atacado (72).

VI. Honorarios profesionales y oponibilidad de la transacción a los fines regulatorios

Sobre el particular fue dicho que el acuerdo transaccional debe contener los honorarios de la actora y demandada respetando las pautas de las leyes arancelarias aplicables (73). Generalmente el reparto de costas se prevé en el acuerdo transaccional, pero si este no previere expresamente la imposición de costas, se ha entendido mayoritariamente que deben repartirse en el orden causado (74).

Amén de estas precisiones, creemos que, primeramente, el Ministerio Público de seguro alertará al juez sobre la inexistencia de acuerdo o la insuficiencia de este lo cual, como fuera descripto, deberá ser atendido y cumplimentado por las partes. También cabe la posibilidad de que, en oportunidad de homologar la sentencia el juez dicte la regulación de honorarios para todos los profesionales intervinientes aunque parece que la regla de actuación más clara —aun ante el silencio de la LDC— es la de agotar dicho debate en el acuerdo transaccional aunque, también hay que decirlo, sabido es que el acuerdo sobre los honorarios puede complejizar y ralentizar la obtención del acuerdo, sobremanera cuando interviene una pluralidad de profesionales. Amén Loutayf Ranea recuerda que los letrados no pueden oponerse a las transacciones o convenio celebrados por las partes, pues su derecho se limita al cobro de sus honorarios (75).

A todo evento, ¿sería oponible el acuerdo transaccional y, fundamentalmente, su cuantía, a la totalidad de los profesionales intervinientes en el pleito para efectuar regulaciones de honorarios? El tema es complejo, pero, si bien existen pronunciamientos que niegan esta posibilidad (76) creemos que la claridad de ciertos precedentes de la Corte Nacional sobre este tema impone una respuesta afirmativa al interrogante. Luego de una tendencia originariamente restrictiva (77), el Máximo Tribunal dictó sentencia en dos significativos precedentes, datados el mismo día —11 de abril de 2006— “Coronel” (78) y “Murgía” (79) que, a nuestro entender, resuelven la cuestión y que han sido reafirmados por el propio cuerpo (80), como así también por tribunales de instancias inferiores (81).

En prieta síntesis, se falló en “Coronel” que la transacción homologada, ofrece la suficiente seguridad como para que el legislador (82) la seleccione a fin

(67) Pero sin contar con una regla rotunda y bien se ha dicho que la norma carece de claridad sobre cómo garantizar la correcta difusión del proceso y, en su caso, el ejercicio efectivo de sus derechos por parte de quienes decidan quedar excluidos del mismo (WAJN-TRAUB, Javier H., “Régimen jurídico del consumidor comentado”, ob. cit., p. 350).

(68) FERRER, Sergio E., “La cosa juzgada en el proceso colectivo”, LL, 2008 (noviembre), 1059, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2771/2008.

(69) La opción del derecho argentino por la extensión de los efectos de la sentencia exclusivamente en el caso de la sentencia favorable se funda en la relativa ineficacia de los controles de la adecuación de la representación (RÍOS, Guillermo C., “Cosa juzgada en las acciones de incidencia colectiva y tutela del consumidor”, JA, 2018-I, 1262, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/4323/2017).

(70) JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María C. - RODRÍGUEZ JUNYENT, Santiago, “Cuestiones claves de Derecho del Consumidor a la luz del Código Civil y Comercial”, ob. cit., p. 317.

(71) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “La transacción en el proceso colectivo de consumidores”, ob. cit.

(72) El autor recuerda que así lo resolvió la sala

E de la Cámara Nacional en lo Comercial en autos “Consumidores Libres c. Swiss Medical”, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2012 donde se dijo que es conveniente que el magistrado que dictó la sentencia no sea quien conozca en la acción autónoma de nulidad, a fin de despejar cualquier duda sobre su imparcialidad

(73) MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Los procesos colectivos en el Código Procesal de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires”, La Ley del 04/08/2021, 1, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2199/2021. Aclara el autor que dichos honorarios siguen el principio de la regla continental, es decir que los paga la parte vencida y se suman al monto de la indemnización, con lo cual los miembros de la clase no sufren ninguna merma en su indemnización con destino a los abogados que le presentaron.

(74) PEYRANO, Jorge W., “Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial”, Zeus, Rosario, 1997, 2ª edición, p. 214.

(75) LOUTAYF RANEA, Roberto G., “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 169, nota al pie nº 309 y jurisprudencia allí citada.

(76) STJ, Santiago del Estero, 17/09/2009, “Gi-

letta, Oscar Henner Antonio c. Fraccionadora Santiagueña de Gas SA”, LA LEY NOA, 2010-40, Cita Online: AR/JUR/43676/2009; CNCom., sala B, 14/05/2018, “Panorama Sistemas Audiovisuales SRL c. FEG Entretenimientos SA s/ ordinario”, RCCYC, 2018 (noviembre), 145, Cita Online: AR/JUR/32789/2018; CNCom., sala B, 19/03/2019, “Giulietti, Sonia Elizabeth c. SMG Cía. Argentina de Seguros SA s/ Ordinario”, La Ley Cita Online: AR/JUR/13371/2019.

(77) CS, “Turimar SA s/ concurso prev. incidente de rev. prom. por Banco Río de la Plata SA”, Fallos 311:926 (1988); CS, “Provincia de Santa Cruz c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado - s/ ejecución fiscal”, Fallos 318:399 (1995); CS, “Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina c. Asociación Israelita de Beneficencia y Socorros Mutuos ‘Ezrah’ - Hospital Israelita”, Fallos 319:1612 (1996); CS, “Asociación Trabajadores del Estado c. Provincia de San Juan s/ cobro de cuota sindical”, Fallos 323:676 (2000).

(78) CS, “Coronel, Martín Fernando c. Villafañe, Carlos Agustín y Universidad Nacional de Tucumán y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos 329:1066 (2006).

(79) CS, “Murgía, Elena Josefina c. Green, Ernesto

Bernardo s/cumplimiento de contrato”, Fallos 329:1191 (2006).

(80) CS, “Zambrana Serrudo, René c. Derudder Hermanos SRL”, Fallos 329:3148 (2006); CS, “Banco de la Provincia de Río Negro c. Consorcio Argentino de Productores Rionegrinos Integrados S.A. y otro s/ordinario”, Fallos 330:4970 (2007).

(81) CNCom., sala D, 13/09/2016, “Soutiño, Germán Pablo c. Servicios Móviles SA s/ ordinario”, La Ley Cita Online: AR/JUR/61993/2016; CNCiv., sala A, 10/03/2016, “C. M. E. c. Transporte Larrazabal C.I.S.A. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. sin lesiones)”, La Ley Cita Online: AR/JUR/5269/2016; CNCiv., sala D, 18/02/2010, “Venezia, José María s/ quiebra c. El Asir, José y otros”, La Ley Cita Online: AR/JUR/4769/2010; CSJ, Catamarca, 04/08/2009, “Cano, José Guillermo c. late S.A., Edecat SA y Poliservicios SA”, LL NOA, 2009-1027, Cita Online: AR/JUR/35010/2009.

(82) Entendemos que si la Corte colige que la transacción es una pauta adecuada para que el legislador la tome en consideración, entonces idéntica conclusión puede extraerse y aplicarse con respecto al juez puesto a regular honorarios profesionales.

de determinar el monto de la regulación de los honorarios por actuación judicial, como lo hace igualmente con una sentencia de condena. Se entiende que el interés que pueden invocar los profesionales se limita al cobro de sus honorarios (tanto letrados como auxiliares de justicia), el que no puede ser desvincu-

lado del resultado del pleito, para el cual únicamente cabe considerar (de existir) lo que resulte de la transacción en tanto acto que da conclusión al proceso (83). Finalmente, en el considerando 11º se lee: "De admitirse que la transacción no le es oponible a los letrados de la actora por ser terceros, tampoco podrían invo-

carla como culminación de proceso", lo cual la Corte tilda como un "resultado absurdo".

Luego, en "Murgía", se recuerda el precedente "De Souza" (84) en el cual se decidió que "los aranceles vinculan normalmente la base sobre la que ha de regularse el honorario no sólo con el valor disputado, sino también con el modo de terminación del proceso" sin que se contraría el contenido de fallos anteriores la Corte. Precisa Zaffaroni en el considerando 8º de su voto que no puede sostenerse la inoponibilidad de la transacción a los efectos regulatorios, pues esa sedicente inoponibilidad resulta contradictoria con su invocación como acto que produce la culminación del proceso. A su turno Maqueda resalta que la transacción fija la base a tener en consideración a los fines de practicar las regulaciones de todos los profesionales actuantes, y la posibilidad de fijar distintas bases regulatorias según que el profesional haya participado o no en el acuerdo afecta irremediabilmente la unidad jurídica y procesal que constitu-

ye el juicio a efectos regulatorios" (consid. 4º de su voto).

VII. A modo de colofón

Arribados a este punto, no corresponde otra cosa que reiterar las complejidades de las que son objeto los procesos colectivos en general y los procesos colectivos de consumo en particular. Como dijimos, lejos se hallan estos tópicos de reconocer una formulación clara en la multiplicidad de consecuencias de fondo y de forma que estos pueden irrogar.

Hemos procurado en este trabajo tratar algunos de ellos, en el marco de la finalización del proceso colectivo de consumo por transacción, en la esperanza de que, eventualmente, pueda ser de utilidad para quien en un caso concreto deba articular soluciones y, así, poder colaborar, más no sea mínimamente, en la lucha por la eficacia de la tutela a los consumidores.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2631/2021

(83) Los profesionales sólo podrían impugnar el contenido si demostraran fraude o el desbaratamiento de derechos, lo cual es de interpretación estricta, debien-

do demostrarse dolo.

(84) CS, "De Souza, Daniel Omar y otros c/ Empresa Obras Sanitarias de la Nación", Fallos 315:2575 (1992).

Última instancia

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

Amparo ambiental

La orden de suspender toda aplicación o fumigación con productos fitosanitarios responde a los análisis bioquímicos efectuados sobre cuatro niños. No ha tenido como fundamento la mera voluntad o arbitrio discrecional de los jueces, ni tampoco significa un adelanto de opinión sobre el fondo de lo que está en discusión. Por el contrario, ha tenido como soporte un elemento probatorio que, aun cuando deba ser contrastado, complementado o profundizado, resultaba suficiente para disponer lo que fuera necesario en función del principio precautorio.

TS Córdoba, Fischer, Diego Agustín y otros c. Comuna Dique Chico s/ Amparo (Ley 4915), 13/04/2021.

Citas legales: TR LALEY AR/JUR/7736/2021

Sanción al legislador. Manifestaciones en redes sociales

Conforme al art. 99 de la Constitución de Córdoba, es factible concluir que la suspensión sí resultaría englobada por las potestades de corrección que ostenta constitucionalmente la Legislatura, y ello en virtud de que, si los legisladores provinciales resultan habilitados para implementar una penalidad extrema y de máxima intensidad como lo es la remoción en el cargo de cualquiera de sus miembros, nada obsta que decidan la procedencia de una sanción de menor severidad consistente en la separación temporal en el desempeño de su mandato.

TS Córdoba, De Ferrari Rueda, Patricia c. Provincia de Córdoba s/ Amparo (Ley 4915), 20/04/2021.

Citas legales: TR LALEY AR/JUR/9513/2021.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2632/2021

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable que avala sus argumentos.

DERECHO PROCESAL CIVIL
QUINTA EDICIÓN ACTUALIZADA
Lino Enrique Palacio
Actualizado por Carlos Enrique Camps

2021

Esta obra contiene Códigos QR con material adicional.

5 Tomos Disponibles en papel y eBook.

Esta quinta actualización de la clásica obra de Palacio incorpora las novedades provenientes de las sentencias de las jurisprudencias relativas al Derecho Procesal Civil argentino de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictadas durante los últimos años. Presenta, además, las novedades respecto del Derecho Procesal Electrónico Civil Nacional que surgen de sentencias y acordadas del Máximo Tribunal, incluyendo las generadas durante la pandemia COVID-19.

La obra contiene 20 acordadas de la Corte Suprema a texto completo que regulan diferentes áreas del Derecho Procesal Electrónico, como la firma electrónica, los trámites digitales y el Sistema Informático de Gestión Judicial, entre otros.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444** o ingresando en www.tienda.thomsonreuters.com.ar

Seguí nuestra página de **LinkedIn** con contenido específico para abogados.

THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey @TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam