

Doctrina

Responsabilidad objetiva de plataformas de venta en la web

Carlos E. Tambussi



Abogado (UBA). Secretario del Juzgado Nro. 18 Secretaría 35 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA. Profesor Adjunto Regular (UBA) de Derechos Humanos y Garantías, Cátedra: Dr. Roberto Saba. Profesor de Protección Constitucional de Consumidores y Usuarios (UBA). Investigador Asociado de la Catedra Euroamericana de Derecho del Consumidor (Universidad de Cantabria, España). Profesor Adjunto del Instituto Superior de la Seguridad Pública (CABA). Coordinador del Seminario Permanente de Derechos del Consumidor (Centro de Formación Judicial, Tribunal Superior de Justicia CABA). Codirector del Programa de Actualización en Derecho del Consumo (Convenio AABA-UBA). Presidente de la Comisión de Derecho del Consumidor de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Integrante de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal de las Relaciones de Consumo para la CABA (Res. 424/SSJUS/2016 SSJ) y del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor (Reforma de la ley 24240) *Programa Justicia 2020*.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Se trata de una relación de consumo.— III. En derecho del consumidor, la responsabilidad es objetiva.— IV. Fundamento de la responsabilidad objetiva en el caso de las plataformas.— V. Desmintiendo argumentos.— VI. Cierre.

I. Introducción

El presente trabajo intenta aportar brevemente una posición respecto a la responsabilidad objetiva de los sitios de venta en internet, fenómeno desarrollado y generalizado exponencialmente en los últimos años, actividad lícita y exitosa, por la que se efectúan millones de transacciones, que en la mayoría de los casos salen bien y han configurado a estos sitios como importantes empresas de gran volumen comercial, prestigio y valor en el mercado.

Ellas se definen a sí mismas como plataformas de ventas y subastas *online* de bienes registrables y no registrables, facilitadoras de contactos, acercadoras de la oferta y la demanda, que si deciden vincularse, lo hacen en forma independiente, convirtiendo al sitio —según la autoversión— en un espacio neutral a las partes conforme lo advierten en los “términos y condiciones” de obligatoria, imprescindible e irreflexiva aceptación que se presentan a los interlocutores en las contrataciones en los cuales unilateralmente se eximen de toda responsabilidad. De modo que, según ellos mismos, la plataforma es imparcial y no tiene incidencia más que en el tratamiento técnico y automático de los datos, un mero “canal” al que no puede exigírsele conocimiento y control de la información almacenada y menos aún responsabilidad por las consecuencias que se generan respecto de quienes aceptan las ofertas allí contenidas, su cumplimiento y/o su licitud.

En síntesis, el consumidor queda entrampado en la adhesión a un sistema predispuesto, que considera a la página como un espacio virtual que se brinda a la gente y permite que se comuniquen por Internet para vender o comprar servicios o bienes. Casi una sociedad de beneficencia, altruista, feliz, porque la gente intercambie, y autora de unas cláusulas pre-redactadas prestas a señalar que la plataforma no es dueña ni oferente de lo que se vende y es solo una facilitación. Cuentan para ello con el respaldo del criterio que defiende, como en el caso *Kosten* (1), la necesidad de la existencia de una *zona libre* “a favor de los proveedores” que los coloque al amparo de la inseguridad jurídica que se deriva de la posible aplicación de otros regímenes de responsabilidad, como el objetivo.

En esa línea de razonamientos se argumenta por la imposibilidad de imponer a los prestadores de estos servicios una obligación genérica de supervisar los datos, ya que son alojadores “sin obligaciones proactivas”, cuestión que nuestra Corte Suprema recogió al analizar la responsabilidad de los “motores de búsqueda” (2).

Así, a la ausencia de obligación de supervisar, sigue inexistencia de responsabilidad, y solo probando la participación del operador del mercado electrónico con un rol activo en la operación, podría generarse su responsabilidad objetiva dado el riesgo que se deriva de esa especial configuración del servicio. Pero si constituyen un *hosting* o

simple alojamiento de datos, la plataforma no se obliga a mediar o concluir negocios, sino que solamente se limita a propiciar el acceso a ofertas para la consecución de una finalidad, constituyéndose en un inocente y desinteresado foro de transacción. Por esa razón, señala esta posición, solamente cuando la plataforma hubiera tenido conocimiento de la ilicitud, será responsable por desobedecer la advertencia del usuario o la orden judicial al respecto.

Otro de los argumentos esgrimidos es el de la ausencia de regulación específica en materia de responsabilidad de las plataformas en la Argentina y la necesidad de buscar las soluciones en el derecho comparado o directamente en derecho extranjero (como

por ejemplo en la Directiva 2000/31/CE), con el argumento que “el derecho comparado puede servir para fundar decisiones justas, basadas en criterios que han recibido aceptación en países con un desarrollo jurídico similar al nuestro”, conforme se señalara en el precedente *Kosten* ya mencionado. Criterio equivocado, si los hay, no solamente por no tratarse de derecho comparado, sino directamente de derecho extranjero, por equiparar el grado de desarrollo jurídico en un caso y en otro. Trátase, además, si hay ausencia de normas nacionales, de inexistencia de derecho comparado.

Por lo demás, esta posición de aludir a la inexistencia de normas hace caso omiso de las regulaciones del Código Civil y Comer-

Columna de opinión

Las mitades de la biblioteca Consecuencias del decreto 438/2021 de Obras Sociales

Ricardo I. Kennedy



Abogado en la Facultad de Derecho (UCA). Realizó una pasantía en el estudio Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton en las oficinas de Nueva York, EE.UU., donde trabajó en temas de reestructuración de deuda soberana (Plan Brady). En Buenos Aires trabajó en el estudio Brons & Salas en el departamento de litigios y, a partir de 1997, en su propio estudio haciendo temas de derecho laboral, derecho de la salud y daños. Asesor del Directorio de la Agencia de Planificación desde 2016 al 2020, comenzó a dar clases de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho (UBA) en 1998 y ha publicado artículos de derecho internacional privado, laboral y mala praxis.

Véase el texto completo en p. 3

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNCom., sala D, “Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario”, 22/03/2018, TR LALEY AR/

JUR/1780/2018.

(2) CS, “R., M. B. c/ Google Inc. y otro y otros s/daños y perjuicios”, Fallos 337:1174.

Nota a fallo

División de condominio

Inmueble rural. Convenio privado de partición. Falta de inscripción y de conocimiento. Inoponibilidad a terceros. Legitimación pasiva. CCiv. y Com., Azul, sala I, 04/05/2021. - *Estancias La Unión Sociedad en comandita por acciones c. U. M. B. y otros s/ División de condominio.* 5

División de condominio

El derecho a pedirlo y el modo de hacerlo
Natalio P. Etchegaray 5

Jurisprudencia

Secuestro de bienes durante el proceso penal

Pedido de restitución. Posible vinculación con la actividad ilícita investigada. Persona detenida que realiza actividades remuneradas y que puede cubrir sus necesidades básicas. Rechazo.

CNPenal Económico, sala B, 29/07/2021. - *Sierra Urzola, Lais Andrea s/ incidente de devolución.* 6

Phishing

Abstención de efectuar descuentos sobre una cuenta bancaria en relación con un préstamo personal impugnado. Medida cautelar. Procedencia. Protección del consumidor. Deber genérico de prevención del daño. Asimetría estructural. CNCom., sala F, 12/07/2021. - *Suárez, Andrea Noemí c. Banco BBVA Argentina S.A. s/ Medida precautoria.* 7

Una vez más: si hay relación de consumo, la responsabilidad es objetiva en términos del art. 40 de la ley de defensa del consumidor. Ese es el punto de partida, sin necesidad de entrar en la discusión respecto a si la actividad de los *hostings* es riesgosa. El fundamento de la atribución objetiva hay que buscarlo en el “riesgo de empresa” o “riesgo de actividad económica”, toda vez que allí donde hay beneficios originados en una actividad, debe generarse la contrapartida de responsabilidad por los riesgos y los costos, es decir, que le cabe al proveedor soportar las contingencias que su iniciativa importa, como contrapeso de los beneficios.

Merece extensión el tema del fundamento de la responsabilidad objetiva en el deber de seguridad (13). La vida en sociedad nos presenta, estemos o no conscientes de ello, como sujetos permanentemente expuestos a situaciones adversas sobre las que no podemos disponer, ni tener gobierno respecto a su acontecimiento o no, en razón de que estamos socialmente permanentemente expuestos a acontecimientos, sin tener responsabilidad ni discernimiento, ni conciencia sobre lo que podía suceder, en ocasión de afectarnos algo por ser un sujeto meramente expuesto a la vida en sociedad y, por ello, vulnerable a sus acontecimientos.

En ese marco, emerge la teoría que formula la existencia de un riesgo creado por una acción u omisión en la sociedad, hoy caracterizada como de consumo, que hace al advenimiento de una concreta obligación de seguridad con entidad tal como para generar responsabilidad caracterizando a la seguridad como uno de los pilares fundamentales de los contratos modernos.

El riesgo que amenaza a la seguridad en la sociedad de consumo actual, masificada y globalizada, es la desviación adversa con respecto a la meta prefijada derivada de la acción u omisión de los agentes del mercado, por afectar derechos de quienes están expuestos a los acontecimientos de esas conductas.

El carácter riesgoso de una actividad deviene de circunstancias extrínsecas, de persona, tiempo y lugar que la tornan peligrosa para terceros. La ponderación de estas cir-

cunstancias y su incidencia en el carácter riesgoso de la actividad debe realizarse en abstracto, independientemente del reproche que puede merecer la conducta del sindicado como responsable.

La cuestión pasa por el grado de previsibilidad de la producción del daño a partir de la consideración de la naturaleza o circunstancias de la actividad; si hay una clara probabilidad de eventuales perjuicios, funcionará el factor objetivo de atribución de ocurrir el daño. La temática que aquí nos convoca es la propia del sujeto que ni siquiera se entiende comprendido por una noción de riesgo, no teme por su seguridad, confía en las certezas y en la normalidad de los sistemas e instituciones que lo contornean.

En esa línea, las obligaciones de los proveedores de bienes y servicios en el mercado no se limitan a lo estrictamente convenido, y se extienden a deberes secundarios de conducta, de información, de custodia, de colaboración, de seguridad, de advertencia, todos imperativos derivados del compromiso objetivo de buena fe, que tienen como destinataria a la comunidad toda.

V. Desmintiendo argumentos

Se ha dicho que la aplicación del factor objetivo haría responsables a los sitios de intercambio de todo daño producido a partir de sus anuncios y haría inviable su actividad, ya que deberían adoptar medidas de control y auto restricción que producirían consecuencias masivas desde el plano constitucional, tratándose de una actividad lícita (14).

No creemos en esa imposibilidad práctica, dado que las plataformas pueden contemplar la exigencia de recaudos para las publicaciones, presentación de documentación previa a la aceptación del aviso, fianzas, u otros, además de los factores técnicos. El único argumento es la celeridad del comercio y la imposición de la realidad tecnológica, que no debe ser resultante de irritas desprotecciones. La imposibilidad de control

es solo una afirmación dogmática, cuando hoy se desarrolla tecnología para hacer más complicados los negocios y para detectar preferencias, a un nivel de manejo de datos inusitado para la historia de la humanidad.

La libertad de mercado posibilita ingeniosos y originales emprendimientos en nuevas modalidades de comercio que deben ejercerse con responsabilidad, implementando las seguridades necesarias para que los productos y servicios que se ofrecen en los portales de intercambio guarden correspondencia entre lo ofrecido y lo contratado y contemplen las garantías legales.

Es entonces el profesional proveedor quien desde su posición de superioridad tiene el deber de obrar con mayor prudencia y pleno conocimiento del negocio (15), en un comportamiento acorde con su objetivo económico, y a la vez para coadyuvar tanto a la seguridad y confiabilidad del tráfico comercial, como a la “fidelización” del cliente. Obrar diligentemente, va de suyo, no solo favorece al consumidor; y esto es lo que algunos proveedores deben advertir. Los beneficia también a ellos y, por supuesto, al mercado.

En síntesis, y toda vez que el cliente, parte débil en la relación contractual, deposita su confianza (16) en el emisor, y este debe actuar regido por el estándar del “buen profesional”, en razón de su alto grado de especialización, parece natural que dicha confianza tenga un lugar preponderante de tutela cuando se vincula con la protección del consumidor, con norte en el mantenimiento de la transparencia y credibilidad de la oferta y demanda de servicios. Ha sido dicho que “tolerar el fuera de juego de Mercado Libre o Mercado pago raya con la deliberada aniquilación de la confianza del comprador en pos de un sistema que se supone resguardo del principio de la buena fe, entre otros, como la seguridad prometida” (17).

VI. Cierre

La posición por la responsabilidad objetiva no puede ser asociada a la envidia

otro”, 19/07/2001.

(16) Véase ESTEVARENA, Emiliano - BAROCELI, Sergio S., “La protección de los consumidores en plataformas de comercio electrónico”, LA LEY 30/05/2018, 6, AR/DOC/870/2018.

destruccion del argentino hacia la empresa próspera. Un consumidor no es un sindicalista que va a bloquear los centros de entrega de la plataforma. Es un usuario sujeto al campo de juego de sus condiciones, es el presupuesto de sus ganancias y es el sujeto de derecho, cuando hay problemas en las derivaciones dañosas originadas en el uso de ese espacio.

Sostener la responsabilidad subjetiva y descargar los cuidados en el consumidor implica analizar e interpretar el desenvolvimiento de las plataformas con total prescindencia de la vigencia del régimen tuitivo consumidor, cuando los que utilizan este medio para adquirir bienes o servicios son los consumidores.

Estamos seguros de que el margen de incidencias es muy pequeño con relación a los éxitos, de modo que, aun por defecto de comparación, el consumidor afectado merecería mayor consideración.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2269/2021

Más información

Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., “El proveedor de servicios financieros digitales y el código procesal de la justicia en las relaciones de consumo para el ámbito de la ciudad autónoma de buenos aires. Cuestiones a considerar en materia de probática electrónica”, Publicado en: ADLA 2021-5, 107, Cita: TR LALEY AR/DOC/1223/2021

Cancio, Sebastián J. - Beltran, Kevin, “La aceptación de términos y condiciones supone el perfeccionamiento de un contrato”, Publicado en: LA LEY 23/02/2021, 3, Cita: TR LALEY AR/DOC/392/2021

Libro recomendado

Aspectos Jurídicos de las Aplicaciones de Plataformas

Autor: Veltani, Juan

Edición: 2020

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(17) CCiv. y Com., Jujuy, sala III, *in re* “Acción emergente de la Ley del Consumidor: Ferreiro, Pablo A. c. Mercado Libre SRL”, 15/09/2016.

Columna de opinión continuación

Las mitades de la biblioteca

Ricardo I. Kennedy

El art. 4º del dec. 438/2021, que sustituye el art. 13 del dec. 504/1998 y, fundamentalmente, su modificatorio (1400/01), exige el plazo de un año del inicio de la relación laboral para poder ejercer la opción de cambio de la Obra Social.

El propósito de este trabajo es analizar dicha norma.

El instrumento utilizado

La vía del decreto aparece como una forma jurídicamente idónea para plasmar la reforma perseguida.

En efecto, desde la sanción de las leyes 23.660 y 23.661 ambas el 29 de diciembre del año 1988 y su promulgación en enero del año siguiente, hubo una sucesión de decretos reglamentarios, y este es uno más de ellos.

De hecho goza de la misma calidad instrumental que la norma modificada.

Como todo acto administrativo, tuvo un expediente interno donde los servicios de asesoramiento jurídico tomaron “la intervención de su competencia” y se recalca que las facultades para dictarla emanan de

la Constitución Nacional, en especial del art. 99, inc. 1 y 2.

Es oportuno recordar que el art. 99, inc. 2 atribuye al PEN a dictar reglamentos para la ejecución de las leyes, “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. En este caso también podría defenderse el decreto pues lo que se ha hecho es volver al criterio del dec. 504/98 que había sido modificado por el dec. 1400/2001.

Las razones de oportunidad, mérito y conveniencia. Las mitades de la biblioteca

¿Cuáles son las razones de oportunidad, mérito y conveniencia de esta modificación, entonces?

Como se dijo líneas más arriba, que el dec. 504/1998 señala en sus considerandos “...Que la reglamentación del ejercicio de la opción de cambio debe preservar los derechos y las obligaciones de los beneficia-

rios y de las Obras Sociales como Agentes del Sistema.

Que dichas normas deben mantener los principios de solidaridad y equidad en que debe desarrollarse el Sistema de Seguridad Social” (1).

Siguiendo ese fundamento, el art. 13 de dicho decreto establecía el límite de un año, al que volvimos ahora.

En rigor de verdad el sistema de libre elección de la obra social está dispuesto en el dec. 9/1993 (2).

Es interesante tomar en consideración en este caso las razones que llevaron a la introducción de esta novedad.

El propio decreto en sus considerandos señala, en lo pertinente, “Que la libertad para elegir la obra social contribuirá a la eficiencia del sistema de obras sociales por el clima de mayor competencia que se deriva-

rá de esta situación, que implica incorporar un novedoso mecanismo de control sobre la administración de los recursos a cargo de los propios beneficiarios.”

Entonces la posibilidad de elección de la Obra Social fomenta, en palabras del decreto, la “mayor competencia”. Así aquellas instituciones que brinden un servicio mejor podrán alimentarse de los aportes de más afiliados, y por el contrario, las que no brinden un servicio satisfactorio serán castigadas con los menores ingresos fruto de la migración de afiliados (y aportes que ello implica, obviamente).

Este sistema de premios y castigos fruto de la desregulación del sistema hace que la masa de afiliados (o el mercado en términos de economía) juzgue la eficiencia de las prestaciones.

Así lo dicen los considerandos: “La mayor competencia incentivará el control sobre la calidad de las prestaciones a partir del protagonismo activo de los beneficiarios, liberando al Estado para concentrar su capacidad de fiscalización en aspectos del sistema que no pueden ser vigilados por los propios usuarios.”

Vemos entonces que, desde una concepción de desregulación del sistema (o prescindencia de la intervención del Estado), se establecen premios y castigos otorgados por los afiliados, con el objeto de beneficiar al afiliado y entenderlo como el fin teleológico del sistema, de manera que puedan acceder al mejor sistema posible.

La contrapartida de esta disposición desregulatoria se funda en el mayor desarrollo del sistema público de salud.

El Estado se desentiende hasta cierto punto del sistema de Obras Sociales para fortalecer a la Salud Pública.

A juzgar por los resultados, y a pesar de que la Salud Pública es en muchos casos un orgullo nacional, no podemos decir que ello se ha cumplido como se esperaba.

De hecho, el sistema de Obras Sociales viene a suplir a la imposibilidad de respuesta de la Salud Pública, y ello se ve reflejado en la creación del Programa Médico Obligatorio (PMO) definido como “...una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico asistencial. La obra social debe brindar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (3) (PMO) y otras coberturas obligatorias, sin carencias, preexistencias o exámenes de admisión” (4).

Estas prestaciones las deben brindar los Agentes de Salud, no solo el sector público, por lo que notamos claramente, a confesión de parte, que la Salud Pública no alcanza, para prestaciones básicas.

Ahora bien, esta elección se podía hacer, conforme el art. 2 del decreto, una vez al año (5).

En nov. de 2001 se dicta el dec. 1400/2001. Allí cambia el criterio de la elección, flexibilizando aún más el sistema. Podemos leer en sus considerandos que “... el art. 13 del dec. 504/1998 contiene una limitación al ejercicio de la opción de cambio de obra social, ya que fija un plazo de cautividad de un año.

Que, con el objeto de asegurar la más amplia expresión de voluntad de los beneficiarios se hace necesario sustituir el citado artículo” (6).

Nuevamente el foco está en los beneficiarios del sistema, otorgando una libertad mayor, consagrada por el art. 15, que modifica el art. 13 del dec. 504/1998, de la siguiente manera, otorgando la facultad desde el inicio de la relación laboral (7).

Con esta norma, y la llamativa palabra “cautividad” en clara objeción al límite anual establecido, se modifica el criterio.

Cabe destacar, sin embargo, que esta norma además contenía previsiones para las Obras Sociales en crisis. En efecto, la situación social y económica del país en ese año, obligaron a tomar estas resoluciones, pero con un criterio distinto al actual.

El decreto recientemente sancionado vuelve a modificar este criterio, estableciendo la obligación de permanecer un año en la Obra Social (8).

Cabe destacar que la opción del dec. 9/1993 era de “una vez al año”, a diferencia del dec. 504/98 y el actual que dicen que los afiliados “deberán permanecer” un año. La diferencia no es menor.

La obligación de permanecer un año en la Obra Social otorga a la entidad una expectativa mínima de ingresos por afiliado dando una seguridad mayor a sus finanzas. Esto otorga un alivio frente a la posibilidad, en tiempos de crisis y pandemia, de éxodos masivos y agravamiento de dificultades económicas ya existentes.

El fundamento elegido supone la protección de las Entidades frente a la posibilidad que el aportante migre en busca de servicios más efectivos y mejores, justamente tratándose de salud. Pero de este modo evitar su desaparición.

En los considerandos del decreto se menciona: “Que la reglamentación del ejercicio de la opción de cambio debe preservar los derechos y las obligaciones de los beneficiarios y de las Obras Sociales como Agentes del Sistema.

Que dichas normas deben mantener los principios de solidaridad y equidad en que debe desarrollarse el Sistema de Seguridad Social.”

En los dos considerandos se sintetiza lo que me orientó a titular este artículo como “las dos mitades de la biblioteca”.

Es conocido el dicho de aquel abogado que dice a su cliente que la mitad de la biblioteca lo avala y la otra lo condena.

Y en este peregrinar de reformas y modificaciones, asistimos a un criterio que siempre intenta defender los intereses de los beneficiarios del sistema de salud. La duda es, si para ello, deben o no cercenarse, limitarse o restringirse sus derechos en pos del Sistema.

En efecto, sin Sistema no hay beneficio. Y el Sistema lo componen los beneficiarios, los Agentes de Salud y el Estado.

La posibilidad de elección consagrada a los beneficiarios fue un golpe importante a las Obras Sociales más pequeñas y con proble-

mas de financiamiento. Si bien su manejo dista en muchos casos de ser eficiente, también hay límites de estructura que impiden su desarrollo. Y este es un tema que tal vez haya que analizar más profundamente.

En efecto, lo que se busca es regular el ingreso de afiliados dando por momentos mayor respiro por vía de este tipo de restricciones.

La elección se consagró decididamente como un derecho del beneficiario. Pero los tiempos de permanencia fueron un recurso para apaciguar los daños que ello podría producir a ciertas instituciones.

Ahora bien, ¿cuál es el sentido, entonces, de tener un poseer un sistema de Obras Sociales tan disímiles unas de otras?

Si buscamos defender el derecho de los beneficiarios, la “cautividad” de un año aparece como una seria restricción del derecho a la salud.

Claramente el derecho al derecho a la salud, contenida en los tratados internacionales e incorporada a la constitución, asegura una preponderancia de este frente a cualquier otro derecho.

Es decir, el Sistema de Salud debe ser un medio para alcanzar ese derecho y no un fin en sí mismo. Por lo que el derecho del beneficiario debe prevalecer sobre los demás actores del sistema.

El que decide cuál mitad

Numerosa jurisprudencia ha sostenido que con fundamento los arts. 42 de la Constitución Nacional y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU, ratificado por ley 23.313 y que goza de jerarquía superior a las leyes internas, según el art. 75, inc. 22, de la CN.

La Corte Suprema de la Nación ha sido clara al respecto, cuando ha manifestado, por ejemplo, que “Después de la reforma constitucional de 1994 el derecho a la vida se encuentra explícitamente garantizado en la Constitución Nacional, a través de su reconocimiento y protección en tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. I; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 4.1; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 3º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6º; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 6º) (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni)” (9).

También, “El derecho a la vida constituye un valor fundamental a cuyo respecto los restantes valores siempre tienen carácter instrumental, pues el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable”, tiene dicho este tribunal (10).

Más aún, sostiene nuestro máximo tribunal que, “resulta procedente la medida cautelar dictada y aconsejable no introducir cambios en el tratamiento recibido, al menos hasta que la obra social demandada acredite en debida forma que está ella en condiciones de brindar a su afiliado el tratamiento adecuado para sus diversas patologías a través de su propia red

prestacional —profesionales médicos e instituciones asistenciales—, máxime cuando esa terapia ha tenido principio de ejecución, circunstancia que pone de manifiesto la necesidad de asegurar la permanencia y continuidad de la prestación médica recibida de ese modo por el peticionario”.

En palabras de la Corte, los plazos y la conservación de un tratamiento superan cualquier modificación que un cambio en la Obra Social requiera en los casos, por ejemplo, de la incorporación a un nuevo empleo con el consiguiente cambio de entidades prestadoras.

En un fallo, aún no firme, de primera instancia en la Ciudad de Buenos Aires, tratando la imposibilidad, en este caso, de elegir la Obra Social, se ha dicho que “La obra social debe asegurar el derecho de libre opción del amparista, con idéntico alcance al que le es reconocido a los afiliados activos, con la máxima premura, considerando que se trata de un sector especialmente vulnerable en el escenario pandémico actual” (11).

Si bien el caso no es exactamente lo dispuesto en la norma de análisis, llama la atención la “máxima premura” solicitada por el tribunal.

Es uniforme la opinión que, en casos de salud, la vía idónea es el amparo, justamente por la urgencia de lo solicitado.

Incluso, para tener una idea de la protección que la jurisprudencia ha dado y da al derecho a la salud, se ha condenado a una empresa de medicina prepaga, agente de salud del sistema, a cubrir los gastos de un trasplante en el exterior, lo que indica el orden de prioridades en cuanto a derechos: “Se admite la tutela anticipada solicitada y se manda cubrir integralmente el trasplante de médula ósea requerido por un menor que padece adrenoleucodistrofia, en un hospital ubicado en el extranjero, siendo responsables por el cumplimiento el Estado Nacional, la Provincia, la obra social demandada y los padres del menor, en la medida de lo recaudado en una colecta pública” (12).

Siguiendo esta línea de pensamiento, la justicia ha sido clara en cuanto al “reparto de potencias e impotencias” del que hablaba Werner Goldschmidt en su teoría trialista. En rigor de verdad ha condenado siempre a cumplir con los beneficiarios independientemente de los costos y circunstancias que ello pudiera suponer.

Por tal motivo vemos oportuno revisar una simple muestra de las decisiones habituales del fuero Federal con relación al derecho a la salud.

“La obra social debe brindar cobertura total respecto de la prótesis que requiere la amparista en tanto ella supondrá una ventaja respecto al uso de la que posee actualmente y, por otra parte, siendo afiliada compulsiva de la obra social, vedándosele la posibilidad de optar por otro sistema de cobertura, ello la coloca en una desventajosa situación fáctica y jurídica que se vería notoriamente agravada de no reconocersele, al menos, los mismos servicios básicos de prestaciones con los que contaría de poder optar por una obra social diferente en los términos de su constitución y organización, circunstancia de afiliación que no puede ir en desmedro de los derechos de los afiliados” (13).

(3) Ley 26.682 promulgada el 16/5/11

(4) Según la Página Oficial <https://www.sssalud.gob.ar/?page=pmoprincipal>

(5) Art. 2 - La elección prevista en el artículo anterior podrá recaer solamente en una obra social y será ejercida solo en una oportunidad por año (Decreto 9/93).

(6) Decreto 1400/2001 TR LALEY AR/LCON/8V2H.

(7) “Art. 15. - Decreto 504/1998 - Modificación. Sus-

titúyese el artículo 13 del Decreto N° 504/98 por el siguiente: “Art. 13. - Los trabajadores podrán ejercer el derecho de opción desde el momento mismo del inicio de la relación laboral”. (Decreto 1400/2001).

(8) Art. 4º. - Sustitúyese el artículo 13 del decreto N° 504 del 12 de mayo de 1998 y su modificatorio, el que quedará redactado de la siguiente manera:

“Art. 13.- Los trabajadores y las trabajadoras que inician una relación laboral deberán permanecer UN (1)

año en la Obra Social correspondiente a la rama de su actividad antes de poder ejercer el derecho de opción de cambio” (dec. 438/21, TR LALEY AR/LEGI/AC1J).

(9) CS, “Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, 07/06/2006, Fallos 329:4918

(10) CS, “Spanghero Mariano Aníbal c/ Obra Social Unión Personal s/ amparo”, 09/11/2006, TR LALEY 70039724.

(11) JCont. Adm. y Trib. N° 6, CABA, “C. L. c/ Obra Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Osba) s/ amparo - salud-obras sociales”, 29/04/2020, TR LALEY AR/JUR/14954/2020.

(12) CFed., Córdoba, Sala A, “B. F. S. y otra c/ OSE-CAC y otros s/ amparo”, 21/10/2011, TR LALEY AR/JUR/62367/2011.

(13) CCiv. y Com., Rosario, sala II, “M. A. L. M. c/ I.A.P.O.S. s/ recurso de amparo”, 09/04/2021.

Es interesante, en este caso, ver cómo se habla de una desventajosa situación fáctica y jurídica por no poder acceder a los servicios con los que contaría, si pudiera optar.

Es interesante analizar, más allá del sumario, algunos pasajes de la resolución citada más arriba, como:

“Es que la admisibilidad formal y procedencia del amparo resulta incuestionable cuando el bien jurídico afectado es la salud de la recurrente y el grave peligro que importaría mayores demoras en las largas tramitaciones burocráticas, lo que determina que la acción judicial entablada sea el único recurso idóneo al alcance del accionante para la protección jurisdiccional de la preservación de su salud (cfr. Juzg. Criminal N° 3, Mar del Plata, ‘Navas, Leandro J. C./ Instituto de Obra Médico Asistencial’, 03/05/1991, LA LEY, 1991-D, 79, con nota de Susana Albanese DJ, 1991-2-673)”.

La sentencia habla de largas tramitaciones burocráticas contra el grave peligro que importaría la demora.

Y aquí es donde entra a jugar ese derecho impostergable del afiliado retenido en una nueva Obra Social, por su incorporación a un empleo nuevo, y los peligros de la falta de continuidad en tratamientos, centros asistenciales, laboratorios y profesionales con los que venía tratando.

Aquí entendemos que si esta norma no brinda una solución a estos casos, muy habituales, por cierto, vendrá una nueva oleada de amparos judiciales haciendo expreso reclamo a la cobertura de una obra social hacia profesionales y centros que no cuentan en su cartilla o a la retención del afiliado en su obra social anterior, u otras posibilidades que además significarán el dispendio jurisdiccional evidente y los costos para las propias entidades de salud, como así también demoras para los prestadores en sus pagos.

En efecto, iniciar el amparo, solicitar a la Obra Social arbitre los medios para la continuidad de un tratamiento en ciertos centros asistenciales, y con sus profesionales y pres-

tadores, provocará el no buscado trámite burocrático que ello conlleva.

Entonces, ¿es la demora de la opción un cambio en desmedro del afiliado? A la luz de la jurisprudencia, la respuesta es sí.

Tenemos que interpretar este tipo de normas como una ayuda a las Obras Sociales en crisis, pero yendo en desmedro de derechos de los afiliados. El Sistema de Salud por sí mismo no es un bien en sí, si no cumple su función, que es la de brindar salud a los afiliados.

Se debe estar, entonces, prestando especial atención a los derechos de las personas, por sobre las estructuras. La ayuda no puede ir en desmedro del afiliado.

Por un lado, la norma dictada no hace más que volver a criterios sostenidos anteriormente, donde el plazo de un año, ideado para ayuda de las Obras Sociales indudablemente, estaba fijado hasta el año 2001.

Por otro lado, la propia norma modificada en su fundamento habla de mantener el derecho del afiliado beneficiario final del sistema, otorgando el derecho a opción sin cortapisas.

Son dos mitades de la biblioteca volcadas en los considerandos de las normas analizadas, en donde la Justicia, de no haber alguna modificación, seguramente intervendrá para casos particulares generando jurisprudencia a favor del beneficiario, tal como lo viene haciendo. Se ha entendido que en temas de salud la premura, la urgencia, es un elemento sustancial de los reclamos, de allí la concesión veloz de los amparos judiciales. Y, además, el derecho constitucional e inalienable de la persona frente a los Agentes del Sistema de Salud. Creo que, en estos términos, es posible pensar en fallos que seguramente serán adversos al límite de un año impuesto, más allá de que así fuera anteriormente, a la luz de la evolución jurisprudencial.

Cita on line: AR/DOC/2267/2021

Nota a fallo

División de condominio

Inmueble rural. Convenio privado de partición. Falta de inscripción y de conocimiento. Inoponibilidad a terceros. Legitimación pasiva.

1. - La acción de división de condominio y el derecho mismo a peticionar el fin de la comunidad no se encuentran controvertidos, más allá de ciertos cuestionamientos en orden a las legitimaciones, lo cual es lógico en virtud de la amplitud con la cual se encuentra consagrada esa prerrogativa en el art. 1997 del CCyC.
2. - Es importante para la solución del caso que la demandada haya explicado cuál es el interés concreto que la lleva a plantear la inoponibilidad del negocio fundada en su desconocimiento, porque, ante todo, y por el principio de conservación de los actos jurídicos, es conveniente que los negocios complejos, como lo son las divisiones de condominio, mantengan su eficacia, de modo que un planteo de inoponibilidad carente de todo fundamento podría ser considerado abusivo.
3. - El hecho de que la partición —inscripta en los registros correspondientes— sea oponible a terceros es de toda lógica, pues una solución contraria atentaría gravemente contra la seguridad jurídica,

ya que todo aquel que adquiere la parte indivisa a un condómino o a un cohe-redero podría ignorar los actos jurídicos privados celebrados entre el vendedor y sus comuneros, lo que conduciría a que nadie adquiriera un bien que se encuentra en esa condición, pese a que su venta se encuentra expresamente permitida en el art. 1989 del Cód. Civ. y Com. e incluso podría dar lugar a maniobras pergeñadas entre los comuneros para perjudicar a un tercero.

4. - La registración no es el único modo de publicidad, ya que resultaría contrario a la buena fe y abusivo que un tercero que conoce el convenio privado de partición celebrado entre los condóminos plantee que le resulta inoponible so pretexto de su falta de inscripción registral.
5. - Del intercambio de mails efectuado entre las partes se desprende que los demandados desconocían o “ignoraban” la existencia de un convenio privado de partición y adjudicación. De otro modo, sería absurdo que se hubieran abocado a trabajar en un proyecto de convenio para ser consensuado y luego firmado por las restantes condóminas, ya que estas, naturalmente, se opondrían a hacerlo invocando la existencia del convenio ya celebrado.
6. - Es razonable, y no parece contrario al principio de buena fe ni a la prohibi-

ción de volver contra los propios actos, que en un momento determinado ambos contratantes —vendedora y compradora— hayan desistido de seguir avanzando en las tratativas de división de condominio y optado por celebrar la compraventa de una cosa indivisa, lo cual está expresamente permitido por el art. 1989 del Cód. Civ. y Com., en el convencimiento de que lo único que existía hasta ese momento era un antiguo convenio verbal de atribución de uso y goce; y no un convenio de división de condominio.

7. - Si las partes hubieran tenido conocimiento del acuerdo preexistente, habría resultado totalmente absurdo que invirtieran tiempo y esfuerzos en la trabajosa tarea de elaboración de un nuevo proyecto para ser negociado y luego firmado por esta última y las restantes condóminas, ya que estas, naturalmente, se opondrían a hacerlo, invocando la existencia del convenio ya celebrado, tal como efectivamente lo hicieron en la instancia judicial.
8. - Si el testigo estaba al tanto de una verdadera división de condominio, no tiene por qué ser trasladable al tercero adquirente ajeno a esa relación locativa.
9. - La circunstancia de que los condóminos fueran celebrando sucesivos contratos

de locación con el mismo arrendatario, en los que incluso se alquilaba la totalidad del campo, dificultó que el adquirente pudiera tener conocimiento de la división del condominio, sea a través de la lectura de ese contrato —que precisamente llevaba a pensar lo contrario, es decir, que el campo no estaba dividido— o de la “publicidad posesoria”.

10. - No existen elementos para afirmar que la demandada tuviera conocimiento del convenio de división de condominio celebrado, haciéndolo así —con su falta de inscripción registral— inoponible a dicha persona jurídica en los términos del art. 2363 y conc. del Cód. Civ. y Com.

CCiv. y Com., Azul, sala I, 04/05/2021. - Estancias La Unión Sociedad en comandita por acciones c. U. M. B. y otros s/ División de condominio.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11797/2021]

Costas

Según arts. 1997, 2363, 2369, 2371

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

División de condominio

El derecho a pedirlo y el modo de hacerlo



Natalio P. Etchegaray

Decano honorario del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Consejero académico titular de la Academia Nacional del Notariado. Director del Instituto de Técnica Notarial de la Universidad Notarial Argentina. Profesor de Derecho Notarial II en la Universidad Notarial Argentina. Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Miembro de número del Instituto Histórico Municipal de Lomas de Zamora. Asesor emérito de la Comisión Nacional de Museos y de Monumentos y Lugares Históricos. Profesor invitado de Derecho Notarial para el Curso de Postítulo de la Facultad de Derecho (USAL).

SUMARIO: I. Fallo de la CCiv. y Com., Azul, sala I, s/ división de condominio (4/5/2021).— II. Los hechos.— III. La sentencia única de primera instancia (Juzgado de Tandil).— IV. Etapa recursiva.— V. La sentencia.

“La sentencia recuerda que fue imposible llegar a un acuerdo, y teniendo en cuenta que en los dos procesos se acciona por división de condominio, y que el derecho mismo a peticionar el

fin de la comunidad no se encuentra controvertido, de acuerdo con el art. 1997 del Cód. Civ. y Com., debe decidirse que no está en discusión el derecho a pedir la división, sino en el modo en

que la partición debe llevarse a cabo. La actora U. pretende hacer valer la partición privada en los términos del art. 2369 del Cód. Civ. y Com., mientras que Estancias La Unión postula que,

frente a la inoponibilidad de ese convenio a su parte, y la falta de acuerdo para celebrar uno nuevo, la partición debe ser judicial en los términos del art. 2371 inc. c) del mismo Código”.