

RESÚMENES DE PONENCIAS

II ENCUENTRO DE DERECHO CIVIL URUGUAYO 2023

CENUR - LITORAL NORTE - SALTO

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL - SALAS II - III

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA



**FACULTAD DE
DERECHO**



**UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY**

Interpretación de la Constitución y la Ley en el Derecho uruguayo

Gerardo Caffera

1. El tema de la Interpretación de la Constitución y la Ley

Nuestro Derecho contiene reglas explícitas sobre la interpretación e integración de sus normas. El Artículo 85 numeral 20 de la Constitución consagra la competencia del Parlamento para interpretar las normas constitucionales y el Artículo 12 del Código Civil, su competencia para interpretar la ley con carácter general. Los Artículos 17 a 20 del Código Civil proveen a todos los sujetos, incluyendo los jueces, reglas de interpretación de la Ley. Esas reglas comienzan por marcar la necesidad de la interpretación “literal” de las palabras, según su definición legal o técnica, o el “uso general”, pudiendo recurrirse a la “intención” del legislador, pero sólo en caso de oscuridad.

Finalmente, en caso de vacío, según el Artículo 16 del Código Civil, la ley se complementa (integra) con el fundamento de las “leyes análogas”. Cuando éstas fallan, y como último recurso, se puede ir a buscar una solución en los “principios generales” o las “doctrinas más recibidas”.

2. Algunos problemas recientes

En los últimos años se han generado, a mi juicio, varias confusiones preocupantes sobre la interpretación del Derecho uruguayo, tales como las referentes a la aplicación directa de la Constitución o de algunas convenciones internacionales por los jueces así como la preferencia por textos oscuros o indeterminados a los cuales se imputan contenidos normativos que virtualmente dependen sólo de la voluntad del intérprete. El fin de esta breve ponencia es intentar clarificar el método de interpretación riguroso que debe significar hacer doctrina o dogmática *bajo nuestro Derecho*, un método con preferencia por la literalidad y con eje en la ciudadanía y la legislación democrática

3. Hipótesis: constitucionalismo de ciudadanía y literalismo

Las confusiones derivan, a mi juicio, de una lectura asistemática y descontextualizada de las reglas hermenéuticas que brinda nuestro sistema. Una vez reordenada esa lectura emergen sus (a veces olvidadas) características centrales: (a) deferencia por la legislación (ciudadanía y parlamento), (b) improcedencia de la aplicación directa de la Constitución por los jueces (salvo casos de excepción) y (c) la interpretación literal como prioridad. He aludido anteriormente al conjunto de estas características como constitucionalismo de ciudadanía

4. Argumentos

a) Carácter democrático de nuestro Derecho: deferencia por la ciudadanía

Los textos normativos que conforman su base son la Constitución de 1967 y las Leyes sancionadas de acuerdo con ella. Todas esas normas han sido aprobadas directa o indirectamente por la ciudadanía. El poder normativo último para aprobar la Constitución y sus reformas reside directamente en ella, mediante el plebiscito. Las Leyes, a su vez, son creación de la misma ciudadanía, indirectamente por medio del Parlamento o directamente mediante el recurso de referéndum que le permite confirmar o dejar sin efecto las leyes.

b) Rol de la Doctrina

La interpretación doctrinaria sistemática es necesaria siempre que una sociedad pasa a estar regulada por un sistema de normas complejo. La doctrina provee interpretaciones que facilitan la comprensión y el funcionamiento de ese derecho complejo. En un estado de derecho democrático y pluralista, lo jurídico siempre es una cuestión crucial y atravesada por discrepancias.

c) Interpretación: literalismo y no-aplicación directa de la Constitución

La doctrina es una empresa de interpretación de textos normativos ¿Cómo interpretar? A mi juicio, ello debe realizarse, según las reglas de interpretación del sistema normativo al que esos textos pertenecen, si es que las tiene. En el caso del Derecho uruguayo esas reglas existen y son relativamente claras. Refieren a *quién* interpreta y *cómo*.

Como ya indicamos el Artículo 85 numeral 20 de la Constitución consagra la competencia del Parlamento para interpretar las normas constitucionales y el Artículo 12 del Código Civil, para interpretar la ley con carácter general. Justamente, dado que el parlamento es el intérprete con carácter general de la Constitución, es razonable entender que es a él a quién corresponde indicar qué “derechos inherentes a la persona humana” incluye su Art. 72.

Los Artículos 256 y siguientes de la Constitución, otorgan a la Suprema Corte de Justicia competencia “exclusiva” para declarar la inconstitucionalidad de la ley. En esos casos, por tanto, debe interpretar la Constitución y la Ley al mismo tiempo. Sin embargo, su decisión interpretativa sólo se aplica al caso concreto.

Los Artículos 17 a 20 del Código Civil proveen reglas de interpretación de la Ley. Esas reglas comienzan por marcar la necesidad de la interpretación “literal” de las palabras, según su definición legal o técnica, o el “uso general” (Arts. 18 y 19) pudiendo recurrirse a la “intención” del legislador, pero sólo en caso de oscuridad.

Finalmente, en caso de vacío, según el Artículo 16 del Código Civil, la ley se complementa (integra) con el fundamento de las “leyes análogas”. Cuando éstas fallan, y como último recurso, se puede ir a buscar una solución en los “principios generales” o las “doctrinas más recibidas”. Es decir, salvo casos extremos, la búsqueda de las soluciones jurídicas se debe mantener en el nivel de la Ley, directamente o por analogía. Como bien señaló Gamarra: “los principios constitucionales no pueden ser invocados contra la regla legal encargada de concretarlos porque ... es necesario un vacío legal para que el principio pueda integrar la solución del caso”.

Hay doctrina y jurisprudencia que sostiene que los principios constitucionales y algunas convenciones internacionales se pueden aplicar directamente por cualquier Tribunal, dada su jerarquía superior. Sin embargo, esas ideas no se ajustan a los textos constitucionales y legales uruguayos. Por un lado, el artículo 85 de la Constitución limita la competencia para esa tarea y la adjudica al Poder Legislativo y la Suprema Corte (salvo casos excepcionales como la Ley 16.011 o los casos de vacío en que haya que recurrir a los principios generales). En el caso de las convenciones, la más importante, la Convención Americana de Derechos Humanos, la inaplicabilidad directa resulta del Artículo 2º de la propia Convención, que indica literalmente que cada sistema jurídico incorporará las normas de la Convención siguiendo sus propios “procedimientos constitucionales” para crear “medidas legislativas”.

d) El método de la doctrina

La interpretación de acuerdo con las pautas de Derecho positivo indicadas puede aspirar a considerarse como una expresión fundada del Derecho uruguayo vigente. Adoptar otro método invalidaría a priori las conclusiones. Ellas ya no se derivarían de los textos normativos, de acuerdo con las reglas que esos mismos textos imponen, sino con un criterio introducido por el intérprete. Procurar seguir las reglas de interpretación, constitucionales o legales, es un requisito de orden lógico. En realidad, si intentáramos leer un texto sin atender las reglas que el propio texto indica, ello no significaría leerlo, sino crear sentido. Sería lo mismo que interpretar las palabras de alguien de una forma que, él mismo, nos ha indicado que no deben hacerlo.

El poder irrevocable

Agustín Texo

Tema: De regla, los sujetos sólo pueden obligarse a través de contratos respecto de su propia esfera jurídica. De eso se trata el poder de disposición. Sin embargo, es posible, también, que la ley o la autonomía privada dispongan que un sujeto quede obligado por la declaración de voluntad de otra persona, siempre que ésta cuente con *poder* (además de la *contemplatio domini*). Tal es el denominado poder de representación o poder de disposición sobre esfera jurídica ajena. Dentro del poder voluntario, uno de los puntos de interés dogmático y práctico es el poder *irrevocable*. La doctrina nacional ha debatido acerca de sus caracteres y limitaciones.

Problema a abordar: A diferencia de otras figuras, ni el negocio de apoderamiento ni el poder gozan de una regulación sistemática en nuestro Código Civil. Sin perjuicio de la existencia de ciertas disposiciones en la parte general (Arts. 1254 y 1255) y de la aplicación de algunas normas en sede de mandato, dada la vinculación entre las figuras (Arts. 2051 y ss. y 16), ciertos aspectos, como los propios de la irrevocabilidad del poder (no del mandato, aspecto que no discutiré en esta oportunidad) no poseen disciplina autónoma. Las preguntas en torno a la posibilidad de otorgar un poder irrevocable se centran, en primer lugar, en cómo debe ser entendida la irrevocabilidad. Conectado con esto, la interrogante es si es factible que el poderdante *renuncie* a su facultad de revocar el poder. Por su parte, y partiendo de que la respuesta anterior resulta afirmativa, en Derecho uruguayo, ¿cómo debe ser entendido el “poder irrevocable”? ¿Como un caso de irrevocabilidad relativa? (léase: la asunción de una obligación de no hacer), ¿o de irrevocabilidad absoluta? (léase: renuncia al derecho de revocar). ¿Pueden resultar plausibles ambas clases de irrevocabilidad? ¿Cómo resolver ante la duda?

Respuesta sugerida: A mi entender, los sujetos son libres de regular la irrevocabilidad del poder del modo que estimen más conveniente; esto es, como asumiendo una obligación de abstención (ora en el negocio de apoderamiento, ora en el negocio subyacente), o como un negocio dispositivo en sentido estricto-abdicativo. En situaciones de dudas, y en tanto el poder emana de un negocio jurídico (de apoderamiento), le resultan aplicables -por analogía- las disposiciones de interpretación de los contratos (Arts. 1297 y ss.).

Argumentos centrales: Como primer punto, entiendo que, de acuerdo con lo que surge de los Arts. 11 y 2060, el poder irrevocable solamente ha de tener lugar cuando en el negocio de gestión tengan interés común el poderdante y el apoderado o el poderdante y un tercero o exclusivamente un tercero (zona donde la irrevocabilidad del poder tiene sentido y cobra relevancia práctica en innumerables negocios). En caso de que el poder se confiera en exclusivo interés del poderdante, cuestiones de orden público y de buenas costumbres parecen limitar el otorgamiento de un poder de tales características (Arts. 11, 1284 y 1288). En la primera hipótesis (es decir, cuando el poder se otorga en interés, también, de otros sujetos), la irrevocabilidad -en tanto limitación de la autonomía privada- puede lograrse tanto en su faceta relativa (obligacional), como absoluta (renuncia). La doctrina mayoritaria actual (Sánchez Fontáns, Molla, en cierta medida Gamarra; en contra: Caffera) no considera plausible el segundo tipo de irrevocabilidad. Sin embargo, estimo que ello es posible. Primero, porque no existe una prohibición expresa que limite la facultad de renunciar a revocar. En segundo lugar, si al poderdante le es permitido otorgar un poder para cumplir actos de “riguroso dominio” (entre ellos, los de transigir y renunciar), no existen razones para no lograr abdicar de un derecho que le es suyo (como el de revocar). Tercero, porque el propio Código Civil admite que, una vez que el mandato (léase el poder) acaba mediante la revocación (Arts. 2086 N° 3 y 2088), ésta *puede no tener efecto alguno* en las situaciones previstas en el Art. 2101.[*] Esto es, aun teniendo la facultad de revocar y después de haber revocado, el poderdante puede quedar de todos modos vinculado (la revocación carece de efectos) si se está ante las hipótesis del Art. 2101 inc. 2 y 3. La ley ha consagrado, entonces, la posibilidad de una revocación sin eficacia. Por ende, y máxime al renunciar a la facultad de revocar, al poderdante le será vedado extinguir el poder por esa causa y cualquier acto en este sentido será ineficaz. Si se tratara de un caso de irrevocabilidad relativa, la revocación implica un incumplimiento que dará lugar a la reparación de daños (Art. 1342). En otro orden de ideas, y de acuerdo con lo previsto en el Art. 1836 (principio de temporalidad de los vínculos

jurídicos), el negocio abdicativo debería circunscribirse a un acto determinado (Art. 2054) o estar sometido a un plazo resolutorio. Si hablamos de irrevocabilidad relativa, la obligación podrá estar supeditada a un plazo o el obligado podrá desistir unilateralmente de ella. Por último, y en caso de dudas de si el poderdante se ha obligado a un no hacer o ha renunciado, resultará de aplicación las normas sobre interpretación del negocio jurídico, contenidas en los Arts. 1297 a 1307 del Código Civil (cobrando relevancia, eventualmente, el principio *favor debitoris* o de no agravamiento de la situación del sujeto gravado; Art. 1304 inc. 1).

[*] Art. 2101.- En general, todas las veces que el mandato expira por una causa ignorada del mandatario, lo que éste haya hecho en ejecución del mandato será válido y dará derecho a terceros de buena fe contra el mandante.

Este quedará también obligado, como si subsistiera el mandato, a lo que el mandatario, sabedor de la causa que lo haya hecho expirar, hubiere pactado con terceros de buena fe; pero tendrá derecho a que el mandatario le indemnice.

Cuando el hecho que ha dado causa a la expiración del mandato hubiere sido notificado al público por los periódicos y en los casos en que no pareciere probable la ignorancia de tercero, podrá el Juez, en su prudencia, absolver al mandante.

Contratos relacionales

Inés Labat

¿Cómo son comprendidos en doctrina uruguaya y argentina los contratos relacionales?

Esta denominación se origina en una corriente de estudios denominada teoría relacional sobre el derecho de los contratos que nace a fines de la década del sesenta en Estados Unidos, desarrollada inicialmente por Stewart Macaulay e Ian Macneil. Esta teoría propone diferenciar dos clases diferentes de contratos: los relacionales y los discretos o transaccionales: relational vs discrete contracts.

El presente trabajo presenta en primer lugar las principales líneas de esa corriente y luego revisa el estado del tema en la doctrina local y en la vecina orilla, con el objetivo de ordenar ideas en torno a dos cuestiones.

La primera, qué se entiende por contrato relacional. La segunda, qué consecuencias prácticas tendría enfrentarse a uno. El análisis de estas consecuencias referirá a las partes contratantes, al legislador, y por último a los jueces.

Se deberá tener presente que los trabajos de Macaulay, Macneil y otros autores relevantes dentro de esa área como Lisa Bernstein, contienen dos características que es necesario resaltar. La primera es que todos ellos parten de una concepción del derecho contractual que presenta una relación indisoluble con la función económica de los contratos.

La segunda, es que todo el desarrollo de estos autores se realiza con base en un fuerte componente de estudios empíricos en distintas industrias, en las que se investigó cuál era el comportamiento real de los participantes en ellas, para luego analizar qué tan adecuado a esa realidad resulta el derecho existente. El estado de desarrollo de las economías en las que trabajaron estos autores, diferente al de estas latitudes, no invalida sus resultados pero exige cautela al analizarlos con intención de trasladar sus conclusiones.

El negocio jurídico testamento y sus diferencias con los contratos

Walter Howard

Argumento/s central/es:

El testamento es un instrumento o herramienta de planificación sucesoria, a través del cual el disponente encauza de conformidad con su autonomía privada el destino de su patrimonio para cuando haya cesado de vivir, corrigiendo con su voluntad -dentro de los límites en que puede hacerlo la distribución hereditaria que se lleva a cabo por parte de la ley. El testamento es acto mortis causa dado que si bien el negocio se perfecciona con su otorgamiento, su eficacia está suspendida hasta que se verifique la muerte de su autor. Dichos efectos se habrán de producir, salvo que exista un obstáculo que lo impida, sea por causas atribuidas al propio testador (es decir: revocación), sea por razones ajenas a él (por ej., caducidad del testamento por prefallecimiento del instituido).

No existe para los testamentos el principio contractual de la libertad de las formas, sino rigurosas reclamaciones formales que hacen a su existencia y validez.

El negocio jurídico testamento y sus diferencias con los contratos

La eficacia del testamento que se produce a la muerte de quien lo otorgó, no depende de la aceptación de los instituidos (inc. 2° del art. 854 del C.C.U.). Ello en la medida en que la función de la aceptación en materia sucesoria dista por mucho de la que desempeña en materia contractual. En efecto, en los contratos, la aceptación junto con la propuesta forma el consentimiento contractual; mientras que, en el testamento, la aceptación de la herencia tiene valor por sí sola, como negocio unilateral que es, e incluso sus vicios no comprometen la validez del testamento que la motivó.

El principio de la revocabilidad de los testamentos es de orden público. Tratándose la revocación de un acto meramente discrecional (o arbitrario) del testador, ninguna pretensión indemnizatoria o reparatoria puede generar para los que ven frustradas sus expectativas (aunque no jurídicas) de suceder por virtud del testamento revocado. Por consiguiente, no tienen vigencia las cláusulas derogatorias, que tenían por fin garantizar la libertad del testador, evitando que en el futuro lo presionaran a hacerlo en otra forma y por las que se establecía que no se reconocerían como válidos testamentos posteriores (cláusulas derogatorias absolutas) o que no se reconocerían si no tenían cierta señal, como un signo, palabra o frase (cláusulas derogatorias relativas).

Los beneficiarios del testamento, sean a título universal o singular, deben ser determinados o determinables. Según el inc. 1° del art. 785: «Toda disposición a favor de persona incierta es nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta». La certeza o evidencia de quién es el llamado acarrea la validez de la institución; por el contrario, la incertidumbre, irresolución o imprecisión que no permita detectar quién es llamado o a qué se es llamado conduce a la invalidez. Los datos que individualicen o los eventos que hagan cierto al instituido, en principio, pueden ser de cualquier clase y producirse en cualquier momento, es decir, es admisible que quien es llamado a suceder no esté determinado al otorgarse el acto, ni a la muerte del causante, sino posteriormente. En las hipótesis de disposiciones testamentarias per relationem, el testador remite para la determinación de su voluntad a una fuente externa al propio testamento, sea que se trate de acontecimientos objetivos, a la voluntad de un tercero o incluso a una voluntad ya manifestada por el otorgante del acto. En otros términos, el testamento per relationem hace referencia a las hipótesis en las que la voluntad testamentaria debe ser integrada con un contenido al que el testador reenvía.

El hecho de que el testamento sea un negocio unilateral, no recepticio y que produce sus efectos una vez fallecido su otorgante determina, no solo un régimen propio de interpretación de sus disposiciones, sino también una manera distinta de apreciar los vicios que han influido en su autor. A diferencia de lo que acontece en los contratos, en que la manifestación de voluntad es dirigida inmediatamente a un tercero, que supone que este hace confianza en ella, en los testamentos esa característica no está presente, puesto que los destinatarios de la declaración ningún derecho, ni

expectativa jurídicamente protegida obtienen hasta que no se produzca la muerte del disponente, por lo cual, la intensidad de los vicios de la voluntad no puede ser apreciada con igual intensidad que en los contratos.

En los testamentos la voluntad debe ser preferida a la declaración, de modo que, cuando existen contradicciones entre ellas, dado que lo exteriorizado no se ajusta a lo realmente querido por el sujeto, se debe anteponer esto último.

La capacidad para contratar en el derecho civil uruguayo: panorama de su evolución

Javier Berdaguer Mosca

1. El tema de la evolución de la capacidad para contratar.

La descripción de la evolución de la capacidad de contratar en el derecho civil uruguayo durante los últimos 75 años revela que este tema ha sido objeto de múltiples cambios, en ocasiones a través de la intervención legislativa y en otras a través de la obra de doctrina y jurisprudencia.

Como panorama general, puede afirmarse que no hay aspecto del régimen de la capacidad para contratar que no haya sido modificado:

- (a) 1946: *mujer casada*. se eliminó la incapacidad relativa de las mujeres casadas (1946):
- (b) 1953-1968 / 1989: *incapacidad especial / falta de legitimación pasiva / poder normativo*. La categoría de la “incapacidad especial” a la que refiere el art. 1281 CCU fue concebida como un requisito distinto, aunque se discute si es un requisito de validez (legitimación receptiva o pasiva) o de existencia del contrato (poder normativo negocial), encontrándose discutido también si la distinción entre presupuestos de existencia y requisitos de validez es relevante y en qué medida,
- (c) 1988: *dementes / personas con discapacidad*. se flexibilizó el régimen rígido previsto en el Código Civil Uruguayo en materia de incapacidad por razones de demencia. Se abandonó el régimen de “todo o nada”, para permitir que el juez pueda adoptar diversas medidas, según la entidad de la discapacidad y la composición del patrimonio en cuestión (Código General del Proceso, 1988). En 2013 el sistema se termina de perfilar, incluyendo como objeto del proceso de “incapacidad” la adopción de las medidas provisionales.
- (d) 1995: *menores de edad*. se bajó el límite de edad de los 21 a los 18 años para adquirir la capacidad plena, eliminando el régimen de los menores emancipados y habilitados de edad. Solo queda vigente la habilitación por matrimonio de los menores púberes, que en 2013 se modifica (solo es válido el matrimonio de menores que tengan 16 años cumplidos)
- (e) 2002: *sordomudos que no puedan darse a entender por escrito*. se reconoció como capaces de contratar a los sordomudos que, aunque analfabetos, puedan comunicarse a través de un lenguaje de señas (2002),
- (f) 2004: *menores de edad*. Código de la Niñez y la Adolescencia: establece régimen general en materia de capacidad para trabajar de los menores (a partir de los 15 años) y la administración del peculio profesional por parte de tales menores (Art. 176 CNA). Por otra parte, el principio general enunciado en el Art. 8 CNA (autonomía progresiva) ha sido interpretado por alguna doctrina (minoritaria por ahora) como aplicable no solamente al ámbito personal, sino también patrimonial.
- (g) 2008: *dementes / personas con discapacidad*. se ratifica la Convención sobre Personas con Discapacidad de la ONU (2008), que para algunos ha operado un cambio de paradigma en cuando al régimen de la incapacidad de las personas con discapacidad intelectual, aunque se trata de un tema discutido; y
- (h) 2008: *comerciante fallido*. se declaró legalmente no aplicable la calificación como “incapaces” a los comerciantes fallidos (Ley de Concursos).

El análisis de estos cambios muestra que existe una clara tendencia a disminuir el elenco de los sujetos considerados incapaces, que se manifiesta en cada uno de los “índices de incapacidad”. Esto implica una tendencia creciente a una mayor inclusión de sujetos en la calidad de capaces para contratar, en sintonía con el desarrollo de una agenda de inclusión en materia de derechos humanos.

2. Algunos problemas recientes.

Hay varios temas que se pueden problematizar y analizar. Yo voy a elegir dos cuestiones:

(1) la primera tiene relación con que se ha planteado por un sector de la doctrina que la ratificación de la Convención de la ONU sobre Personas con Discapacidad constituye un cambio de paradigma, un giro copernicano en materia de capacidad para contratar. Tal cambio de paradigma tendría varias consecuencias, una de las cuales es que -según la versión más extrema de esta tesis- habría desaparecido la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

(2) la configuración actual del sistema deja plantada una interrogante sobre la figura de la inhabilitación, que ha aparecido en varias oportunidades conectada con la incapacidad, aunque sin confundirse con ella, y que carece de un régimen unitario. En tal sentido, en lo que refiere a la contratación, nuestro derecho reconoce la figura de la inhabilitación en materia de menores de edad (régimen de capacidad atenuada de menores casados y menores púberes respecto de su peculio profesional), demencia (sujeto interdicto parcialmente o inhabilitado parcialmente) y en materia de comerciante fallido (inhabilitación del deudor concursado declarado culpable del concurso, lo que también se extiende a los directores de las personas jurídicas).

3. Respuesta que se sugiere y argumentos.

Respecto de la primera cuestión, voy a postular que la ratificación de la Convención de la ONU no constituye un “giro copernicano”, ni un cambio de paradigma de ninguna especie. Sin pretender calificar esta convención de irrelevante (pues introduce un cambio de perspectiva y de terminología), en lo que refiere al régimen jurídico en materia de los actos y contratos civiles, se trata de una cuestión de matiz o de grado, que bien puede acomodarse bajo el régimen flexible que ya tenemos desde la aprobación el CGP en 1988 y reformado en 2013. El art. 12 de la Convención puede verse como una directiva, dirigida a los Estados (pero que puede ser invocada por el juez), en cuanto a la forma que debe ejercer las potestades -que ya tiene desde 1988 (CGP)- para establecer en qué casos tiene lugar una declaración de incapacidad o de inhabilitación bajo el régimen vigente y qué medidas adoptar, para ese caso concreto, en cuanto a la administración y disposición del patrimonio de la persona discapacitada, e incluso en cuanto a la posibilidad de que el juez, o el curador, consulte la opinión del sujeto discapacitado.

Respecto de la segunda cuestión, cabe apuntar que en algunos casos la habilitación aparece para dotar a un sujeto de potestades que no tendría bajo el régimen general (régimen de capacidad atenuada o limitada de los menores casados o menores púberes respecto de su peculio profesional), mientras que la inhabilitación aparece para hacer posible un régimen especial en materia de administración y disposición en los casos de discapacidad intelectual (interdicción parcial), así como también para el deudor concursado (antiguo “comerciante fallido”). Al margen de la similitud entre la inhabilitación y la incapacidad, se trata de dos figuras que han sido separadas desde el punto de vista conceptual, aunque a nivel del régimen jurídico no contamos todavía con una reglamentación integral de la inhabilitación, lo que ha generado algunas críticas. Es válido preguntarnos si no es hora de plantear un concepto general de inhabilitación que pueda agrupar todos estos supuestos (menor habilitado por matrimonio, menor púber respecto de su peculio profesional, discapacitado intelectual inhabilitado parcialmente y deudor concursado culpable) y dotarlos de un régimen común, al menos mientras no tengamos una regulación legal específica de esta categoría. Sobre este último punto, es posible tomar la regulación incluida en el CCU para los menores habilitados por matrimonio (aplicable por referencia expresa al menor púber respecto de su peculio profesional o industrial), y considerarlo como el modelo legal desde el cual construir esa categoría integral de la inhabilitación.

Sobre las consecuencias jurídicas del llamado error obstáculo y la violencia física en la formación del contrato

José Luis Nicola

Tema: Formación del consentimiento contractual.

Problema a abordar: El negocio jurídico contractual implica, necesariamente, acuerdo de partes. No hay contrato sin acuerdo y este surge cuando, cumpliéndose los requisitos del ordenamiento jurídico, se forma el consentimiento contractual.

Dentro de las previsiones legales al respecto, el Código Civil (CC) uruguayo prevé los llamados vicios del consentimiento, regulados a partir del art. 1269 del CC. Estos se reducen al error, a la violencia y al dolo, excluyéndose expresamente a la lesión como vicio que pueda afectar el negocio contractual.

En este sentido, y fuera del tema relacionado con los supuestos previstos en el numeral 3 del art. 1271 del CC y su inciso final, de los casos de violencia moral y dolo vicio, se presenta una discusión interesante en cuanto a las consecuencias jurídicas del llamado error obstáculo (art. 1271 numerales 1 y 2 del CC), y de la violencia física (art. 1272 y 1274 del CC), en cuanto a sus consecuencias jurídicas.

Por un lado, puede entenderse que el consentimiento no se ha formado y, por tanto, no hay acuerdo. Ergo, no hay contrato. No obstante, existen varias posiciones doctrinarias que expresan que debe regir una u otra consecuencia jurídica, no habiendo unanimidad de la doctrina nacional al respecto. Para algunos debe operar el régimen de la nulidad absoluta, para otros el de la inexistencia y para otros, incluso, el régimen de la nulidad relativa. Todas las posiciones cuentan con respaldo normativo y serios fundamentos.

Por otro lado, también puede entenderse que el consentimiento sí se ha formado. Esto es, hay acuerdo o coincidencia en las declaraciones expresadas. El consentimiento se forma por las declaraciones coincidentes aunque defectuosamente y ello apareja que sea aplicable el régimen de la nulidad relativa.

Por tanto, conviene ingresar en el tema referido el que apareja consecuencias jurídicas relevantes según la posición que se adopte.

Respuesta que se sugiere: El enfoque con el que se aborde el tema es crucial para determinar el camino a seguir. Lo cierto es que el Código Civil permite fundar y sostener cada una de las posiciones que se han planteado, padeciendo de críticas cada una de ellas. La clave está en si consideramos el consentimiento como acuerdo de voluntades o desde la perspectiva de la tesis declaracionista.

Argumento/s central/es: Es claro que el tema planteado obedece a un problema interpretativo, entendiendo a la actividad interpretativa como atribución de significado a los textos jurídicos. Es por esta razón que, cualquiera de las posiciones antes referidas, no pueden catalogarse como *incorrecta* o *falsa*. Lo relevante no es encontrar “la respuesta correcta”, sino comprender el problema y sus posibles soluciones.

La prohibición del arbitrio del artículo 1253 del Código Civil. Segunda parte

Agustín Marchesano

Tema: El art. 1253 del Código Civil prohíbe que la validez y el cumplimiento del contrato queden al arbitrio de uno de los contrayentes. Siguiendo las reglas de interpretación de la ley (arts. 17 y sigs.), en el pasado Encuentro expuso que debe entenderse: (a) por “validez”: la aptitud o idoneidad de un contrato para producir los efectos normales o queridos por las partes y para la ley apoye su ejecución aun forzosamente lo que se da cuando el contrato cumple con las características exigidas por la ley (requisitos esenciales de validez); (b) por “cumplimiento”: el cumplimiento de una obligación, esto es, la satisfacción del interés del acreedor, consistente en el desarrollo la conducta debida de forma diligente o en la obtención de un resultado; (c) por “arbitrio”: la facultad de alguien de hacer algo libremente, por su exclusiva voluntad, esto es, sin necesidad del consentimiento de otro. En conclusión, el art. 1253 establece y refuerza la fuerza vinculante del contrato para las partes (art. 1291) y prohíbe que éstas puedan libremente y por la exclusiva voluntad de una de ellas decidir si el contrato es apto para producir efectos jurídicos o no, si obliga o no, si es vinculante o no, si lo cumple o no, sin que ello apareje responsabilidad.

Además, a partir de lo anterior, se concluyó que: (a) el art. 1253 no prohíbe las cláusulas de recesso *ad nutum* en los contratos con plazo determinado ni las de modificación unilateral del contrato. porque en estas cláusulas no están en juego ni la validez ni el cumplimiento del contrato, sino en todo caso su extinción o modificación o su duración; (b) en cambio, las cláusulas de exoneración total de responsabilidad serían contrarias al art. 1253. La doctrina tradicionalmente sostuvo que estas cláusulas son nulas con fundamento en el art. 1413.

Problema a abordar: a partir de las conclusiones precedentes, resulta necesario determinar: (i) la consecuencia de que se pacten cláusulas de exoneración total de responsabilidad, es decir, si la nulidad es la solución adecuada; (ii) si el art. 1253 es aplicable en otros supuestos no considerados por la doctrina o la jurisprudencia.

Respuesta sugerida: (i) Sobre la primera interrogante, comparto la posición de Caffera en cuanto a que es posible pactar cláusulas de exoneración total de responsabilidad con la consecuencia de que no nacerá una obligación jurídica; no habría contrato (sino solo un acuerdo no vinculante) o sería un contrato unilateral (si la otra parte sí se obligó jurídicamente). La nulidad no es la solución adecuada para el pacto de exoneración total de responsabilidad.

(ii) Sobre la segunda interrogante, existe otro supuesto en que puede ser útil el art. 1253. En virtud de dicha norma, la ley no protege en interés caprichoso del acreedor. Por tanto, la facultad denegativa del acreedor a la paga hecha por un tercero (no deudor) prevista en el art. 1452, debería considerarse (a la luz del art. 1253) que refiere únicamente a aquellos casos en que, por la naturaleza de la convención, por un pacto expreso o por establecerlo una ley especial, deba ser específicamente la persona del deudor quien cumpla con la obligación de hacer. No basta la mera oposición caprichosa.

Argumentos centrales: (i) Es posible pactar cláusulas de exoneración total de responsabilidad y que su consecuencia únicamente sea que no nace una obligación jurídica, porque: (a) nadie está obligado a obligarse u obligado a contratar (*freedom from contract*); (b) el art. 1253 prohíbe dejar al arbitrio el “cumplimiento” de los *contratos* o de las obligaciones, por lo tanto, al no generar obligaciones jurídicas, estas cláusulas quedan por fuera del art. 1253; (b) ante el pacto de estas cláusulas, no hay contrato porque no hay consentimiento o solo hay consentimiento para un contrato unilateral. El consentimiento contractual requiere intención de obligarse (art. 1262 inc. 2); (c) simplemente estaríamos aceptando una forma distinta de ingresar en acuerdos no vinculantes (como los acuerdos

preparatorios, cartas de intención o memorándums de entendimiento), los que en general son admitidos.

(ii) Sobre el “interés caprichoso del acreedor”, si se admitiera que el acreedor puede negarse a recibir la prestación por parte de un tercero (oposición caprichosa), argumentando que tiene interés en recibirla del propio deudor -cuando esto no fue pactado ni surge de una ley especial ni de la naturaleza de la convención-, ello implicaría dejar la posibilidad o imposibilidad de cumplimiento (por un tercero) al arbitrio (exclusiva voluntad, capricho) del acreedor, lo que sería contrario al art. 1253.

Operación económica y teoría de la causa concreta

Jaime Berdaguer

Marco general: causa de los contratos.

Tema concreto a abordar: La teoría de la causa concreta (operación económica concreta) ¿en qué consiste? ¿es admisible? ¿ventajas y peligros?

Los contratos no son fines en si mismos sino que se otorgan como medios o instrumentos para el cumplimiento de cierta “finalidad económica” a la cual tradicionalmente se la ha denominado “causa”.

En contra de lo que indirectamente expresa el art. 1287, en la realidad dicha finalidad económica común de ambos contratantes (“causa”) jamás es “genérica o abstracta”, o sea, nunca es “una ventaja o provecho” genéricos (si fuera oneroso) ni una “mera liberalidad” genérica (si fuera gratuito). Jamás los otorgantes celebran contrato alguno atendiendo a finalidades económicas “genéricas o abstractas”; por el contrario, cuando celebran cualquier contrato, lo hacen con la finalidad de realizar cierta “operación económica concreta”.

La moderna “teoría de la causa concreta” tiene el mérito de identificar a la causa de los contratos con “la operación económica concreta” negociada en concreto entre las partes, la cual, a la vez y desde ángulo de la interpretación de los contratos, concuerda (coincide) exactamente con la “intención común” de los contratantes que la han programado y negociado en concreto (art. 1298). Y a su vez, finalmente, la determinación de la causa concreta se propaga a la fase funcional del contrato pues proyecta la incidencia de la causa en la determinación de cuando existe (o no) incumplimiento, de cuando procede (o no) la resolución del art. 1431, etc.

Principales argumentos:

1. El C. Civil Uruguayo (siglo XIX) aceptó indirectamente (causa “inmediata”) la teoría subjetiva clásica francesa de la causa genérica o abstracta (Domat, Pothier, Art. 1131 Cod. Francés) o sea, la llamada “causa subjetiva abstracta genérica” (“ventaja o provecho genérico” o “mera liberalidad genérica) haciendo una alusión a ella en el antes citado art. 1287 y también en el art. 1261 N° 4, al hablar de “causa *inmediata* de la obligación”. El fundamento por el cual el legislador realizó las mencionadas alusiones fue el separar a la “causa” de los “motivos íntimos” (no exteriorizados) que pudieran haber impulsado a cada uno de los contratantes para celebrar el contrato.

Con ello el legislador: a) por un lado, sacrificó la verdadera función de la causa pues ésta es un instituto cuya finalidad es la de servir de medio de contralor de la contratación y, para lograr dicha finalidad, sirve realmente de muy poco el atender solo a las “finalidades abstractas o genéricas”;

b) por otro lado, de ese modo el legislador reforzó la seguridad de la contratación, al quedar así ratificado el principio de la “irrelevancia de los motivos íntimos”, es decir, la irrelevancia jurídica de aquellas motivaciones interiores de los otorgantes (íntimas, no declaradas, ni negociadas) sentidas por cada parte en el momento de otorgar el contrato, con el fin último de evitar que dichos “motivos íntimos” pudieran luego ser invocados como excusa para cuestionar la validez de los contratos.

2. El legislador uruguayo no advirtió que, entre ambos extremos, o sea, (a) entre por un lado - la causa subjetiva abstracta genérica, y (b) por otro lado - las motivaciones íntimas no negociadas de cada parte - (c) existía un punto medio (el los llamados “intereses concretos de las partes”) que consiste en “los intereses concretos declarados y negociados por ambas partes al otorgarse el contrato cuya coordinación configura la llamada “operación económica concreta” (“el negocio”) en la cual todo contrato consiste. Dichos “intereses” (negociados por las partes) aunque a veces figuran en el propio texto del contrato (y, cuando ello es así, su relevancia jurídica jamás se ha discutido) en la mayoría de los casos No figuran en el texto sino que tan solo pueden ser a posteriori deducidos y determinados por los Magistrados en la búsqueda de la “común intención” (art. 1298) cuando realizan la labor de

interpretación de los contratos; en particular, cuando al hacerlo aplican las llamadas reglas extra-textuales de la interpretación (hechos de los contrayentes, contexto de la operación, etc).

3. Como puede apreciarse, la moderna teoría de la causa concreta (operación económica concreta) en lo que respecta a su fundamento, concuerda con la teoría clásica subjetiva de la causa genérica abstracta. Pues ambas tesis coinciden en cuanto a lo fundamental: la absoluta irrelevancia jurídica de los motivos íntimos de los contratantes.

4. Dicho lo anterior, debe reconocerse la indiscutible la superioridad de la nueva tesis de la causa concreta (respecto de la teoría clásica de la causa genérica abstracta) en cuanto al logro, por la nueva tesis, de que finalmente el instituto de la “causa” cumpla realmente con su función de servir útilmente como un medio para control de la autonomía privada en la contratación.

5. Por otra parte, las eventuales nulidades a las que puede dar lugar la aplicación de la nueva teoría de la causa concreta solo podrían afectar a las partes (a quienes celebraron el contrato y a sus sucesores) pero, en cambio, no hace peligrar al comercio jurídico ulterior pues - de acuerdo con la doctrina moderna sobre las nulidades (que combina la aplicación de los arts. 1565 inc. 2 y 1318) - la referida nulidad no puede perjudicar a los terceros sub-adquirentes de buena fe, a título oneroso.

6. Desde otro plano, la tesis de la causa concreta (operación económica concreta) se viene aplicando centenaria y universalmente – sin nombrarla – tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia, en la solución de los conflictos que se plantean en ciertos “tópicos” clásicos concretos como lo son, por ej, la simulación, el negocio en fraude a la ley, el negocio indirecto, la presuposición, etc. Así, por ejemplo: ¿Qué otra cosa es la histórica “causa simulandi” (sin cuyo análisis jamás juez alguno podría decretar que, “en tal caso concreto existió realmente simulación”) sino la determinación de la “operación económica concreta (causa concreta) diseñada y regulada por el famoso “acuerdo simulatorio”?

En este plano, la moderna tesis de la causa concreta cumple una función de “sinceramiento” (coherencia de pensamiento). Pues la aplicación de la tesis de la causa concreta - que en el pasado estaba limitada (sin nombrarla) a la solución de los antes referidos tópicos concretos (simulación, fraude a la ley, negocio indirecto, etc) – en adelante, de lograrse su reconocimiento general, se produciría un proceso de generalización que se extendería a la “causa” de todos los contratos.

7. En la actualidad, la tesis de la causa concreta ha sido aceptada en nuestro país por un conjunto de juristas: Gamarra, Blengio, Larrañaga, De Cores, Berdaguer, etc., entre otros. Otros juristas han formulado algunas críticas.

Asimismo, dicha tesis es constantemente utilizada por nuestra jurisprudencia en incontables sentencias; en particular, en materia de contratos coligados o conexos, en contratos atípicos complejos, etc.

Principales contra-argumentos:

1. En su contra se ha sostenido que históricamente siempre se entendió que nuestro derecho positivo se inclinaba por la teoría francesa clásica genérica abstracta, al expresar, en el art. 1261: “la causa *inmediata* de la obligación” y, en el art. 1287, al hacer referencia *genéricamente* a la “ventaja o provecho” o a “la mera liberalidad”.

A ello puede contestársele: a) en primer lugar, con el principio indiscutible de que “las definiciones (o alusiones erróneas) del legislador no obligan a la doctrina”. Si ello no fuera así- si realmente los civilistas estuviésemos obligados a perpetuar los criterios que “quiso establecer nuestro legislador del S. XIX”- no habrían surgido la mayoría de los excelentes estudios de nuestros civilistas modernos (por ej, el Tratado del Maestro Gamarra), ni nuestra moderna jurisprudencia, etc.

b) en segundo lugar, tanto la caracterización de la causa como “*inmediata*” (art. 1261, N° 4) que formula nuestro C. Civil, como la alusión a la “*ventaja o provecho*” o a la “*mera liberalidad*” (art.

1287) son expresiones lo suficientemente amplias como para tolerar perfectamente (abarcarse) a la nueva “teoría de la causa concreta”, la cual, por otra parte, concuerda con el fundamento de la teoría francesa clásica abstracta en cuanto a que ambas postulan la total irrelevancia de los motivos íntimos.

2. Otro contra-argumento ha sostenido que si la tesis de la causa concreta fuera mal interpretada por cierta jurisprudencia ello podría generar, sobre todo respecto de las “finalidades últimas” de ciertas operaciones (los llamados “motivos ulteriores”) el peligro de que se produjera una “policía de las consciencias”.

Dicho peligro es real; la única manera de evitarlo es mediante una consciente labor constructiva de nuestra excelente doctrina civilista la que, a través de sucesivos estudios futuros, deberá abocarse a la tarea de delimitar nítidamente los confines del nuevo instituto.

Régimen jurídico de un edificio antes de su incorporación a Propiedad Horizontal

Andrés Mendive Dubourdieu

Problema: Existen actualmente muchísimas situaciones de edificios cuya construcción ha culminado, por lo que están siendo habitados por los promitentes compradores, no obstante lo cual aún no se ha obtenido la incorporación al régimen de Propiedad Horizontal. Ello implica una serie de problemas, dentro de los cuales trataremos tan sólo dos de ellos. El primero consiste en establecer el mecanismo para lograr la incorporación al régimen de Propiedad Horizontal por parte de los promitentes compradores, aún en los casos en que no se cuente con la colaboración del promitente vendedor. En segundo lugar, procuraremos determinar cuáles son las reglas sobre las que los promitentes compradores pueden tomar decisiones, distribuir e imponerse gastos mutuamente, respecto del funcionamiento y mantenimiento del edificio en forma previa a la referida incorporación a la Propiedad Horizontal. **Solución al primer problema: Incorporación al Régimen de Propiedad Horizontal:** En Uruguay carecemos de normativa específica para el período de la Prehorizontalidad. La Jurisprudencia ha reconocido *“la facultad del promitente comprador de reclamar judicialmente que se determine el plazo dentro del cual el promitente vendedor debe constituir la propiedad horizontal. En esta línea el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno (...)entendió adecuado establecer un plazo de 3 meses para cumplir la obligación de dar el final de obra y constituir la propiedad horizontal”*[1]. Recordemos que La Ley 10.751 requiere a los efectos de la incorporación al régimen de Propiedad Horizontal la presencia de ciertos elementos, entre los que cabe resaltar la habilitación municipal de las obras. En 1974 la Ley 14.261 estableció un nuevo procedimiento para dicha incorporación. Dicha norma requiere que haya un permiso municipal aprobado, plano proyecto de fraccionamiento conforme al indicado permiso, préstamo hipotecario con BHU y reglamento de copropiedad. La ley 16.760 extendió este régimen a los casos en que la financiación se produce por bancos privados. Más cercano en el tiempo encontramos los artículos 18 y 19 de la Ley 18.795, por la cual se prescinde de la habilitación final como requisito. Conforme a éstos es necesaria la obtención del permiso municipal de construcción, certificación de la habitabilidad del edificio, nuevamente financiamiento de institución financiera pública o privada, inscripción del plano de fraccionamiento en Catastro, Reglamento de Copropiedad y Seguro de Incendio. Un mecanismo alternativo está previsto en el artículo 20 de la misma Ley 18.795, en la redacción dada por la Ley 19.996: *“(Horizontalidad adquirida).- Los edificios construidos al amparo de lo dispuesto por la Ley N° 10.751, de 25 de junio de 1946, incluidos aquellos que hubieren obtenido horizontalidad por imperio del Capítulo III del Decreto Ley N° 14.261, de 3 de setiembre de 1974 y de la Ley N° 16.760, de 16 de julio de 1996, que carezcan de habilitación final y con prescindencia de lo dispuesto por el artículo 35 de la Ley N° 18.308, de 18 de junio de 2008, se considerarán con horizontalidad adquirida definitiva, en tanto se cumpla con los siguientes requisitos:A) Los establecidos en los literales B) y D) de los artículos 5° y 6° del Decreto Ley N° 4.261, de 3 de setiembre de 1974. B) Que se hayan ocupado una o más unidades del edificio por un plazo mayor a tres años, lo que se acreditará mediante documento público o privado con fecha cierta. El plazo de tres años se contará en todos los casos a partir de la fecha cierta del referido documento. Se prescindirá del requisito del otorgamiento del reglamento de copropiedad y la hipoteca recíproca cuando el trámite de incorporación propiedad horizontal sea realizado por los promitentes compradores”*. Así, aquellos edificios que cuenten con certificado de habitabilidad, constancia de ocupación mayor a tres años y plano de mensura y fraccionamiento horizontal presentado a Catastro, logran su incorporación al régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de los restantes requisitos establecidos por los artículos 18 y 19 de la ley y, fundamentalmente, prescindiendo de toda acción del promitente vendedor. **Segundo problema: relaciones entre los promitentes compradores durante la prehorizontalidad:** Las disposiciones que regulan la contribución al pago de los gastos comunes y adopción de decisiones por mayoría de la Asamblea de Copropietarios no resultan aplicables a los edificios aún no incorporados a Propiedad Horizontal. El problema más relevante se presenta en aquellos casos de edificios aún no incorporados a Propiedad Horizontal en los cuales no se previó en las promesas de compraventa un régimen de administración y contribución a los gastos comunes. Aún cuando en la etapa previa a la incorporación a la propiedad horizontal no rigen las normas que regulan dicho sistema y por ello no existe un mecanismo legal específico de toma de decisiones, asunción de gastos y cobro compulsivo de los

mismos, el Código Civil, a través del mandato tácito, la gestión de negocios, el enriquecimiento injusto y los institutos de aplicación general a las situaciones de pago de una deuda por parte de un tercero, sea interesado o no, permiten brindar una respuesta a la problemática. Solamente quedan excluidos de estas soluciones las hipótesis en que la hipotética obligación de pago no tiene por fuente el imperio legal, un mandato tácito, un cuasicontrato de enriquecimiento injusto o gestión de negocios o, directamente, el consentimiento del promitente comprador deudor. Del mismo modo, tampoco opera en caso de que el deudor se oponga al pago. Resulta conveniente el establecimiento de disposiciones que regulen específicamente la problemática de la etapa de prehorizontalidad, tal como sucede en Argentina o ha sido sugerido en nuestro país hace ya muchos años.

[1] Sentencia N° 35/2018 del TAC 5°, citada por Mantero, E., Howard, A., y Frigerio, A., Propiedad horizontal, Primera edición, FCU, Montevideo, 2020, p. 312.

Régimen de los seguros en la propiedad horizontal

Alfredo Frigerio

En los últimos tiempos y a raíz de ciertos episodios que han tenido lugar en nuestro país ha comenzado a cobrar cada vez mayor importancia la relación entre el contrato de seguro y la propiedad horizontal. El tema se presenta como problemático desde un primer momento por la oscuridad de los textos legales que refieren al punto, así como por la relevancia que puede tener contar con una cobertura de seguro adecuada en caso de que por cualquier motivo se produzca la destrucción de un edificio construido en régimen de propiedad horizontal.

Lo más llamativo es que los problemas que plantean los seguros en la propiedad horizontal tienen lugar generalmente bajo la sombra y ante la ignorancia de los copropietarios respecto de la entidad de las dificultades que plantea su regulación y los problemas que dicho extremo generaría en caso de que el edificio se destruya.

El interés que suscita este tema se fundamenta principalmente en dos motivos principales. El primer motivo es la realidad imperante en nuestro país que indica que cada vez son más las personas que deciden vivir en unidades de propiedad horizontal, tanto en propiedad horizontal común como en urbanizaciones de propiedad horizontal creadas por la Ley N° 17.292. El segundo motivo es que justamente una de las particularidades más significativas de la propiedad horizontal es la existencia de dos tipos de bienes, los bienes propios y los bienes comunes, lo que implica que, a diferencia de la propiedad común, en la propiedad horizontal, necesariamente existirá una copropiedad necesaria sobre ciertos bienes. Justamente esa necesaria copropiedad de los bienes comunes que surge, entre otros, de los arts. 2, 4, 5 y 8 de la Ley N° 10.751 (en adelante, la “Ley”), determina que como contrapartida al uso que cada copropietario puede hacer de los bienes comunes exista a su vez la obligación de contribuir con su mantenimiento, extremo que se traduce en la obligación de pagar gastos comunes.

La revisión de la normativa aplicable tanto a la propiedad horizontal como al contrato de seguro permite confirmar desde un principio que, más allá de que el legislador consideró conjuntamente al contrato de seguro y a la propiedad horizontal en varias de las normas aplicables, la regulación que dio no fue completa ni clara, lo que genera una serie de interrogantes sobre su régimen jurídico, los que hasta la fecha no han sido objeto de tratamiento doctrinario ni jurisprudencial suficiente.

Atendiendo a lo mencionado, el objeto de la presente ponencia será entonces el de analizar los distintos textos normativos que existen en el Derecho uruguayo sobre los seguros en la propiedad horizontal, procurando precisar su régimen jurídico.

Para determinar el régimen jurídico aplicable a los seguros en la propiedad horizontal es necesario revisar tanto las normas que regulan al contrato de seguro como las que regulan a la propiedad horizontal.

Al revisar la Ley N° 19.678 que regula en forma integral el contrato de seguro se aprecia fácilmente que no se incluyó ninguna regulación especial respecto de los seguros en la propiedad horizontal, más allá de que sus disposiciones sean relevantes igualmente para conocer el régimen jurídico del seguro en general, siendo que será de aplicación por defecto también a los contratos de seguro sobre bienes que se encuentren en régimen de propiedad horizontal.

Por su parte, en la normativa relativa a la propiedad horizontal, se encuentran menciones al contrato de seguro en las leyes N° 10.751, 14.261 y 18.795. De esas menciones solamente se comprende que se trata de un seguro obligatorio para riesgos de ascensor y de incendio y el monto mínimo que debe cubrirse con el de incendio, sin ninguna precisión adicional sobre los bienes que deben quedar cubiertos ni detalle completo de riesgos, exclusiones permitidas o cualquier otro aspecto relevante sobre la cobertura.

Como respuestas a las dificultades mencionadas se proponen las siguientes respuestas:

- a. La regulación sobre seguros obligatorios en la propiedad horizontal vigente en nuestro ordenamiento jurídico genera una serie de dificultades interpretativas que no contribuyen a la necesaria seguridad jurídica que deberían proyectar los textos legales que disciplinan un seguro obligatorio.
- b. Si bien no se trata de la opción más razonable para un seguro que pretende proteger a la copropiedad del costo excesivo de una reconstrucción total o parcial de un edificio, de los textos normativos vigentes parece desprenderse (no sin ciertas dudas) que el seguro de incendio abarca únicamente los bienes comunes de la propiedad horizontal y no a los bienes propios de cada copropietario.
- c. La cobertura del seguro obligatorio que se crea por la Ley N° 10.751 establece una cobertura que es parcial en un doble sentido ya que: (i) solamente abarca a los bienes comunes dejando por fuera a los bienes propios; y (ii) el Decreto-Ley N° 14.261 establece que la cobertura mínima requerida es por un monto equivalente al 20% del valor fiscal de las unidades, lo que da lugar a una hipótesis de infraseguro de origen legal. Con esta solución y al verificarse el infraseguro es de aplicación el art. 56 de la LCS en donde se establece que “el asegurador solo indemnizará en la proporción que resulte de lo que se ha asegurado en relación a lo que ha dejado de asegurarse”, salvo que se pacte lo contrario.
- d. Respecto del denominado seguro de “daños de ascensor”, ni la Ley ni el resto de las normas aplicables a la propiedad horizontal contribuyen a precisar su alcance ni requisitos. Por lo anterior, los edificios construidos en régimen de propiedad horizontal cumplen con este requisito contratando un seguro de responsabilidad civil por daños causados por el ascensor, por el monto que entiendan conveniente.
- e. No existen consecuencias directas que se deriven de la no contratación de los seguros obligatorios. Los mecanismos de control son indirectos y están dados por la imposibilidad de obtener la incorporación a la propiedad horizontal en ciertos regímenes o por la imposibilidad de otorgar escrituras públicas o inscribir negocios en los registros correspondientes que refieran a los bienes propios de titularidad de los copropietarios individualmente considerados.
- f. Los copropietarios reunidos en asamblea pueden por mayoría simple decidir la contratación de seguros por montos mayores al exigido por la Ley y que cubran otros riesgos sin limitaciones. La decisión tomada por la mayoría simple de copropietarios obliga a todos los copropietarios a contribuir con el pago de la prima o premio de los seguros que se resuelva contratar.

El fraude en el seguro de responsabilidad civil

Manuela Prandi Reyes

Tema: El fraude en el contrato de seguro, regulado por el art. 38 de la Ley N° 19.678, de 26 de octubre de 2018. Particularidades del fraude en el seguro de responsabilidad civil.

Problemas a abordar: a) ¿Cuáles son los elementos estructurales para la configuración del fraude en el contrato de seguro a partir de la vigencia de la Ley N° 19.678? b) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas del referido fraude? c) ¿Qué particularidades presenta el fraude en el ámbito específico del contrato de seguro de responsabilidad civil?

Respuestas sugeridas y argumentos centrales: El fraude en el contrato de seguro no requiere que el tomador, asegurado o beneficiario (sujeto activo) tenga intención de ocasionar un daño, sino que se requiere que el sujeto activo del fraude persiga: a) la finalidad de “conseguir un enriquecimiento ilícito para sí o para un tercero”, la cual se encuentra establecida expresamente por el art. 38 de la Ley N° 19.678, y b) la intención de engañar al asegurador, la cual forma parte del propio concepto de fraude y se encuentra implícita en el hecho de que se requiere por la referida disposición que haya “procurado intencionalmente la ocurrencia del siniestro o exagerado sus consecuencias” con el fin de obtener la indemnización por parte del asegurador. En consecuencia, los elementos estructurales para la configuración del fraude en el contrato de seguro son: a) la provocación intencional del siniestro o la exageración intencional de las consecuencias del siniestro por parte del sujeto activo del fraude; b) que la conducta relacionada en el literal anterior sea realizada con la intención de engañar al asegurador, a efectos de obtener un enriquecimiento antijurídico para sí o para un tercero, por medio de la indemnización que se espera recibir del asegurador; c) una relación de causalidad entre la provocación intencional del siniestro o la exageración intencional de sus consecuencias y la intención del tomador, asegurado o beneficiario de engañar al asegurador, a efectos de obtener el enriquecimiento ilícito indicado. La primera consecuencia jurídica de la configuración del fraude, establecida por el inc. final del art. 38 del mencionado cuerpo normativo, es que no nace el derecho a la indemnización para el tomador, el asegurado o el beneficiario. Por lo tanto, el fraude en el contrato de seguro no produce la nulidad del contrato, sino que se trata de un supuesto de exclusión de cobertura. En efecto, la nulidad constituye una categoría normativa que debe encontrarse preceptuada por el ordenamiento jurídico e implica una calificación realizada por el legislador, que es aplicable a aquellos actos o negocios jurídicos que no se adecuan al modelo dispuesto por la ley. Por el contrario, en el supuesto de fraude en el contrato de seguro, la ley no sólo no estableció la nulidad como consecuencia jurídica, sino que, en la propia ley se dispuso una consecuencia jurídica diferente a la nulidad del contrato. Además, el art. 38 de la ley citada, no se corresponde con el régimen de las restituciones en las nulidades dispuesto por el art. 1565 del Código Civil, puesto que, mientras las partes de un contrato declarado nulo deben realizarse las restituciones, la primera disposición nombrada establece que el tomador, asegurado o beneficiario no tendrá derecho a que se le devuelva la prima abonada. La segunda consecuencia jurídica, regulada en la misma disposición, es la no devolución de la prima abonada, la cual, a diferencia del premio no incluye impuestos, tasas y recargos (art. 2 inc. final de dicha ley). Al tratarse de la prima “abonada”, no queda incluida la prima que al momento de concreción del fraude no se hubiere pagado por el tomador o asegurado, por no ser aún exigible, de conformidad con lo pactado en la póliza. Sin perjuicio de que el fraude necesariamente debe ser cometido por el asegurado, el tomador o el beneficiario, el fraude en el seguro de responsabilidad civil presenta como particularidad esencial la intervención del tercero damnificado, tanto en la modalidad de procurar intencionalmente el acaecimiento del siniestro como en la modalidad de exageración intencional de las consecuencias del siniestro. En la primera modalidad, el asegurado, el tomador o el beneficiario pueden causar intencionalmente el siniestro con el consentimiento y la participación de un tercero que resulte damnificado, a efectos de obtener fraudulentamente un enriquecimiento ilícito por medio de la indemnización del seguro de responsabilidad civil, que abonará el asegurador. Así, si se trata de un seguro de responsabilidad civil de vehículo automotor, el asegurado y el tercero dañado pueden ocasionar de forma intencional un accidente de tránsito para que el asegurador le abone al asegurado la suma por la cual este último resulte civilmente responsable de los daños causados al tercero. Por su parte, el fraude en el seguro de

responsabilidad civil mediante la modalidad de exageración intencional de las consecuencias dañosas del siniestro, necesariamente se realizará con el consentimiento y la participación del tercero damnificado, pues es quien alegará y probará en el juicio de responsabilidad civil, por medio de pruebas falsas o engañosas, que los daños y perjuicios padecidos son mayores a los que en realidad sufrió, tanto en cuanto a su existencia como en cuanto a su entidad y consecuente cuantificación. Así, si el tercero damnificado sufrió lesiones leves de rápida curación, las hará parecer como lesiones graves de lenta recuperación y causantes de múltiples secuelas, mediante certificados médicos falsos, testigos mentirosos y otros medios antijurídicos. Asimismo, el asegurado participará del fraude no contradiciendo las pruebas falsas o engañosas ofrecidas por el tercero damnificado, e inclusive presentando testigos y otros medios probatorios que confirmen la versión falsa de los hechos relatados por el tercero damnificado, con la intención de engañar al asegurador para obtener de forma ilícita, de parte de este último, una indemnización por daños que no existieron o por daños cuya cuantificación es desproporcionada en relación al perjuicio efectivamente padecido.

Contrato de comodato y percepción de frutos

Hermes Gaspar Sosa y Tomás Ameixeiras

Tema: Este trabajo tiene por objetivo abordar la relación entre el contrato de comodato y la percepción de frutos, considerando que el artículo 2218 del Código Civil establece que “*el comodante conserva la posesión y la propiedad o el derecho en cuya virtud hace el comodato: **el comodatario adquiere la mera tenencia y el uso, pero no los frutos**; si interviene algún emolumento pagable por el que recibe la cosa para usar de ella, la convención dejará de ser comodato.*” A la luz de este artículo, parecería mostrarse una relación trilateral entre mera tenencia – uso – frutos que nos proponemos estudiar.

Problema a abordar: Concretamente, buscamos realizar una interpretación del artículo 2218 del Código Civil, buscando responder dos preguntas centrales; 1) ¿Es una norma de orden público? ¿Admite pacto en contrario?, 2) para el caso en que el comodatario perciba los frutos de la cosa entregada en comodato ¿Qué consecuencias jurídicas apareja? En cuanto a la primera pregunta, la doctrina uruguaya ha expresado que la percepción de los frutos no corresponde al comodatario, pues se trata de un sujeto cuya vinculación jurídica con la cosa es a título de mera tenencia. Encuentran en la mera tenencia, el fundamento del artículo 2218 del Código Civil. Sin embargo, consideran que la única hipótesis donde el comodatario podría apropiarse de los frutos es cuando estos están ínsitos en el uso para el que se entregó la cosa. En otras palabras, no se puede usar la cosa sin gozar de los frutos. A pesar de ello, la doctrina en general no resuelve sobre la naturaleza del artículo 2218 del Código Civil, de modo que solo indirectamente se podría inferir que lo consideran una norma de orden público. En cuanto a la segunda pregunta, nos proponemos describir qué consecuencias jurídicas apareja la apropiación de los frutos por parte del comodatario, cuando las partes nada han pactado al respecto. Dicho esto, buscamos indagar en donde incide esta conducta, quién estaría legitimado para reclamar por ello y qué acciones podría iniciar. La problemática que buscamos abordar es relevante, pues resolver si el artículo 2218 del Código Civil configura o no una norma de orden público permite, entre otras cosas, ampliar las facultades del comodatario y tomar una solución que se adapte de mejor manera a la lógica de autonomía privada que reina nuestro Código Civil.

Respuesta sugerida: Desde nuestra perspectiva, el artículo 2218 del Código Civil no constituye una norma indisponible para las partes y, por el contrario, éstas podrían libremente optar por permitir que el comodatario haga suyos los frutos. Consideramos que no es una norma de orden público, pues ni el tenor literal de la misma lo sugiere, ni el contexto donde esta se ubica, ni las consecuencias que un pacto en contrario puede aparejar para la tipología del contrato de comodato. Teniendo esto en cuenta, consideramos que la circunstancia de que al comodatario se le faculte a apropiarse de los frutos, no trae como consecuencia que el contrato de comodato pierda su naturaleza. Sin perjuicio de que también podría considerarse que estamos frente a un contrato atípico o bien frente a un contrato mixto, donde hay por un lado un comodato y por otro lado una donación de frutos. Todas estas alternativas tienen como común denominador que un pacto en contrario al artículo 2218 del Código Civil es admisible.

Argumentos centrales: Nuestras conclusiones se fundan en 4 argumentos sencillo; 1) el contrato de comodato como contrato gratuito, típico y nominado por el Código Civil no queda desdibujado por la circunstancia de facultar al comodatario a apropiarse de los frutos (la causa gratuita no desaparece). 2) a partir del tenor literal del artículo citado parece forzoso concluir que está describiendo una determinada situación, no prescribiendo una prohibición. 3) existen vastos argumentos de derecho positivo para negar una relación de necesidad entre la situación jurídica de mera tenencia y la prohibición de percibir frutos; basta mirar los artículos 733 y 1776 del Código Civil para sostener lo contrario. 4) la función del artículo 2218 del Código Civil se explica por la ubicación contextual de esta; se trata de una norma que pretende hacer menos gravosa la situación de quien realiza una liberalidad, sin que de ello pueda inferirse que su renuncia es indisponible para las partes.

Activos virtuales

Carlos de Cores Helguera

El propósito de la ponencia es abordar la problemática de los denominados criptoactivos o activos virtuales (tokens, en inglés) desde el punto de vista del derecho privado patrimonial y particularmente desde el derecho de obligaciones y contratos. La importancia de la temática es enorme. Se habla de “Token Economy”, e incluso se han acuñado ya varios neologismos en español: “tokenización”, “tokenizado”, estimándose que pronto una gran parte del producto bruto mundial será representado y gestionado por medio de tokens.

Por lo tanto, resulta oportuno y conveniente un estudio al menos propedéutico, una explicación preliminar de los activos virtuales y sus mercados. Con este fin, se verá una definición operativa, se dará cuenta del proceso evolutivo que culmina con la aparición de los activos virtuales, y se intentará explicar la mecánica de su producción, a partir de un conocido documento atribuido a Satoshi Nakamoto, del año 2008, conceptualizando la técnica subyacente, conocida como DLT (distributed ledger technology) o TRD (tecnología de registro distribuido).

Finalmente se propondrá una reflexión sobre cómo el uso de dicha técnica puede revolucionar el derecho privado.

El Pacto Marciano en el Derecho Uruguayo

Marcelo Amorín

En la prenda común en ejercicio de la autonomía privada las partes pueden convenir al constituirse la garantía o ulteriormente prescindir de un proceso de ejecución judicial o extrajudicial a tenor de lo dispuesto en el artículo 2301 del Código Civil.

Dentro de los pactos posibles, la autonomía privada se encuentra limitada, en efecto, la convención será válida dentro de los límites del orden público la moral y las buenas costumbres, en esa limitación se inserta la no admisión del daño injusto, el *favor debitoris* o contemporáneamente el *favor debilis*, y la *par conditio creditorum*.

Esta ponderación y no extensiones analógicas que desconsideran una norma expresa en sede de prenda o la atribución de carácter voluble al legislador, son las que llevan a excluir al pacto comisorio como contenido normativo posible de ese pacto de adjudicación al acreedor del referente material de la prenda, por lo que el pacto expreso que posibilita que el acreedor devenga propietario de la cosa dada en prenda no puede estructurarse de ese modo, el pacto comisorio es nulo en la prenda común.

La fijación del valor del bien mediante criterios objetivos excluye este cuestionamiento, y por tanto el pacto marciano es la única convención que será secundada por el artículo 2301 del Código Civil uruguayo, cuando edicta que: “*Nadie puede apoderarse por autoridad propia de la cosa de deudor por vía de prenda, a no ser que expresamente se le hubiere conferido esa facultad por el deudor*”

Saneamiento por vicios ocultos e incumplimiento por falta de calidad: propuesta de delimitación

Aparicio Howard

Tema: Saneamiento por vicios ocultos en la compraventa

Problema a abordar: La delimitación entre el saneamiento por vicios ocultos y el incumplimiento por falta de calidad. La revisión de la doctrina y de la jurisprudencia evidencia que no existe un criterio claro respecto de cuándo tiene aplicación el régimen del saneamiento por vicios ocultos y cuándo el régimen general del incumplimiento, lo que genera una importante inseguridad jurídica.

Respuesta que se sugiere: El saneamiento por vicios ocultos es aplicable exclusivamente a la venta de cosas específicas, mientras que el régimen general del incumplimiento es aplicable a la venta de cosas genéricas.

Argumentos centrales: La tesis de que el saneamiento por vicios ocultos solo es aplicable a la venta de cosas específicas se desprende del texto legal y de los antecedentes históricos.

La regulación de la compraventa en el Código Civil está pensada -principalmente- para la venta de una cosa específica. Ello se desprende, entre otras normas, del art. 1689 que establece que el vendedor cumple su obligación si entrega al comprador la cosa tal cual se hallaba al tiempo del contrato, del art. 1724 que dispone que el vicio tiene que ser preexistente al momento de la venta y del art. 1720 que consagra las acciones entre las que puede optar el comprador ante la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida. A su vez, la regulación del Código Civil se explica si se toma en consideración el origen del saneamiento por vicios ocultos, el que se encuentra en los edictos de los ediles curules respecto de la venta de esclavos y de animales de carga o de tiro. Tratándose de la *venta de una cosa específica* no se puede argumentar que hay incumplimiento del vendedor si este entrega al comprador la cosa misma vendida tal cual se hallaba al momento del contrato, aunque esta presente un defecto o vicio oculto. En tal caso, el comprador no podrá recurrir al régimen general del incumplimiento, pero el vendedor responderá del vicio oculto preexistente al contrato por el plazo de 6 meses desde la entrega de la cosa vendida.

Distinto es lo que sucede con la *venta de cosas genéricas*, donde el vendedor se obliga a entregar una cosa que tenga las cualidades previstas en el contrato y las que normalmente se espera que tenga un bien que pertenece a ese género. La entrega de una cosa que carece de las cualidades expresa o tácitamente previstas por las partes en el contrato de compraventa determina el incumplimiento del vendedor y la aplicación del régimen general del incumplimiento, lo que confiere al comprador un abanico más amplio de acciones y un plazo más extenso para ejercitar su acción.

La confrontación del criterio propuesto (según se trata de la venta de una cosa específica o de la venta de una cosa genérica) con los casos planteados en la jurisprudencia permite identificar cuál es el régimen jurídico aplicable a la controversia planteada y con ello dotar de mayor seguridad jurídica en la resolución de los distintos casos.

Usura: la pérdida del derecho al cobro de intereses en la ley N° 18.212

Virginia Yellinek

Problema a abordar: El artículo 21 de la ley 18.212 dispone que, configurada la usura, “caducará el derecho a exigir el cobro de intereses, compensaciones, comisiones, (...)”. La expresión utilizada da lugar a, al menos, dos problemas interpretativos: i) qué implica la referida caducidad del derecho a exigir esos rubros (a estos efectos denominados todos ellos en común como “intereses”), y ii) a qué proporción de dichos rubros afecta esa consecuencia (si al rubro en su totalidad o sólo a la proporción que supera los máximos legales permitidos).

Respuesta sugerida: El artículo 21 de la ley 18.212 prevé la nulidad del pacto de intereses usurarios. El pacto de intereses usurarios es absolutamente nulo y, como tal, corresponde la reprecinación (disponiendo la ley que en este caso se efectiviza mediante la imputación de lo pago por concepto de intereses a capital). Sobre el alcance de dicha nulidad, si bien actualmente se postula la pérdida del derecho total al cobro de intereses, existen argumentos para sostener que la nulidad alcanza exclusivamente al pacto de intereses usurarios en tanto la porción de intereses que superan la tasa máxima legalmente permitida. En esta última interpretación ya no existe el desestímulo al pacto de intereses usurarios que supone la pérdida al derecho al cobro de la *totalidad* de los intereses. De todas formas, la verificación de la usura aún tiene consecuencias desfavorables que van más allá de la pérdida a la porción excesiva de intereses: las sanciones previstas en artículo 25 de la ley 18.212 y, si se verifican los requisitos adicionales legalmente exigidos, las consecuencias penales previstas en el artículo 22.

Argumentos centrales:

Respecto del punto i), podrían sostenerse varias tesis: A) que la configuración de la usura vuelve la obligación de pagar intereses una obligación natural, en tanto se pierde el derecho a *exigir* el cobro de intereses; B) que, en virtud del artículo 21, el pacto de intereses usurarios es nulo. Esa nulidad podría calificarse como absoluta, por tratarse de un objeto ilícito (artículo 1561 CC) y por tanto, originariamente ineficaz; lo que explicaría la caducidad del derecho a exigir el cobro de los intereses.

Si bien la interpretación literal de la expresión legal podría justificar optar por la opción A), esto no sería admisible por dos razones:

- a) no se condice con lo previsto en el inciso 3 del mismo artículo 21, que dispone que se descuenta del crédito a ejecutar lo percibido por intereses ya cobrados. Al imputarse al capital lo que se cobró por concepto de intereses, no se permite la retención de lo ya pago (art. 1441 CC), excluyendo su tipificación como obligación natural.
- b) permitiría el pago voluntario de intereses usurarios, lo que parecería contravenir lo dispuesto por el artículo 52 de la Constitución de la República.

Por su parte, la no retención de lo ya pago por concepto de intereses confirma la opción B) en tanto se explicaría por la reprecinación, efecto típico de la nulidad. En este caso con una particularidad: en tanto el deudor adeuda -supone la ley- también capital al acreedor, en lugar de verificarse la reprecinación como restitución inmediata de las prestaciones, la ley imputa ese pago a la otra deuda que sí reconoce como válida, que es la del capital. Si la deuda fuera exclusivamente por intereses, en mi opinión y en base a la nulidad absoluta existente, correspondería la devolución de las sumas percibidas por concepto de intereses.

En relación con el punto ii), la pérdida del derecho al cobro de intereses podría alcanzar a los intereses que exceden la tasa máxima legalmente permitida o a la totalidad de los intereses (incluida la porción que se encuentra por debajo del límite legal). Esta última parecería ser la consecuencia lógica del artículo 21 de la ley 18.212 en tanto éste dispone la nulidad del pacto de intereses sin distinguir entre la porción por debajo de la tasa máxima legalmente permitida y la porción que la supere. Sin embargo, el artículo 25 de la misma ley prevé que cuando el BCU o ADECO concluyeran que existieron intereses usurarios, intimarán la devolución a los deudores “de la porción pagada que

excediera a los montos máximos que surjan de lo establecido de la presente ley”. En adición, en su literal c) determina la multa en un monto equivalente hasta tres veces “la porción pagada en exceso a los montos máximos que surjan de lo establecido en la presente ley”. Interpretando ambas disposiciones de forma contextual, se podría sostener que el alcance al que la ley no refiere expresamente en el artículo 21, surge del artículo 25. De esta forma, existirían argumentos para concluir que la nulidad dispuesta en el artículo 21 alcanza sólo a la porción de intereses que supera la tasa máxima legalmente permitida, permitiendo al acreedor conservar lo percibido hasta tal límite.

Sobreendeudamiento: Causas y necesidad de su regulación normativa

Dra. Dora Szafir

Tema: Deudores en contratos de consumo.

Problema a abordar: Uruguay adolece de un grave problema social, al igual que otros países del hemisferio: el endeudamiento de personas, que de buena fe, han caído en el incumplimiento de sus obligaciones en el pago de cuotas asumidas.

En el mundo se han arbitrado soluciones legislativas para paliar esta situación. Uruguay discute en el Senado diversos proyectos para resolver el punto. Las personas físicas carecen actualmente de un procedimiento que les permita sanear su situación, aunque tengan voluntad de pago. Es necesario dotarlos de un instrumento que admita quitas y esperas para sacarlos de lo podría denominarse la “muerte civil”.

Respuesta sugerida: Estimo que hay una imperiosa necesidad de permitir que los deudores de buena fe o inculpables puedan obtener fórmulas de pago acorde a sus posibilidades, para poder reingresar al mercado de consumo.

La única forma de lograrlo es dictando una ley que permita la intervención de la justicia para imponer acuerdos forzosos, como existen en la mayor parte de los estados democráticos.

Argumentos centrales: Dada la gran cantidad de personas físicas que se encuentran endeudadas se está discutiendo un proyecto que recoge la iniciativa presentada por Cabildo Abierto en el año 2020 tendiente a la creación de un proceso de reestructuración de deudas, unificando los aspectos fundamentales del mismo junto con la iniciativa del Frente Amplio y el posible apoyo del Partido Colorado relacionado con la protección de deudores por operaciones crediticias. Se estima inminente tratar la situación de los deudores de bajos recursos que se ven afectados de forma dramática por los intereses, multas y recargos practicados por diferentes instituciones financieras y también por algunos comerciantes, así como las formas abusivas de los mecanismos de cobro de los referidos créditos. En efecto, en Uruguay notamos la problemática de los créditos otorgados en contravención al principio de conceder un crédito de manera responsable, a personas de bajos recursos que terminan en montos absurdos e imposibles de pagar, debido a las altas tasas de interés previstas en la perversa ley de Intereses y Usura No, 18.212, así como la forma de imputar los pagos efectuados por los deudores. Todo ello deriva en dramas sociales y familiares con pérdidas del poco patrimonio logrado con muchos años de sacrificio y prácticamente la calificación de “muertos civiles” de los deudores que al figurar en el clearing o en las categorías 4 y 5 del BCU, se ven imposibilitados hasta de arrendar inmuebles para vivienda. Es decir que, el alto nivel de endeudamiento que habilitan las referidas instituciones con un fuerte crecimiento en los créditos al consumo, otorgados sin responsabilidad por parte del prestamista, situación que les hace justificar los altos intereses en el alto costo financiero promedio de ese esquema de financiamiento y que resulta generalmente excesivo para los individuos que los reciben, generando elevados niveles de endeudamiento en miles de personas con escasos ingresos. Adicionalmente, en muchas ocasiones los créditos se tercerizan con empresas de recuperación de activos que aplican mecanismos abusivos para el cobro de los mismos, llegando incluso a situaciones de acoso de los deudores. A ello, debe agregarse, que dada la crisis económica y social consecuencia del COVID, esta temática se ha visto dramáticamente agravada, existiendo actualmente cerca de 1.000.000 de uruguayos registrados en el clearing y 633.000 en las categorías 4 y 5 del Banco Central, deudores calificados como irrecuperables. Lo cierto es que la gran mayoría de uruguayos sin activo, que solo cuentan con su salario, se encuentran acorralados y muchas veces embargados ante el incumplimiento en el pago de sus obligaciones. Ante esta realidad, en especial luego de una época de crisis, es imperiosa la creación de instrumentos procesales y administrativos eficaces tanto para el deudor, que enfrenta esta situación de sobreendeudamiento que no le permite honrar sus obligaciones, como para el acreedor que no logra recuperar su crédito. Normalmente, los acuerdos de refinanciación accesibles para el deudor no se logran a pesar de ser incobrables, porque

los otorgantes del crédito lucran con la venta de las carteras de morosos a estudios encargados de cobrar a través de métodos coactivos y desleales, práctica abusiva de conformidad con el art. 22 de la ley 17.250 y su decreto reglamentario 344/2000.

No debemos olvidar que los altos intereses son fijados por las entidades de intermediación financiera ya que la base para el promedio la fijan dichas empresas libremente. El BCU promedia las tasas informadas por las entidades prestamistas y la usura se configura si dicho promedio se supera en un 80% para los intereses moratorios. Tampoco podemos dejar pasar el hecho de que las tasas informadas son altas para una inflación tan baja como la nuestra debido a que toman en cuenta el porcentaje de incobrables, razón por la cual esas pérdidas las pagan los buenos pagadores. En esencia, el prestamista se resarce a través de las tasas excesivas que asumen los deudores cumplidores. Teniendo en cuenta lo anterior se busca la creación de un proceso reservado al deudor de créditos al consumo de bajos recursos o ingresos menores a determinados montos, diligente y de buena fe.

La idea es buscar consenso para que un proyecto sea aprobado y termine con la injusticia creada por quienes detentan un mayor poder negocial y logran contrataciones ayudados por la publicidad que agrava el problema. Si consideramos las ofertas publicitarias televisivas y telefónicas, tomar un crédito nos permite ser mejores padres o hijos a través de obsequios en el día de la madre, el padre, el niño, etc. O si tenemos alguna necesidad, la vida se nos solucionará y en ocasiones resolverá un endeudamiento anterior (limpiadeudas).

Cabildo Abierto se ha movilizizado para proponer una reforma constitucional relativa al tema usura ante las dificultades que existen en lograr acuerdo entre las diversas fuerzas políticas. Es dable reflexionar sobre ello. Hay 1.000.000 de inscriptos en el clearing que se sienten desatendidos y acorralados con la ley de usura actual. Con una reforma constitucional el interés usurario quedaría fijado en la Carta Magna y para modificarlo se requeriría una ley aprobada por mayoría especial.

Tipicidad del contrato de maternidad subrogada

Anarella Porzio

El contrato de maternidad subrogada regulado por la ley 19167 (ley TRHA) se enmarca en el proceso de constitucionalización del derecho privado y pertenece a la zona de confluencia entre los derechos humanos fundamentales y el contrato. Enormemente cuestionado por la doctrina y prohibido o declarado nulo en la legislación de varios países, se lo admite en la legislación uruguaya bajo determinados requisitos, asignándole una regulación completa (arts. 25 a 28 de la ley precitada).

La admisión y regulación de tal contrato en nuestro derecho positivo repercute sobre la teoría contractual, alterando su clásico diseño contenido en el Código Civil.

Mediante la aplicación de la metodología de la eficacia negocial se intenta reflexionar, aunque más no sea en forma somera, sobre su tipología contractual, sus presupuestos, así como en los datos normativos que se derivan de los elementos que componen la estructura típica de este contrato, poniendo particular énfasis en el objeto del contrato, puesto que la admisión de esta figura contractual conlleva a un redimensionamiento de tal elemento estructural.

En ese sentido, el cuerpo humano aparece como el contenido de la conducta a desplegar por una de las partes, según lo reglado por el contrato, y su contraparte deviene, como contrapartida, en titular del derecho a la procreación. Tanto el derecho a disponer del cuerpo humano como el derecho a la procreación ingresan en la esfera de los derechos de la personalidad o derechos personalísimos y como tales están fuera del comercio por carecer de valor económico. Sin embargo, ceñido a una finalidad específica de orden terapéutico, tales derechos humanos pueden ser objeto de contratación según la ley TRHA, planteando una relectura del concepto de bien o cosa contenido en el art. 460 del Código Civil, así como de las nociones de posibilidad jurídica (art. 1282 del CC) y licitud (art. 1284 del CC) como requisitos de existencia y de validez, respectivamente, de la regla de conducta objeto del contrato.

Reflexiones sobre la aplicación del Sistema de Responsabilidad Civil a los daños ocasionados como consecuencia de hechos categorizados como violencia doméstica

Mariana Rolón

Tema: La regulación en materia de Género la encontramos a nivel internacional en Convención de la CEDAW y Convención de Belén do Pará ratificadas por el Estado Uruguayo y en el ámbito interno en las leyes 19.580 de fecha 22 de diciembre de 2017, y 19.846 de 19 de diciembre de 2019.

La normativa establece a la violencia de género como el género del cual la violencia doméstica es una especie.

La ley 19.580 no estableció un régimen específico para la reclamación de la reparación de los daños que se produzcan como consecuencia de la violencia de género, sino que se limitó a establecer en el art. 80 que la sentencia penal de condena habrá de imponer un resarcimiento a la víctima. Se trata de una disposición de aplicación específica y respecto de la cual no puede, a contrario sensu, interpretarse que la reparación patrimonial se realice únicamente en la órbita penal, ni mucho menos que ello obste la persecución de la vía civil cuando no hay vía penal.

Por tanto, resulta de aplicación el Código Civil Uruguayo, en las normas del subtipo responsabilidad extracontractual, que como es sabido nace ante la violación del deber genérico de no dañar.

Problema a abordar: Teniendo presente que los elementos de la Responsabilidad Civil se manifiestan en estos supuestos de forma singular debemos establecer si la regulación existente es idónea y suficiente.

Respuesta que se sugiere: Analizada la normativa surge la limitante atinente al plazo de prescripción de la acción, para lo cual una posible solución está en la aplicación de la teoría del hecho ilícito continuado.

Sin embargo, si bien en apariencia esto solucionaría el problema, ello implica que la misma quedaría al arbitrio de los jueces, no siendo lo deseable, por lo que se hace necesario un régimen específico de prescripción, ya sea aumentándose el plazo, fijándose un sistema de cómputo especial, o incluso dispensándose de la misma, teniendo presente la seguridad jurídica que todo ordenamiento debe registrar.

Otra problemática que se debe abordar es la aplicación en estos casos del “*consentimiento de la víctima*” o “*aquiescencia del damnificado*” como circunstancia que elimina la ilicitud, debiendo a este respecto limitarse su aplicación.

Respecto al parámetro de conducta a utilizarse se sugiere, tal como lo ha manifestado el Instituto de Derecho Civil Salas II y III, cambiar el estándar de “*buen padre de familia*” por el de “*persona media*”.

En suma, correspondería aplicar las normas del Subsistema de Responsabilidad Civil Extracontractual, con las modificaciones legislativas respectivas.

Argumento/s central/es: Las particularidades que implica el fenómeno de la violencia doméstica, principalmente la especial vulnerabilidad de la víctima que se encuentra inmersa en lo que ha dado a llamarse “ciclo de la violencia” conlleva una limitación importante al acceso a la justicia civil; por lo que con las modificaciones propuestas se contribuiría a lograr el resarcimiento de daños.

Lectura actual del orden de llamamiento

Beatriz Ramos

En el ordenamiento jurídico uruguayo, es posible visualizar que el derecho de familia, especialmente el derecho filiatorio, incide en la esencia del derecho sucesorio. Esto es así, pues el régimen sucesorio adoptado por nuestro codificador está estructurado en base a la existencia de las asignaciones forzosas y como consecuencia se reconoce una relativa libertad de testar.

Tanto quienes son asignatarios forzosos como los restantes herederos legales que componen el orden de llamamiento sucesorio, integran la familia del causante.

En base a esta posible incidencia del derecho de familia en el derecho sucesorio, es conveniente que al proyectar cambios en el primero se examine los efectos que pueden producirse en el segundo.

En esta exposición plantearemos, la incidencia que ha tenido la aprobación de las leyes 17823 (CNA), 18246; 18590, 19092 y 19167 en el complejo derecho sucesorio y especialmente en una nueva lectura del orden de llamamiento sucesorio.

Nuevamente sobre el daño en el período perinatal

Beatriz Venturini

Introducción: La evolución de la responsabilidad civil vinculada fundamentalmente a los avances tecnológicos, ha determinado la aparición de nuevos daños así como el desafío del planteamiento de su resarcibilidad, para lo cual fue necesario individualizar el elemento ilicitud, no sólo en su enfoque imperativista -como trasgresión al derecho genérico o específico- sino en su óptica valoracionista, de agresión a una esfera jurídica ajena sin causa de justificación, analizar el factor de atribución, la problemática de la relación causal, la propia admisibilidad de la existencia de un daño resarcible, en particular el daño derivado de una vida o existencia con discapacidades o también considerado daño en el periodo perinatal y, en un extremo, “derecho a no nacer”.

Daño en el período perinatal o responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales:

- 1) Partiendo de la existencia de un derecho a no concebir reconocido a los futuros padres (mera voluntariedad o por razones de salud o genéticas de cualquiera de los progenitores), caben los accionamientos contra los intervinientes en los procesos de esterilización en general, si resultaron fallidos, como también contra los fabricantes de productos contraceptivos que resultaron ineficaces, y ello como una acción a favor de los padres independientemente del nacimiento de hijos sanos o con anomalías
- 2) producida la concepción, sea esta voluntaria o involuntaria, a la luz de los diferentes derechos positivos, según la interrupción de la gestación sea lícita o ilícita, y también teniendo en consideración que conforme a análisis genéticos previos se puede determinar que el niño por nacer sea sano o con discapacidades, puede haber lugar a los siguientes accionamientos: Acciones de los padres por su propio daño “Wrongful Birth” o la acción que realizan los padres en representación del hijo o el mismo hijo por su propio daño llamadas acciones de “Wrongful Life”. Se incluye la malpraxis en métodos preimplantatorios y el error inexcusable en diagnósticos no a los efectos reproductivos sino para obtener información genética (ej no informar la paciente sobre un mal o defecto con incidencia actual en la descendencia futura).
- 3) por otro lado y en forma muy actual también existe el daño que se produce si el consejo profesional determinó la realización de un aborto de un niño que, de haber nacido, hubiera sido sano, dando lugar a acciones denominadas “Wrongful Abortion.”

Se analizará el derecho comparado, así como el derecho positivo interno y la jurisprudencia que ha abordado casos de responsabilidad por daño en el período perinatal o responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales.

La responsabilidad precontractual por ruptura de tratativas: un caso de abuso de derecho

Carlos de Cores Damiani

Tema: Responsabilidad precontractual

Problema a abordar: Determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas, en particular, si debe regirse por las normas de la responsabilidad contractual o aquiliana, y asimismo establecer su fundamento.

Respuesta que se sugiere: Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual fundada en el abuso de derecho.

Argumento/s central/es: En la doctrina uruguaya se suele abordar el fundamento de la responsabilidad precontractual desde dos ópticas. La tesis dominante entiende que existe una obligación legal de actuar de buena fe en las tratativas, que se extrae de diversas disposiciones legales, y por ende se está ante un supuesto de responsabilidad contractual (Gamarra). Por su parte, en crítica a la postura anterior, otros autores manifiestan en posición que se comparte, que esa pretendida obligación no es tal, por lo que sería un régimen bajo los estándares de la responsabilidad extracontractual (Rodríguez Russo). En referencia a la tesis de la responsabilidad contractual, entiendo que no es posible inducir de los arts. 1276, 1672, 1717, 1721, 1762, 2075, entre otros que suelen utilizarse, una obligación de actuar de buena fe en las tratativas. Ello por cuanto todos los artículos citados suponen el perfeccionamiento del contrato, o al menos la apariencia de tal en aquellos casos en que se establece la nulidad. Ninguno refiere concretamente al caso paradigmático de responsabilidad precontractual que se está tratando, a saber, cuando el acuerdo no llega a formarse siquiera en apariencia, por ruptura de las tratativas. Pero sobre todo, más genéricamente, porque entiendo que no es posible sostener la existencia de una obligación legal por inducción, pues las obligaciones que surgen de la ley se expresan en ella (art. 1246 inc. 2°). Esta disposición, salvo que se considere una inútil tautología, lo que viene a marcar en mi opinión es un principio interpretativo restrictivo de las obligaciones legales que, en el plano filosófico, luce pertinente, en la medida que la situación jurídica es impuesta al particular y no consentida por él. Ello a diferencia de las obligaciones emergentes del contrato, donde al intervenir la voluntad del sujeto es razonable consagrar otra solución, cabiendo adicionar al haz obligacional aspectos que no se manifiesten en forma expresa pero puedan colegirse (art. 1291 inc. 2°). Por otra parte, el hecho de que los sujetos que ingresan en las tratativas estén perfectamente determinados, no necesariamente lleva consigo la existencia de una obligación. Puede haber perfectamente una identificación concreta de los sujetos sin que ello extraiga el vínculo del deber genérico de no dañar, como sucede en las relaciones de vecindad. Descartada la presencia de una obligación, forzoso es concluir en la naturaleza extracontractual de este tipo de responsabilidad (*tertium non datur*). Sin embargo, la dificultad de esta última posición estriba en determinar cuál es el hecho ilícito que se imputa al sindicado como responsable, habida cuenta de la expresa disposición legal existente que prevé la plena libertad para abandonar las tratativas sin necesidad de justificación (art. 1265 inc. 2° y 3° del Código Civil). La respuesta está en el instituto del abuso de derecho (art. 1321): quien desiste de las tratativas ejerce un derecho, pero no puede hacerlo en forma abusiva; si lo hace -y únicamente en tal caso- incurriría en responsabilidad. Esta postura ha sido adoptada entre nosotros por Jaime Berdaguer, y es a mi juicio la única que permite fundar satisfactoriamente la responsabilidad por ruptura de tratativas en el derecho positivo uruguayo. Harina de otro costal parece ser el régimen de la Ley N° 17.250, donde al menos en apariencia sí hay una consagración legal de una obligación, sin perjuicio de que parte de la doctrina nacional considera dogmáticamente objetable dicha calificación. A lo que podría agregarse -en conclusión que, se reconoce, puede pecar de piedeletrista en exceso- que la disposición no la consagra en sí misma, sino que se limita a prescribir una sanción para el incumplimiento de una obligación cuya existencia da por supuesta, pero que debe buscarse fuera del artículo en cuestión.

La culpa grave a hombros entre la culpa y el dolo. Análisis del paulatino cambio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la culpa grave a la grave ¿culpa?

Nicolás Pallas

Uno de los fundamentos centrales del deber de reparación está dado en determinar los motivos por los cuales el daño causado a un sujeto es puesto en cabeza de otro. ¿Por qué A debe responder por el daño que sufre B? A responderlo acude el factor de atribución. Ya sea a través de los llamados factores subjetivos, donde el motivo por el cual se responde es el reproche de la conducta del sujeto que daña; ya sean los objetivos, donde los motivos son variados, pero suelen ser razones de índole social que imponen el traslado del daño.

Los factores de atribución subjetivos que recoge nuestro Código Civil son la culpa y el dolo. Se responde por haber actuado culposa o dolosamente. La culpa es definida en el artículo 1344, como “*la diligencia de un buen padre de familia*”, mientras que el dolo se haya en el artículo 1319 como “*intención de dañar*”.

Sin embargo, en paralelo a ellos, el propio Código y leyes posteriores de distintas materias han mencionado a la culpa grave para calificar especialmente la responsabilidad de algunas personas. O solo se responde por haber actuado con culpa grave, o se empeora la situación del sujeto que causó un daño actuando con culpa grave. Todo esto sin definirla expresamente.

Huelga resaltar la importancia de definir un concepto jurídico, pero más aún lo es cuando se trata de un concepto muy utilizado el que no es definido en términos generales. ¿Es lo mismo la culpa grave del Código Civil que la de la Ley de Accidentes de Trabajo? ¿La del funcionario público del artículo 25 de la Constitución y la del administrador de sociedades de la Ley 16.060?

A esta dificultad debe añadirse la dificultad propia del análisis de los factores de atribución: esto es, el de intentar reconstruir una voluntad (esencialmente interna) a través de las consecuencias de un hecho (esencialmente externo). Una discusión que la epistemología aún no ha resuelto definitivamente en miles de años y que los juristas tenemos que resolver diariamente para cada caso concreto: qué quiso un sujeto en una situación determinada.

Han sido la doctrina y la jurisprudencia nacional quienes han reconstruido el concepto de culpa grave en base a esta necesidad y a esta dispersión normativa.

Así, la culpa grave:

- i. Se ha definido a partir de la propia culpa. Es decir, si la culpa media del artículo 1344 es la falta de diligencia media, la culpa grave es la falta de diligencia grave.
- ii. De este modo, implica una desviación grosera, significativa de lo que debía hacer un sujeto medio, pero aplicada y valorada en el caso concreto.
- iii. Y nunca es intencional, nunca asociada al dolo. Se rechaza el adagio utilizado en otros sistemas jurídicos del “*culpa lata dolo equiparatur*”. Ni siquiera al dolo eventual penal. La culpa grave, en este sentido, nunca implica una intención mediata o inmediata de causar el daño.
- iv. Se han generado algunas corrientes que hablan de “culpa con previsión” o “culpa relacional” para definir la culpa grave, pero siempre partiendo de la dicotomía relativa a la intención: si hay intención de dañar o con “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (dolo eventual²) hay dolo y no culpa ni siquiera grave.

La Suprema Corte de Justicia participó y continuó históricamente con este concepto de culpa grave partiendo de la culpa media y marcando su desviación gradual. Sin embargo, se ha ido alejando de la

culpa y acercando al dolo. Ya el centro de la cuestión no está en la “culpa”, sino en su calidad de “grave”.

En la Sentencia de fecha 28/5/2014 la Corte dictamina que hay culpa grave en un caso donde se genera un accidente de trabajo de un repartidor luego de haber sido llamado a trabajar pese a la falta de descanso. Allí, señala la Corte este concepto tradicional: *“la culpa grave implica una negligencia, imprudencia, impericia o violación de Leyes o reglamentos en circunstancias extremas y que implican no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes.”*. De hecho, la propia sentencia dice que no importa si el empleador se representaba el peligro de hacerlo repartir sin horas de descanso (dolo eventual), sino que era previsible que ocurriera. No hay un conocimiento del peligro, sino que objetivamente lo puso en peligro. Inexcusablemente. Culpa.

En 2019, con algunos cambios de integración, la Corte comienza a ajustar el concepto. La Sentencia 1295/2019, si bien refiere en su centro a la carga de la prueba, en un caso de un accidente donde el actor alega haberse causado por no recibir las herramientas de trabajo, señala que hay una fractura de nexo causal por cuanto el damnificado si era consciente del peligro *“podía negarse al cumplimiento de una tarea que pusiera en riesgo su salud”*. Ya la previsión del riesgo, al menos para el damnificado, empieza a ingresar como factor relevante.

Un nuevo ajuste sucede en la Sentencia 189/2022, donde el hecho que descarta la culpa grave del empleador es que *“conforme lo que enseña la experiencia y normal acontecer, el calzado proporcionado al funcionario cumplía cabalmente con la función de evitar el riesgo que finalmente aconteció”*. Es decir, que no hay culpa grave, por cuanto el empleador conocía el riesgo e intentó mitigarlo.

Hasta aquí interpretaciones. Pero la sentencia 578/2023 de agosto de 2023 ya es clara en cuanto a que la culpa grave se aleja de la culpa. Dice expresamente que *“La culpa grave constituye una culpa no intencional pero particularmente grosera. El autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido.”* ¿Qué es esto último sino es el dolo eventual?

Y luego citando a Mangarelli la define como: *“Una culpa inexcusable implica: a) la voluntad de obrar o de omitir, b) el conocimiento del peligro que puede resultar de la acción o de la omisión, c) La ausencia de una causa justificativa o explicativa”*.

El conocimiento del peligro (y su forma de actuar) pasa a ser de la esencia de la culpa grave para la Corte de hoy. Este, paulatino, pero ahora claro giro jurisprudencial, ubica al dolo eventual como el hermano gemelo de la culpa grave.

Extensión de la responsabilidad por hecho del dependiente: ¿responde el principal por los daños causados por el dependiente por actos delictivos o en su interés personal?

Martín Gamarra

Tema: La Responsabilidad por hecho del dependiente y su extensión

Problema a abordar: La Responsabilidad por Hecho del Dependiente, ¿Responsabilidad por hecho ajeno o hecho propio?, fundamento que justifica la atribución de responsabilidad al principal por daños causado por el dependiente, la extensión de esta responsabilidad y si resulta ajustado a nuestro sistema de responsabilidad civil hacer responder al principal por los daños causados por el dependiente en la comisión de actos delictivos o actos en su interés personal.

Respuesta sugerida: La Responsabilidad por hecho del dependiente resulta un caso de responsabilidad por hecho ajeno, objetiva, pero no se encuentra basada en una atribución en base al factor de atribución garantía sino que nuestro sistema de responsabilidad civil lo hace en base al factor riesgo.

La responsabilidad civil en la etapa del postcontrato

Jorge Rodríguez Russo

Tema: Responsabilidad Civil

Problema a abordar: la delimitación conceptual y temporal de la etapa postcontractual y el régimen de responsabilidad civil aplicable a los daños causados por uno de los ex contratantes.

Respuesta sugerida: (i) en términos conceptuales estrictos la etapa del postcontrato se encuentra fuera del contrato y principia temporalmente luego del cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del tipo contractual correspondiente, quedando subsistentes entre las partes deberes accesorios de conducta dimanantes de la buena fe objetiva y que se encuentran conectados a la relación contractual extinguida. (ii) el régimen jurídico aplicable es el de la responsabilidad civil extracontractual.

Argumentos centrales: la denominada responsabilidad postcontractual, elaborada en el siglo pasado en la doctrina y jurisprudencia alemana (*culpa post pactum finitum*) y que había sido receptada por el artículo 1063 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 1998, no tiene una disciplina propia en el régimen civil uruguayo. Los dos subsistemas normativos existentes a nivel general se delimitan en base a la naturaleza del deber jurídico infringido, no en función de la fuente del cual emergen. La responsabilidad contractual comporta la lesión al derecho de crédito causada por el incumplimiento de una obligación previa, en la que el deber primario de prestación es el contenido constante de la relación obligatoria y el derecho del acreedor un derecho de pretensión. La responsabilidad extracontractual, en cambio, se configura frente a un evento dañoso que infringe deberes jurídicos que no son obligaciones.

En función de lo expuesto, un primer argumento para sustentar la respuesta sugerida radica en la naturaleza no obligacional de los deberes quebrantados en la fase postcontractual, por cuanto estrictamente esta etapa sólo es discernible a partir del cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del contrato respectivo. Se considera que deben quedar fuera de la misma las obligaciones accesorias pactadas por las partes para ser cumplidas luego de las obligaciones principales, así como las hipótesis específicamente disciplinadas por la ley como situaciones de garantía (evicción, vicios ocultos, responsabilidad decenal). Si luego del cumplimiento de las obligaciones principales perviven verdaderas obligaciones accesorias acordadas por las partes para ser ejecutadas en ese momento la eficacia contractual no ha cesado todavía, por lo que forman parte del propio ciclo vital del contrato y no del postcontrato, si bien es dable reconocer que un numeroso sector de la doctrina las incluye, adoptando una noción más extensa del período postcontractual.

La naturaleza extracontractual se fundamenta por tanto en que los deberes que persisten, y que vinculan a los ex contratantes luego de agotada la eficacia contractual, son deberes colaterales derivados de la buena fe (reserva, confidencialidad, no concurrencia, etc.), deberes de conducta en los que están ausentes la patrimonialidad y la coercibilidad, que tienen además carácter negativo e involucran a terceros.

En segundo lugar, en atención al interés protegido. En la responsabilidad contractual lo es el interés del acreedor a la prestación, mientras que en las situaciones verificables en la etapa del postcontrato el interés tutelado es otro, siendo el daño que se repara la pérdida de utilidad de la que estaba gozando el sujeto, no la utilidad que esperaba del cumplimiento de la prestación. Los deberes de prestación expresan el interés cuya satisfacción se persigue a través del contrato y atañen directamente al objeto (de regla van dirigidos a modificar la situación de la otra parte). Los deberes de protección están vinculados a los demás bienes de las partes y tienen por finalidad defenderlas de aquellas intromisiones dañosas en su esfera de vida, estando dirigidos más bien a conservar la esfera jurídica ajena.

El artículo 1319 del Código Civil consagra la cláusula general de la responsabilidad civil, singularizada por la atipicidad del ilícito, en la que el *alterum non laedere* emerge como regla

primaria de comportamiento. Por tanto, todo daño que no provenga de una situación específica de incumplimiento obligacional debe quedar comprendido en esta cláusula general.

Delimitada temporalmente la fase del postcontrato a partir del cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del tipo contractual, no queda margen para situaciones de *incumplimiento obligacional*, en el sentido clásico de una verdadera obligación con deber primario de prestación. A menos que, en forma similar a la construida por la doctrina italiana para la responsabilidad precontractual, se postule la existencia de una *obligación sin prestación*, categoría que pone el acento en la relación, en la dimensión formal del vínculo, negando que el deber de prestación sea un dato esencial de la obligación, por ser la relación obligatoria una relación constante (relación marco) que se origina *ex lege*. Partiendo de la existencia de una obligación sin prestación, donde tiene relevancia en el plano fáctico una confianza a la cual la buena fe conecta obligaciones -cuya observancia tiene por función *conservar* la esfera jurídica de la otra parte, no de *cambiarla*- ella se convertiría en autónoma respecto del contrato y de la obligación de prestación (Castronovo). La obligación sin deber primario de prestación permitiría ejercitar la acción de resarcimiento del daño por incumplimiento, comportando una solución que privilegia no la lógica de la categoría, sino la de los remedios, siendo más bien reactiva y no pretensiva, pero que a nuestro juicio no puede ser compartida, por cuanto la prestación es el contenido esencial de la relación obligativa y porque, además, transforma en obligaciones a determinados deberes por el solo hecho de estar conectados a una relación contractual.

La escasa jurisprudencia nacional que ha abordado como tal el problema de la responsabilidad en la etapa del postcontrato ha oscilado en la determinación de su naturaleza entre el régimen de uno u otro subsistema de la responsabilidad civil (TAC 1º, sent. N° 122/2017. JL de la Capital de 5º Turno, sent. N° 14/2022).

El tema tiene especial relevancia por la diversa disciplina en cuanto a daños resarcibles, plazos de prescripción de la pretensión indemnizatoria y modalidad de la responsabilidad en caso de pluralidad de autores, entre otros factores.

Se estima que el régimen que mejor protege al sujeto lesionado en la etapa poscontractual es el de la responsabilidad aquiliana, por cuanto el principio de la reparación integral del daño no sufre la limitación comportada por la regla de la previsibilidad dispuesta para la responsabilidad contractual por el artículo 1346 del Código Civil.

Más allá de ello, resulta claro que la responsabilidad que surge en ese período abarca una serie de supuestos heterogéneos, que se singularizan por la instancia temporal en que operan, pero no representa una realidad autonomizable de los dos subsistemas normativos existentes. En suma, “no constituye una categoría ordenante, que implique una propia regulación, sino que cumple una función meramente descriptiva, para aludir a fenómenos que ocurren en un espacio temporal determinado” (De Cores).

Responsabilidad civil por daños en el deporte. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia – Consentimiento del daño y asunción de riesgos.

Adalí Sastre

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo está destinado al análisis de las posiciones jurisprudenciales recientes, con una reseña de los trabajos doctrinarios que se han escrito hasta la actualidad, colocando como eje central el resarcimiento a la víctima de daños patrimoniales y extrapatrimoniales provocados en el ámbito del ejercicio de una actividad deportiva.

Tal actividad deportiva puede enmarcarse tanto en su participación como un agente amateur, profesional, árbitros, jueces, espectador de un espectáculo deportivo, terceros y/o turistas que realizan deportes recreativos de riesgo con motivo de un viaje de ocio.

2. TIPOS DE RESPONSABILIDADES- SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS. CRITERIOS PARA INDEMNIZAR LOS DAÑOS

I. ¿CUÁNDO CORRESPONDE INDEMNIZAR EL DAÑO EN OCASIÓN DE UNA ACTIVIDAD DEPORTIVA?

II. ¿EL DEPORTISTA ES UNA POTENCIAL VÍCTIMA DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD QUE REALIZA?

I.A. Tesis del consentimiento o aceptación del riesgo.

Esta tesis elimina la ilicitud y excluye la responsabilidad, en tal sentido entiende que el deportista asume el riesgo por su participación en una competencia de un deporte, que por sus características implica un contacto físico entre sus participantes, entre otros riesgos que caracterizan al deporte.

Nuestra doctrina, y en especial las Dras. Beatriz Venturini y Marcela Tabakian, expresan que un ejemplo que derriba esta teoría que elimina lo antijurídico e ilícito del daño padecido por el deportista es la posición jurisprudencial de los Tribunales norteamericanos, que es tendencia actualizada el resarcimiento a los deportistas víctimas de daños en el ejercicio del fútbol americano.

I. B. Tesis de la autorización estatal.

Esta tesis, se centra en legitimar los daños padecidos por el deportista, desplaza la ilicitud hacia la culpa y el jugador acepta los riesgos del deporte normales de la actividad, no los anormales. Tal y como lo diferencia la Jurisprudencia Argentina, entre ilicitudes “ordinarias o extraordinarias”.

En definitiva, hay responsabilidad cuando se verifica una jugada antireglamentaria, fuera de lo normal. “Fuerza excesiva”; “Imprudencia”; “Temeridad”.

I. C. Sentencia/ Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil. Dr. Alejandro Recarey.

Falta de intención de dañar ni culpa grave. Actividad deportiva dentro de las condiciones de normalidad.

Falta de sanción arbitral inmediata a la jugada. Falta “cobrada” ante la constatación del “porte” del daño padecido.

Responsabilidad: a) acción excesiva que viole grosera y abiertamente el reglamento de juego. B) Intencionalidad dolosa. C) Accionar anormal y evitable.

LA CALIFICACIÓN DE UN DEPORTE AMATEUR HACE MÁS BENEVOLENTE LA OCURRENCIA DE UN DAÑO RESPECTO DEL DEPORTE PROFESIONAL.

I.D. CRITICA DE LAS DRAS. BEATRIZ VENTURINI Y MARCELA TABAKIAN:

Gravedad del incidente y consecuencias padecidas por la víctima: Resultado: RESPONSABILIDAD E INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA. Magnitud dañosa de los resultados.

Ilicitud- Culpa grosera e inexcusable.

Deber de cuidado por la integridad física del rival.

No se analizan en la sentencia los cuatro elementos de la responsabilidad (daño, nexo causal, hecho ilícito ni culpa).

Indiferencia por los intereses ajenos de forma intencional (Art. CC y C Argentino 1724).

I. D. CRÍTICAS A UNA TESIS EN DESUSO (Consentimiento y asunción de riesgos).

Jorge Larrañaga, Arturo Caumont: Centro en el hecho culposo no en la antijuridicidad.

Edgardo Etllin y Fernando Nin Rial: Desinterés por la integridad física del adversario.

Peligrosidad y previsión del daño en el juego deportivo.

Conductas imperitas, imprudentes y brutales.

Irrelevancia del dolo, intencionalidad o deslealtad.

Daño dentro de los límites reglamentarios como lícito e irrelevante para el derecho.

Ejercicio abusivo del juego, violación de sus reglas: Culpa deportiva – ilicitud.

Resulta un fundamento que no solo no analiza en forma conjunta la presencia de los elementos de la responsabilidad civil, sino que no se analiza la gravedad del daño, y pasa por alto que el hecho ilícito concluyó en la aplicación de una sanción disciplinaria (tarjeta roja- expulsión) y la suspensión del partido.

Se verificó una conducta negligente, con exceso de fuerza e impericia que causó un daño que debió ser previsible por el ofensor.

Deber de cuidado. La responsabilidad civil no se mide en función a la profesionalidad o no de la actividad deportiva en la cual se ocasionó el daño.

La inmediatez de la sanción deportiva por una conducta antirreglamentaria no determina la inexistencia de ilicitud ni de culpa o dolo en el comportamiento del adversario ofensor.

3. RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DEPORTIVAS. OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD

Se responsabiliza por no asegurar las condiciones de los espacios en los cuales se realiza deporte para evitar daños físicos al deportista. Se trata de vínculos contractuales con obligación de seguridad intrínseca. Como ser: Contratos de transporte, enseñanza y prácticas deportiva, contratos de espectáculo público, etc.

Función de garantía- deber de seguridad según un proceso metodológico de exclusión.

Criterios: Circunstancias inherentes a la convención. Exposición del contratante a un riesgo particular, distinto del cotidiano y habitual.

Caso Lavezzi- Argentina: Tuvo una terrible lesión al golpearse con la valla publicitaria al tratar de controlar un balón con el pecho.

REGLAMENTACIÓN DE AUF PARA LA COLOCACIÓN DE PUBLICIDAD:

“... La distancia mínima entre la línea de demarcación del campo y de las vallas publicitarias, cuya altura máxima normalmente es de 90 cm, deberá ser: en la banda: 3 m; detrás de las líneas de meta y en las banderolas de esquina: 3 m; De ninguna manera, las vallas publicitarias deberán: a. estar en lugares que constituyan un peligro para los jugadores, oficiales y otras personas...”

4. LA ACCIÓN DE AMPARO EN EL DERECHO DEL DEPORTE.

SENTENCIA N° 162/2023. TAC 1° TURNO. MINISTROS: DRA. BEATRIZ VENTURINI. DRA. ANA RIVAS DR. ÁLVARO MESSERE. “FRONTERA RIVERA F.C. C/AUF Y OTRO ACCIÓN DE AMPARO”.

Desestimó la demanda de amparo por la cual se solicitaba la suspensión del Torneo 2023, debido a su imposibilidad de participar en el mismo, por adeudos a sus jugadores. Prevalencia y ponderación de derechos fundamentales. Derecho que se daña si no se hace lugar a la medida y la potencial afectación de derechos de terceros.

Improcedencia de la acción residual, sumaria, urgente y de especial procedimiento. Art. 2 de la Ley 16.011.

Análisis de los elementos de la responsabilidad civil en la Propiedad Intelectual

Jorge Achard

La intención de esta presentación es continuar el análisis dogmático respecto a los daños y perjuicios ocasionados por uso indebido de activos de propiedad intelectual. Es habitual que los titulares de derechos de propiedad intelectual que han visto vulnerado su derecho busquen satisfacer su pretensión con las ganancias del infractor. Sin embargo, esto plantea importantes dificultades dogmáticas ya que las ganancias del infractor no son asimilables a los daños y perjuicios (ej. 378.2 y 3 CGP).

Ante uso ilícito de un activo intangible derivado de propiedad industrial la doctrina ha planteado aplicar los siguientes institutos:

1. Restitución de frutos.

2. Enriquecimiento sin causa.

3. Daños y perjuicios.

1. La restitución de frutos (art. 694, 695 y 746 del CC) tiene la principal limitante que nuestra legislación de marcas y patentes no la prevé en su normativa específica. Para patentes tenemos la previsión del 491, pero el mismo no se refiere a marcas. Para derechos de autor tampoco es de aplicación ya que por la historia fidedigna de la sanción de la ley 17616, fue expresamente derogado la remisión a las ganancias del infractor. El ADPIC hace referencia a las ganancias del infractor (art. 45), pero el mismo en Uruguay no es autoejecutable. ¿una marca puede ser considerada como propiedad?

2. El 1308 se limita a todo hecho lícito. En el caso en cuestión estamos ante un hecho ilícito, sin perjuicios de posturas de importantes docentes que entienden su aplicación a hechos ilícitos. ¿Instituto o principio general de derecho? Limitado por el empobrecimiento.

3. Para hechos ilícitos tenemos el 1319/1342 para el cual debemos caracterizar los cuatro elementos de la responsabilidad. Cuestión previa a resolver: ¿responsabilidad contractual o extracontractual? Postura de Bugallo.

4. Análisis de los elementos de la responsabilidad con especial referencia al nexo causal:

a. El daño. Pérdida de chance o Lucro cesante. El lucro como elemento determinante para la jurisprudencia. Licencia hipotética. Daños extrapatrimoniales.

b. El nexo causal como elemento problemático. La confundibilidad como nexo causal con el daño ante bienes de consumo. Su enorme problema práctico. ¿Es posible presumir el nexo causal? Postura de Venturini. La ausencia de nexo. Daños directos e indirectos.

c. Culpa: el rol del registro en la determinación de la culpa. Cuál es el límite de la obligación del comerciante. Diferencias entre derechos de autor, marcas y patentes.

Responsabilidad civil ambiental mancomunada

Hugo Díaz

Los sujetos partes de una relación obligacional pueden ser uno o varios. En casos de pluralidad de deudores las obligaciones se denominan mancomunadas o conjuntas (art. 1388 CC). Las obligaciones mancomunadas pueden ser solidarias o simples y las obligaciones mancomunadas simples pueden ser divisibles o indivisibles (art. 1389 CC).

En las obligaciones solidarias o en las indivisibles, cada deudor debe toda la prestación (arts. 1384 y 1398 N° 1 CC). En cambio, en las obligaciones mancomunadas simples cada deudor debe una parte de la prestación, la que le corresponda en virtud de la norma fuente de la obligación o, en su defecto, la parte correspondiente a la división de la obligación entre todos los deudores (art. 1379 CC).

Cuando se trata de una obligación reparatoria del ambiente, sea emergente de responsabilidad civil o de responsabilidad administrativa, esta obligación es indivisible, por lo que en caso de pluralidad de deudores, en principio, cada deudor debe la totalidad de la prestación. En caso de recomposición ambiental (reparación in natura), esta obligación es indivisible porque no admite cumplimiento fraccionado, pues la recomposición parcial que el deudor pueda ejecutar no es idónea para volver el ambiente a la integridad anterior al daño. Esto no cambia si la recomposición no es posible y los deudores deben la reparación dineraria sustitutiva de aquella, porque la obligación reparatoria nace indivisible y no muda su tipo por imposibilidad de cumplimiento en la misma prestación debida.

Por otra parte, el art. 11 de la Ley N° 16.466, de evaluación de impacto ambiental, establece la responsabilidad solidaria de titulares de derechos reales, posesión o tenencia de los bienes inmuebles afectados o de las actividades, construcciones u obras objeto de autorización ambiental, y de profesionales a cargo de su ejecución, dirección u operación, en casos de falta o de incumplimiento de autorizaciones ambientales.

La finalidad normativa es evitar los casos de responsabilidad anónima o daños anónimos, eso es, casos en los cuales fácticamente no es posible determinar concretamente el responsable de una infracción o de un daño ambiental. Esto puede dar lugar a la existencia de daños ambientales sin reparar, pasivos ambientales, consecuencias que pueden ser muy negativas para el ambiente. Mediante la responsabilidad solidaria de titulares de derechos respecto al bien afectado, titulares de la actividad, construcción u obra objeto de autorización ambiental y profesionales a cargo de la ejecución, dirección u operación del proyecto, la norma busca que no se verifiquen estas situaciones a fin de brindar una protección más eficaz al ambiente.

La previsión de solidaridad entre titulares de derechos respecto al bien afectado y titulares de la actividad, construcción u obra objeto de autorización ambiental se debe a que estos pueden ser distintos de aquellos.

Las actividades, construcciones u obras objeto de autorización ambiental a las que refiere la norma, son las que según el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental y Autorizaciones Ambientales (REIAAA), aprobado por Decreto N° 349/005, de 21 de septiembre de 2005, requieren Autorización Ambiental Previa, Autorización Ambiental Especial y/o Autorización Ambiental de Operación.

La solidaridad se verifica, por una lado, entre el titular y el profesional a cargo, y por otro, entre el titular original y los sucesores a cualquier título, verificándose en este caso una cesión legal y/o extensión legal de la situación jurídica del titular original.

Pérdida de chance: perspectivas desde el derecho francés

Mercedes Vilaró Luna

Tema: Derecho de daños

Resumen: Esta ponencia tiene como objetivo destacar las últimas tendencias en el ámbito de la pérdida de chance en el derecho francés y su reflejo en la jurisprudencia. Se explorará el concepto de la pérdida de chance en el contexto del derecho francés. Se examinará cómo esta noción ha evolucionado con el tiempo y las diferentes perspectivas que existen en torno a su definición, así como la distinción de la exposición al riesgo. En la jurisprudencia francesa, la pérdida de chance se sitúa en un terreno ambiguo entre el daño y la causalidad y ha sido así reprochado a la Corte de Casación hacer uso de la pérdida de chance para imputar responsabilidad, a pesar de la ausencia de prueba sobre el nexo causal. Se abordará esta ambigüedad y sus implicaciones, así como las decisiones judiciales que han contribuido a moldear esta posición en el sistema legal francés.

Además de los aspectos conceptuales, se analizará la aplicación práctica de la pérdida de chance en casos difíciles y controvertidos. Se discutirá cómo esta noción se relaciona con el incumplimiento de la obligación de informar en el derecho francés. Se analizarán casos emblemáticos para ilustrar cómo la pérdida de chance se manifiesta en situaciones reales y cómo los tribunales abordan estos desafíos legales. Por último, se explorará dos escenarios particulares que plantean cuestiones interesantes y a menudo complejas: la chance de no tener un hijo y la chance de no nacer.

Daño extrapatrimonial > daño moral

Miguel Dovat

I) Tema: El “daño extrapatrimonial” es un concepto jurídico moderno, que en su significación se asimila al llamado históricamente “daño moral”.

En la práctica jurídica, las mayorías jurisprudenciales, y también las justificaciones de la doctrina dominante, limitan las reparaciones del daño extrapatrimonial sólo a la noción del “*pretium doloris*”.

Se asimila así la resarcibilidad del daño extrapatrimonial, con la limitada idea de daño moral en sentido estricto.

Esto se visualiza más y verifica en los casos extremos, por lo general los más dañosos y más graves.

De esa forma se limita la admisión del contenido más amplio de los daños resarcibles, de acuerdo a lo que la designación de “daño extrapatrimonial” jurídicamente admite.

Esto se aprecia en los daños extrapatrimoniales objetivos, que en general no se indemnizan, siendo paradójicamente los más graves, porque son los que afectan a los Derechos Fundamentales de la persona.

II) Problema a abordar: La idea moderna (y el concepto) de “daño extrapatrimonial”, ¿es más amplia que la designación más específica de daño moral”?

III) Respuesta que se sugiere:

1) La idea moderna de “daño extrapatrimonial” es más amplia (>) que la idea clásica de “daño moral”.

2) En el Derecho Civil actual, la idea de “daño extrapatrimonial” es la más amplia y clara, ya que es la que mejor designa y abarca a los dos sub-tipos de daños extrapatrimoniales jurídicamente resarcibles:

a) daño extrapatrimonial subjetivo (daño moral en sentido estricto, o “*pretium doloris*”).

b) daño extrapatrimonial objetivo.

3) La expresión clásica “daño moral”, quiérase o no, es la más representativa de la reparación del daño extrapatrimonial subjetivo, y la designación moderna “daño extrapatrimonial”, es la que mejor representa a la noción de “daño extrapatrimonial objetivo”.

4) En suma: Si bien ambas acepciones (“daño moral” y “daño extrapatrimonial”) cada una designan a todos los daños extrapatrimoniales resarcibles, la moderna idea de “daño extrapatrimonial” es más abarcativa, y por ello apropiada, para designar a todo el daño extrapatrimonial resarcible, porque su idea es más amplia (e inclusiva), y clara (supera una confusión).

IV) La confusión central entre dos daños extrapatrimoniales distintos:

En la práctica jurídica, y también en la dominante justificación doctrinaria, la reparación del daño extrapatrimonial resulta acotada al “*pretium doloris*”.

Hasta intuitivamente, se ata o asocia la idea de “daño moral”, como daño subjetivo, que implica sufrimiento o dolor (daño moral en sentido estricto).

La confusión conceptual existente entre las designaciones de daño moral y daño extrapatrimonial, determina el rechazo de la reparación del daño extrapatrimonial objetivo causado a los Derechos Fundamentales (entre ellos, el rechazo a la reparación del “daño pérdida de la vida”, que es el daño objetivo propio más grave que puede sufrir el damnificado).

Daño objetivo que es un daño extrapatrimonial distinto, a otro daño también extrapatrimonial, pero de carácter subjetivo, el daño moral del dolor o sufrimiento (“*pretium doloris*”), que también puede sufrir la víctima, en forma adicional y a la vez, en un mismo evento dañoso.

Por la dispar terminología jurídica utilizada, se impide la reparación del daño extrapatrimonial objetivo, según una tesis hasta hoy sostenida por la doctrina y jurisprudencia dominantes, inspirada por una muy influyente sentencia del Juez Raúl Alonso De Marco, donde el ilustre Magistrado expresa:

“La reparación del daño moral no tiene por objeto como en el daño patrimonial el restablecimiento de un valor económico destruido o menoscabado, sino el de ofrecer una satisfacción a quien ha sido lesionado en sus afecciones íntimas, y esto es cosa enteramente personal. Antes de ejercerse la acción respectiva, el derecho a la reparación tiene, pues, carácter extrapatrimonial y, por lo mismo, no es legítimo que un tercero puede invocar el dolor de otra persona para pretender una indemnización..”

“... no existe certeza de la existencia del sufrimiento (...) ya que el estado de coma (...) consecuencia de las lesiones recibidas en la colisión y su casi inmediato deceso ... suponen circunstancias que habrían impedido a la víctima conocer su terrible situación y verse, consecuentemente, afectado espiritualmente por la misma.”

Refutación:

- 1) No se invoca el dolor (daño moral o extrapatrimonial subjetivo, o “*pretium doloris*”), sino la reparación del “daño pérdida de la vida” (daño extrapatrimonial objetivo).
- 2) Resulta del texto transcrito anacronismo conceptual, y una confusión entre los conceptos de daño moral subjetivo (*pretium doloris*) y daño extrapatrimonial objetivo.
- 3) La línea argumental en cuestión es antijurídica y absurda, según así refutó Eduardo Vaz Ferreira:

“Conforme a una tendencia dentro de la cual llega a definirse tal daño como “el precio del dolor”, podría pensarse que no es resarcible ningún daño extrapatrimonial de que la víctima no alcance a tener conciencia, que la indemnización se mide únicamente por el sufrimiento. Nosotros, partiendo de que los arts. 1319 y sigts. del Código Civil obligan al autor de un hecho ilícito a indemnizar todo “daño”, todo “mal” causado, sin ninguna distinción basada en el hecho de que la víctima sufra o no por tal mal, entendemos que debe desecharse cualquier distinción basada en dicha circunstancia; y que en consecuencia, de la misma manera que el curador de un demente puede reclamar indemnización por los daños causados a sus bienes, también puede reclamarla por la difamación u otros daños contra la personalidad física o moral del incapaz, aunque a éste no lo hagan sufrir.”

“Es absurdo afirmar que debe p. ej. indemnización quien dañe las alhajas de una joven demente, y no quien le desfigure el rostro. Con este ejemplo pretendemos mostrar la conveniencia de distinguir, dentro del daño moral, dos variedades diferentes: por una parte, el sufrimiento causado por un hecho ilícito (sufrimiento que debe indemnizarse, aunque después del hecho quede íntegra la personalidad), y por otra, las lesiones, los menoscabos causados a la personalidad física o moral de la víctima (los cuales deben indemnizarse también, aunque no causen sufrimiento).”

“... entendemos que el planteo se aclara distinguiendo, dentro del rubro “daño moral”, dos subrubros diferentes ..”

Daños punitivos (penas privadas o sanciones civiles). Algunas reflexiones sobre herramientas con fortalezas para su posible aplicación en nuestro sistema de derecho, y así también en normas con perspectivas de género.

Laura Sasías

El Prof. Carlos De Cores estudiando los “*daños ejemplares*” se preguntaba: *¿No deberíamos, sin embargo, en aras de un progreso del derecho, aceptar que se ponga en cuestión el carácter meramente reparador de la responsabilidad civil?*¹

La presente propuesta es un trabajo que forma parte de una línea de investigación en curso, sobre una herramienta que ha venido siendo relegada por doctrina y legislativo, como lo son *daños punitivos (penas privadas-civiles)*, ubicándolas, por nuestra parte, dentro del sistema del derecho de daños, y luego dentro del subsistema de la disciplina que se ocupa de la prevención y/o sanción del daño (tutela inhibitoria), reservando el área de su reparación (indemnización) para el subsistema de la responsabilidad civil (función reparatoria).

Las ubicamos como herramientas que pueden sortear críticas históricas desde la doctrina, que refieren principalmente a su origen y destino de los montos asignados por concepto de daño punitivos al sujeto ofensor.

Desde un estudio interdisciplinario, además de nuestra área, sumando el área del derecho laboral, con aportes de la filosofía del Derecho, es posible lograr su consolidación en nuestro sistema de derecho.

Desde la prevención y la amenaza de sufrir una sanción pecuniaria según la gravedad del ilícito (tutela inhibitoria del derecho de daños), el legislador puede contribuir a sostener ambientes sanos, y los sujetos apoyar tales objetivos garantistas, ajustando sus comportamientos a efectos de no incurrir en ilicitudes susceptibles de causar daños.

Nuestra propuesta refiere a reflexionar si la herramienta “*daños punitivos*” (o el calificativo más técnico le corresponda) tiene pertinencia tanto en la ley 18.561, como en otras posteriores que se vienen sumando al acervo legislativo², y que tienen similares hilos conductores (garantistas de derechos humanos fundamentales), como lo podremos ir viendo en adelante.

Desde esas normas determinadas, el Estado en uso de potestades de políticas públicas, se vale de herramientas que pertenecen al derecho privado -y más concretamente al derecho de daños- para lograr aquellos objetivos garantistas, a través de las “*penas privadas, penas punitivas o daños punitivos*”.

¿En aras a la paz pública, sin violencias en los vínculos interpersonales, no es posible el legislador apela a estas herramientas que sancionan pecuniariamente a sujetos que incurren en comportamientos prohibidos (ilicitudes)?