



Las actividades riesgosas en el Código Civil y Comercial

María Florencia Ramos Martínez (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El régimen establecido por el Código Civil y Comercial.— III. El concepto de actividad riesgosa.— IV. La actividad riesgosa como causa adecuada del daño.

➔ **Sostener que una actividad es causa adecuada del daño supone afirmar que, conforme al curso natural y ordinario de las cosas, ostenta virtualidad causal regular para provocar en circunstancias fácticas similares idénticos resultados (regularidad), y que tal aptitud es apreciable anticipadamente por el hombre medio (previsibilidad objetiva).**

I. Introducción

La noción de riesgo creado ancla su génesis en un escenario social y cultural complejo, donde la culpa luce insuficiente para responder equitativamente frente a los daños originados a partir de ciertas actividades. En muchos casos, la participación causal de las cosas como medio empleado en las labores desarrolladas impide formular un juicio de reproche sustentado en la negligencia del presunto responsable (1).

En ese sentido, vale la pena considerar que las diversas elaboraciones en torno a la noción del riesgo como fundamento del deber de resarcir no se centraron exclusivamente en la cosa. Por el contrario, según lo afirma la doctrina, fueron las relaciones de vecindad y la responsabilidad que emanaba de tal vínculo las que impulsaron a Ripert a proponer la distinción entre los llamados “actos anormales” y aquellos que debían considerarse “normales” (2).

En refuerzo de esta observación, se apunta que “la teoría del riesgo es, históricamente, una respuesta al problema de los accidentes del trabajo” (3).

De tal modo, el cuestionamiento de la insuficiencia de la culpa como soporte del esquema de responsabilidad civil vigente no se origina en la cosa en sí misma, es decir, valorada de modo independiente y autónomo, sino que surge en el marco de los daños

sufridos por los trabajadores mientras desarrollaban sus labores.

En ese contexto, la actividad humana gesta la noción de riesgo creado como elemento valorativo sobre el que se asienta el reproche resarcitorio cuando el paradigma de la culpa no llega a satisfacer el sentido más elemental de justicia. Por este motivo, su incorporación en la regulación normativa no obedece a un propósito caprichoso del legislador moderno, sino que desde su origen se advierte una auténtica preocupación de la doctrina y la jurisprudencia en relación con numerosos supuestos en los cuales no es posible imputar una conducta negligente al presunto responsable.

En nuestro sistema, se tiende a identificar la teoría del riesgo creado con la virtualidad potencial de las cosas en la producción de daños, siendo ésta la recepción limitada que propulsó la modificación del Código Civil mediante la ley 17.711, en el ya conocido art. 1113. En ese esquema, las actividades riesgosas no tenían una regulación específica, quedando libradas a la suerte del intérprete, ya incorporándolas al art. 1109, encuadradas en supuestos de hechos del hombre y por lo tanto sujetas al patrón de la culpa, o bien casi excepcionalmente, al menos en sus comienzos, al último párrafo del art. 1113.

Lo cierto es que las actividades riesgosas tal vez debieran ser consideradas el núcleo de este tipo de responsabilidad objetiva, y no un supuesto reducido o cuasi excepcional. Como se sabe, el desarrollo industrial y de las empresas, la producción a gran escala y la compleja trama de vínculos comerciales, por mencionar sólo algunas variables, ponen de manifiesto la potencialidad ínsita en su dinámica para provocar daños.

En este escenario, la cosa, como fuente de daños, debe ser emplazada adecuadamente, admitiendo que la responsabilidad por riesgo no debe girar en torno a ella exclusivamente. Por el contrario, entendemos que las actividades asumen un rol protagónico en la fundamentación objetiva del reproche resarcitorio,

al punto que la cosa pierde su relevancia en algunos casos en los que, tratándose de actividades inicialmente inocuas o inofensivas, por intervención de aquélla se tornan riesgosas. Ello implica reconocer que si bien se trata de dos supuestos diferentes en el plano normativo, no es posible desconocer la íntima vinculación conceptual que los liga.

Ahora bien, determinar el ámbito del riesgo en relación con las actividades no deviene una tarea sencilla. En este punto consideramos indispensable repensar la dinámica cosa y actividad, para verificar si es posible desentrañar un espacio fáctico exclusivo o si, por el contrario, ambas tipologías se hallan estrechamente vinculadas.

Sin perjuicio de ello, ya sea que se considere un supuesto independiente de la cosa riesgosa, ya que se establezca una relación entre ésta y la actividad, nos parece útil remarcar que tal vez el mayor desafío que versa en este campo de análisis es el referido a la delimitación conceptual de la actividad riesgosa.

Atendiendo a la terminología empleada por el régimen normativo como categoría sobre la cual se estructura la fundamentación objetiva del deber de resarcir, la distinción entre actividad riesgosa e inofensiva deviene un punto central que no puede soslayarse.

Se impone entonces precisar los patrones o indicadores que hacen viable la distinción entre ambas figuras. Como veremos, ello dependerá en gran medida del concepto de actividad riesgosa y su implicancia causal en el caso concreto.

II. El régimen establecido por el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial estipula en el art. 1757: “*Hecho de las cosas y actividades riesgosas*. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La

responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Como punto de inicio para el estudio de la temática, conviene destacar la distinción propuesta por el legislador en la aludida normativa, ya que presenta dos categorías bien marcadas: la responsabilidad por “el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas”, y aquella que deriva “de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”.

El régimen plantea una valiosa incorporación en el diagrama regulador de la responsabilidad objetiva por riesgo, al reconocer explícitamente la figura de la actividad riesgosa como elemento valorativo en el cual sustentar el reproche resarcitorio.

De este modo, se habilita el ingreso de numerosos supuestos que, de acuerdo con la antigua regulación establecida por el art. 1113 del Cód. Civil, se hallaban indefinidos en cuanto al régimen de imputación, quedando librada la fundamentación de la obligación de reparar al criterio del intérprete.

Con la consagración del art. 1757, el panorama se aclara, aunque no por ello dejan de emerger algunas dificultades que intentaremos poner de relieve y, de ser posible, aportar algunos lineamientos orientadores.

II.1. Responsabilidad “de las actividades riesgosas” o “por daño causado... de actividades riesgosas”

La redacción de la norma admite diversas lecturas en relación con la temática que nos ocupa. Cuando el legislador expresa que se responde “por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades”, es posible sostener al menos dos posiciones.

Una de ellas, asociada a la causación del daño en ambos supuestos, donde podría enten-

DOCTRINA. Las actividades riesgosas en el Código Civil y Comercial

María Florencia Ramos Martínez..... 1

NOTA A FALLO

Las torturas psicológicas en el ámbito laboral y las dificultades de la prueba. Análisis crítico del fallo “Votta”

Javier I. Barraza 6

JURISPRUDENCIA

EMPLEO PÚBLICO. Utilización de figuras contractuales para enmascarar designaciones permanentes. Legítima expectativa de permanencia laboral (CNFed. Contenciosoadministrativo).... 6

PRUEBA DE PERITOS. Pedido de sustitución del organismo encargado de realizar la pericia.

Rechazo del pedido de recusación (CS)..... 11

LIBERTAD CONDICIONAL. Pronóstico dudoso de reinserción. Dictamen del Consejo correccional favorable. Deber de ponderación. Calificaciones de conducta (CNCasCrim. y Correcc.)..... 11

derse que “Toda persona responde por el daño causado: a) por el riesgo o vicio de la cosa; b) de las actividades riesgosas”.

La otra variante indicaría una solución diversa, marcada por una perspectiva radicalmente diferente entre los dos ejes conceptuales sujetos a regulación, cosa y actividad. En este caso, la mentada disposición podría ser interpretada como: “Toda persona responde: a) por el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa, b) de las actividades riesgosas”.

La divergencia planteada, originada en una disyuntiva de orden semántico, no es menor, ya que, como se puede advertir, en el primer caso el eje valorativo de la norma se asienta en la producción causal del daño, ya por riesgo o vicio, ya por una actividad riesgosa. De esta manera, es la causación adecuada del perjuicio por la actividad riesgosa o peligrosa la que permite justificar la subsunción del caso concreto en el régimen de responsabilidad objetiva previsto por el art. 1757.

Nos detenemos unos instantes para reflexionar en torno a esta apreciación, sin perjuicio de profundizar luego el punto en cuestión.

Establecer la causación del daño como el eje de regulación supone identificar la actividad riesgosa como causa adecuada del menoscabo. Ello encierra algunas particularidades en las que ahondaremos oportunamente, pero que pueden ser presentadas de modo provisorio, a los fines de esclarecer las implicancias de una u otra lectura de la norma en cuestión.

Retomando la idea, los requisitos de encuadre en el régimen aludido estarían dados por dos patrones: la causación del daño por parte de una actividad, y que ésta sea riesgosa o peligrosa.

Esta observación que apuntamos pareciera de Perogrullo, habida cuenta de que toda imputación de un daño exige ineludiblemente la determinación y comprobación del vínculo causal entre el menoscabo sufrido y el hecho que se presume lo ha originado.

Sin embargo, en el campo de análisis que profundizamos, y cuando nos referimos a la lectura del art. 1757, intentamos poner de relieve la incidencia de la expresión “por el daño causado por” o “derivado de la actividad riesgosa”. Si bien damos por descontado que en toda construcción de un reproche resarcitorio la relación de causalidad es un elemento medular, nos interesa destacar que su funcionalidad, y en especial su método, operan con especial trascendencia a la hora de dimensionar el alcance de la responsabilidad objetiva en el marco de la responsabilidad por riesgo.

Desde este enfoque, a los fines de definir la fundamentación del reproche resarcitorio, habrá que estimar la virtualidad de la actividad riesgosa en el caso concreto para generar el perjuicio, es decir, su configuración como antecedente causal. Bajo esta perspectiva, será preciso identificar una actividad como génesis del daño, pero que, a su vez, pueda tipificarse como peligrosa. De lo contrario, es decir, si no

llega a verificarse su incidencia como causa adecuada del daño (exclusiva o conjunta), habrá que recurrir a una imputación subjetiva, si es que resultare procedente.

Conforme a la otra posición a la que hiciéramos referencia, el epicentro de la responsabilidad por cosas quedaría sujeto a la causación adecuada del daño por el riesgo o vicio, mientras que, en relación con las actividades, el foco de atención anidaría en la actividad riesgosa en sí misma. Dicho de otro modo, habría de reconocerse que la lógica regulatoria es diferente para ambas tipologías.

De esta manera, si el punto central para el encuadre normativo en este ámbito de la responsabilidad objetiva se estructura en función de la actividad en sí misma, el patrón para verificar la procedencia del riesgo como elemento axiológico de fundamentación subyace en la categoría “actividad riesgosa” y no en su rol causal, bastando su intervención aun ocasional en el escenario fáctico a los fines de la aplicación del riesgo como factor de atribución.

Por este motivo, bien puede considerarse que, siendo la actividad ocasión o condición del daño, el sindicado como responsable habrá de responder objetivamente en función “de la actividad riesgosa” y no “por el daño causado por la actividad peligrosa”. Se provoca, entonces, una ampliación en las fronteras de la responsabilidad por riesgo, que resulta mucho más laxa e inclusiva de numerosos supuestos que no dependen, para el encuadre en el mentado art. 1757, de la acreditación de la actividad riesgosa como causa adecuada del perjuicio.

Visto desde ese ángulo, esta interpretación de la norma pareciera resultar positiva en términos de la amplitud que conlleva y que termina repercutiendo en un régimen beneficioso para la víctima. Ello a tenor de la ventaja que representa para el damnificado la implementación de los factores de atribución objetivos.

Sin embargo, dicha lectura se enfrenta con algunas limitaciones que ponen de manifiesto la inconveniencia de centrar el eje valorativo de la responsabilidad objetiva en las actividades riesgosas consideradas en sí mismas como elemento axiológico, sin tener en cuenta su papel causal en la producción del daño como patrón modelador.

Al entablar una dependencia en la dinámica de la imputación normativa de los hechos a la categoría de “actividad riesgosa”, se impone la necesidad de delimitar conceptualmente la figura sobre la cual gira el epicentro de la regulación. Dicho de otro modo, si el punto medular para proceder al encuadre de la base fáctica en el régimen previsto por el art. 1757 se halla en la actividad peligrosa, el término debe definirse con la mayor exactitud posible.

En este sentido, las opciones en los sistemas que ofrece el derecho comparado se inclinan en general por fórmulas complementarias entre la labor del legislador, que tipifica algunas actividades como intrínsecamente peligrosas, y la tarea interpretativa de los tribunales, que, analizando el caso, valoran en concreto la con-

figuración del supuesto de hecho para el encuadre normativo.

Así, si nos referimos a la posición adoptada por el Código Civil español, podemos observar que si bien reconoce algunos supuestos específicos de actividades claramente peligrosas, como el supuesto de los titulares de centros de enseñanza (art. 1903) o el propietario de una heredad de caza (art. 1906), ello no importa un catálogo cerrado, sino que se admite la valoración de los magistrados, lo que en la práctica ha impulsado la admisión de una rica casuística en la materia (4).

El Código Civil italiano, por su parte, en el art. 2050 opta por una fórmula general y amplia, al disponer la responsabilidad de quien daña a otro “en la realización de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por los medios empleados”. De este modo, aun cuando leyes especiales registren el riesgo de algunas actividades, “los jueces han abandonado la costumbre de buscar la tipificación” y “han emprendido una verdadera tipificación jurisprudencial, basada en la verificación en concreto de la peligrosidad connatural a la actividad o a los implementos de trabajo utilizados” (5).

Con una orientación similar, en el régimen chileno se omite una recepción normativa expresa para regular la responsabilidad por actividades riesgosas, reposando su regulación en la interpretación jurisprudencial del art. 2329 del Cód. Civil (6).

Ahora bien, en nuestro país, conforme lo hemos visto, el Código Civil y Comercial no procede a una categorización apriorística de las actividades peligrosas, sino que, por el contrario, su propuesta es laxa y abierta.

En relación con ello, el art. 1757, con buen criterio, no toma los términos “actividad riesgosa” como un concepto cerrado, sino que presenta tres variables de la aludida figura: “por su naturaleza, por los medios empleados y por las circunstancias de su realización”. De tal modo, la responsabilidad objetiva prescripta queda condicionada y sujeta a la configuración de tres posibles tipos de actividad peligrosa.

En este contexto, y teniendo presente lo expresado, nos parece pertinente destacar que si bien la posición laxa en la valoración de la figura aludida resulta positiva y coherente con la dinámica propia del riesgo creado, la escasa definición del término en cuestión exhibe la necesidad de repensar la lectura del art. 1757 en búsqueda de algún patrón valorativo que colabore en la tarea depurativa del concepto de actividad riesgosa.

En otras palabras, si el eje de imputación objetiva reposa exclusivamente en la configuración de una actividad peligrosa, pero a su vez ella puede devenir o estimarse a partir de los medios empleados o de un análisis circunstancial, queda claro que los contornos de la figura se hallan desdibujados, conspirando contra la indispensable claridad que debe delimitar la responsabilidad objetiva y aquella que se sustenta en el reproche subjetivo.

II.2. La posición del Código Civil y Comercial

Conforme a lo apuntado, a los fines de proceder al encuadre normativo se precisa clarificar el patrón de aplicación de la responsabilidad objetiva, respondiendo de este modo al interrogante sobre cuándo es posible fundamentar el reproche en el art. 1757 y cuándo la justificación anida en la culpa.

Para ello resulta indispensable tomar en consideración la estructura propiciada por el aludido régimen normativo, y determinar los ejes sobre los cuales se cimenta el reproche de naturaleza objetiva, es decir, el elemento axiológico que articula la atribución de responsabilidad por actividades riesgosas.

La redacción del art. 1757 no es del todo clara en su propuesta. A nuestro entender, la tesitura adoptada por el Código Civil y Comercial es la que se corresponde con la segunda posición reseñada, es decir, una regulación dual, y sustancialmente diferente entre cosas y actividades. Así lo expresa en los Fundamentos, al señalar que “el texto contempla dos supuestos: El daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, que mantiene la referida regla del art. 1113 del actual Código. De las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”.

La proyección así entendida del art. 1757 es compleja. En relación con la responsabilidad de las cosas, no se generan mayores inconvenientes, ya que el atenerse a un patrón de causación adecuado que toma como antecedente causal el riesgo o vicio de la cosa delimita perfectamente las esferas entre el campo objetivo y el subjetivo de los factores de atribución.

Pero cuando el análisis se centra en el marco de las actividades riesgosas, la dinámica pone de relieve la inconveniencia de vincular la responsabilidad objetiva a la actividad en sí misma, ya que ésta, al menos en sus dos últimas variables, es decir, cuando su estructura conceptual queda sujeta al análisis de los medios y las circunstancias, revela inconsistencia para determinar el límite entre una actividad no riesgosa y aquella que sí lo es.

Descartar el patrón de la producción causal adecuada para dimensionar el alcance de lo que debe considerarse una actividad riesgosa expone al operador jurídico a un vacío que será sólo colmado por el criterio del intérprete. Al respecto, vale tener en cuenta que si se tomara en consideración la actividad riesgosa *per se*, es decir, aquella que intrínsecamente es apta para generar daños, el régimen, aunque objetable por lo estrecho, al menos contaría con una referencia conceptual de cierta definición. Sin embargo, a la categoría antes apuntada se añaden dos variables que ponen de resalto la necesidad de delimitar su alcance: la actividad riesgosa por los medios empleados y por las circunstancias de realización.

Frente a este panorama, y por los motivos apuntados, nos inclinamos por formular una lectura del art. 1757 diferente a la expresada en los Fundamentos.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogada. Doctora en Derecho. Profesora de Derecho de Daños (UNC).

(1) Al respecto, se pone de resalto que la teoría del riesgo “nace en Francia, introducida por los jueces, quienes observaban que los accidentes causados por el maquinismo y los automotores aumentaban y que la regla de la culpa era insuficiente para dar solución a estos problemas” (confr. HERSALIS, Marcelo J., “La responsabilidad objetiva. Algunos de sus aspectos medulares”, *Revista de Derecho de Daños*, 2017-1, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2017, p. 82).

(2) MAZEAUD, Henri y León - TUNC, André, “Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires,

1977, t. I, vol. II, ps. 8 y 9.

(3) *Idem*, p. 5.

(4) Al seguir un principio de responsabilidad subjetiva como eje de imputación en el campo de las actividades riesgosas, se señala que los tribunales han acudido a la llamada “valoración casuística de la diligencia”, proporcionando un criterio de interpretación para estimar el comportamiento esperable en el caso concreto frente a innumerables casos que no encuadran expresamente en el régimen detallado por el Código Civil español. Es decir, hay una tipificación de ciertas actividades que se hallan reguladas, pero su nómima es tan escueta que se precisa la incorporación, por vía jurisprudencial, de innumerables supuestos de daños que se originan en comportamientos riesgosos. Se mencionan, en relación con ello, los daños ocasionados por la circulación

de automóviles, la descarga de energía eléctrica de una línea de alta tensión a un trabajador. A su vez, en otros casos, donde la peligrosidad de la actividad pareciera surgir de su propia naturaleza, se señala que la jurisprudencia española allí emplea la fórmula del “agotamiento de la diligencia”, una especie de responsabilidad donde la culpa queda subsumida en el nexo causal, aplicada para casos de daños provocados derivados del transporte de sustancias inflamables, piscinas abiertas al público, excavaciones, etc. (confr. MEZZASOMA, Lorenzo, “La responsabilidad civil por los daños causados por las cosas en el derecho italiano y en el derecho español”, trad. de Mónica Sumoy Gete-Alonso, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, ps. 67 y ss.).

(5) VISINTINI, Giovanna, “¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y

del incumplimiento contractual”, trad. María Teresa Cellurale, Ed. Departamento de Publicaciones de la Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 212.

(6) Siguiendo un sistema edificado en derredor de la culpa, el art. 2329 dispone: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1º. El que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2º. El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 3º. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él”.

Para Pizarro y Vallespinos, la norma dispone: “Toda persona responde por el daño [...] de las actividades que sean riesgosas o peligrosas...” (7). De este modo, toman la primera parte del citado artículo, conjugándola gramaticalmente con la expresión “de las actividades”. Así, aunque excluyen de su propuesta la expresión “causado por”, dejan entrever que la responsabilidad no anida en la actividad riesgosa en sí misma, sino que el reproche se sustenta en el daño derivado (causalmente) de la actividad riesgosa.

Como se puede apreciar, entre la reseña aportada en los Fundamentos del Código Civil y Comercial y la visión que proponen los destacados juristas cordobeses median significativas diferencias. En este último caso, el eje de la regulación del mentado precepto pareciera posicionarse en la causación del daño, ya mediante el riesgo o vicio, ya mediante una actividad riesgosa.

Cabe poner de resalto que esta orientación resulta más acorde a la esencia de la teoría del riesgo creado, donde la mirada de reproche no se centra en la actividad en sí misma, ya que se trata de conductas válidas y socialmente deseables (a veces hasta indispensables para un adecuado desarrollo económico, industrial, cultural, etc.) y que no son reprochables en tanto y en cuanto su potencialidad dañosa no se concrete.

Por otra parte, la regulación conjunta de dos supuestos diferentes, cosas y actividades, pero incorporados en una sola norma, haría presumir la necesidad de expresar coherencia en la dinámica regulatoria. De lo contrario, si los criterios de imputación se asientan en bases radicalmente distintas, no se ve el motivo para la unificación normativa.

Conforme a lo expresado, entendemos que se vislumbra nuestra primera premisa en el anhelo de desentrañar la perspectiva conceptual en la regulación normativa reflejada por el art. 1757. El entendimiento de este precepto debe ser enfocado desde la paridad de categorías entre la responsabilidad emergente del vicio o riesgo de la cosa, y aquella que surge de las actividades. Ambos supuestos guardan armonía y paralelismo en su apreciación, ya que su comprensión a los fines de proceder al encuadre legal depende de una producción causal del daño con antecedente en el riesgo o vicio, o bien en una actividad riesgosa.

Concluimos entonces que a partir del análisis del art. 1757, y a los fines de la aplicación del factor de atribución contemplado en dicho artículo, no resulta viable el reconocimiento de una responsabilidad “de las actividades riesgosas”, sino que es preciso conjugar tal extremo con el requisito indispensable de la producción causal del daño.

Ahora bien, determinada entonces la base conceptual de la imputación, entendemos oportuno referirnos al alcance de los supuestos contemplados en el referido precepto legal.

III. El concepto de actividad riesgosa

El Código Civil y Comercial asume un criterio centrado en los términos “actividades riesgosas”, como campo conceptual a regular. No caben dudas de que dicha figura representa un punto medular a la hora de dimensionar el alcance del régimen estipulado por el art. 1757. Definir entonces sus márgenes conceptuales se presenta como una condición indispensable para avanzar en la propuesta de análisis.

Con ese propósito, nos preguntamos: ¿Qué es una actividad riesgosa? ¿Conforme a qué patrones es posible determinar su configuración?

Motivados por el objetivo de aportar alguna claridad al tema de estudio, estimamos conveniente, como primer paso, tomar en consideración la definición aportada por el “Diccionario Jurídico” de la Real Academia Española. Así, se advierten dos significados, uno general y otro especial, de interés para el análisis que pretendemos formular. Se define “actividad” como el “Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad”, mientras que una “actividad peligrosa” es aquella que “consiste en fabricar, manipular, depositar, distribuir productos, sustancias o mercancías que pudieran generar riesgos graves para los seres vivos o para los bienes”.

Indudablemente, la intervención de la persona, física o ideal, aparece como epicentro de las elaboraciones conceptuales. Sin embargo, y como veremos en relación con lo normado por el Código Civil y Comercial, las cosas adquieren relevancia a la hora de tipificar el carácter peligroso de la actividad. Asimismo, se observa la referencia a un estándar de cierta gravedad en la magnitud del riesgo, patrón valorativo esencial en la temática que abordamos, y que permite deslindar las actividades inofensivas de aquellas que ameritan ser regidas por el sistema de responsabilidad objetivo.

A modo de síntesis, tomamos como notas características de la definición reseñada: la presencia de una tarea, operación o labor desarrollada por una persona física o jurídica, potencialmente peligrosa en función de su virtualidad para generar riesgos graves a seres vivos o bienes.

No obstante ello, y pese a reconocer que lo expresado pareciera proporcionar una base conceptual sólida, es posible detectar ciertos vacíos o imprecisiones que, traducidas en la práctica, generan incertidumbre a la hora de establecer una línea divisoria entre actividad riesgosa y aquella que resulta inofensiva.

El mayor dilema tal vez provenga de dos de los elementos que se mencionan, uno de ellos vinculado a la noción de peligro potencial y el segundo, a la categorización de riesgo grave.

En relación con el primer inconveniente, señala la doctrina que establecer como único lineamiento para conceptualizar la actividad riesgosa la producción de un daño tropieza con un obstáculo insalvable, cual es que, en el escenario fáctico de las tareas o intervenciones materiales de las personas, toda vez que se produzca un menoscabo habrá que reconocer que ha sido el resultado de una actividad riesgosa (8).

Al respecto, nos parece que la observación es razonable, motivo por el cual es preciso reconocer que la simple referencia al resultado perjudicial de la actividad para inferir su carácter riesgoso resulta claramente insuficiente. Desde esta lógica, proponemos repensar la dinámica de imputación, ya que, como lo hemos adelantado, la valoración de la actividad riesgosa en el marco de la causación adecuada proporciona rigor conceptual a la figura de análisis. Ello, como veremos, soluciona la objeción apuntada.

La segunda limitación, referida a qué debe entenderse por riesgo grave, reclama precisiones. Si bien coincidimos en que no toda poten-

cialidad para dañar amerita tener por configurada una actividad riesgosa, cabe admitir la necesidad de establecer un consenso mínimo sobre qué debe entenderse por riesgo grave.

En función de ello, señala la doctrina que debe tratarse de un riesgo “importante, relevante, perceptible” (9). Con una orientación similar, se puntualiza que la expresión “actividad peligrosa” es aquella que exhibe una potencialidad real y relevante de peligro, lo cual depende de dos patrones estimativos: el grado de probabilidad de provocar el daño y la gravedad de esos daños (10).

Entendemos que la idea sobre la que se sustenta el requisito apuntado es la de un menoscabo que, proyectado cualitativa o cuantitativamente, represente vulneraciones significativas de intereses individuales o colectivos. En ese sentido, cuando el peligro abandona su potencialidad y se concreta en un perjuicio para quien realiza la actividad o para terceros, cabe determinar dos ángulos de proyección: uno relativo a la dimensión de los intereses o derechos vulnerados desde un enfoque cualitativo, y otro referido a la cuantificación de las víctimas.

En el primer caso, no caben dudas de que el peligro es grave si el riesgo de afectación repercute sobre derechos fundamentales tales como la vida, la salud, la libertad, el medioambiente, la dignidad, el honor, entre otros. En este análisis cualitativo, y a los fines de establecer la gravedad del peligro, habrá de tenerse en cuenta la dificultad de recomposición posterior, ya que la imposibilidad de restablecer el equilibrio alterado por el daño constituye una variable a considerar cuando se trata de magnificar la importancia de un riesgo.

Asimismo, aun cuando la actividad impacte en simples intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico que no alcanzan el estatus de un derecho subjetivo, más aún, en un derecho humano fundamental, o bien cuando la afectación de éstos no llegue a configurar un perjuicio significativo desde lo sustancial (como la venta de una bebida con un objeto extraño en su interior, pero que no alcanza a afectar la salud del consumidor; la incorporación de datos privados o inexactos en bancos de datos y su publicación), la actividad puede ser considerada como riesgosa, con sustento en la gravedad del peligro, porque éste es superior en función de una variable cuantitativa, es decir, de su proyección en la masividad de las posibles víctimas.

Nos parece que la determinación del estándar de gravedad no puede formularse *a priori* y en términos rígidos, aunque sí creemos que resulta positivo asociar la estimación del riesgo a un juicio de causación retrospectivo de carácter abstracto.

En ese sentido, y conforme será profundizado luego, la configuración de un peligro grave que califique la actividad como riesgosa dependerá no sólo de las consecuencias desfavorables en el supuesto de análisis, sino de la capacidad para provocar resultados idénticos en circunstancias similares, es decir, la virtualidad causal adecuada de la actividad para dañar. Es importante destacar que el estándar de gravedad para encuadrar una actividad como riesgosa no puede devenir como un hecho aislado, sino que debe poder vislumbrarse como un patrón de cierta continuidad.

Concluyendo con el análisis, nos parece apropiado tomar el concepto de actividad

riesgosa elaborado por la doctrina. Galdós se refiere a ella como “la conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que (aunque no de modo excluyente) puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjunto de cosas (máquinas, herramientas, aparatos, establecimientos, explotaciones, etc.) en las que el riesgo (la inminencia de daño) o el peligro (la situación que puede generar daño), para sus propios dependientes o terceros, deriva de tareas, servicios, productos, sustancias o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico” (11).

Como se puede apreciar, la definición elaborada toma en consideración la conducta humana, individual o colectiva, como también aquella desplegada por un ente ideal, la cual es asociada causalmente a ciertas cosas y que es potencialmente apta para provocar daños para quien la realiza o para terceros. Al referirse a que el riesgo o el peligro “deriva de tareas, servicios, productos, sustancias o prestaciones”, pone de resalto la virtualidad causal de la labor o tarea desarrollada para provocar el menoscabo. De este modo, podríamos afirmar que una actividad es riesgosa cuando, por diversas variables, naturaleza, medios o circunstancias, es apta desde un análisis de causalidad adecuada para provocar daños.

III.1. Actividades que sean riesgosas por su naturaleza, los medios y las circunstancias de realización

Tal como se aprecia, la referencia de “actividad riesgosa o peligrosa” es conjugada con dos variantes que amplían significativamente sus contornos. De este modo, propicia un criterio valorativo laxo en la regulación del riesgo como factor de atribución objetivo, cuya aplicación deviene extremadamente ligada a las circunstancias fácticas concretas.

Si bien tal clasificación pareciera resultar lo suficientemente clara en la tipología explicitada, a poco que se reflexiona, es posible advertir que el panorama es complejo cuando se traslada al campo de la casuística. En ese sentido, nos preguntamos: ¿Cuándo puede predicarse que la actividad es riesgosa por los medios y por las circunstancias?

Como se observa, éstos y otros tantos interrogantes complejizan la apreciación tanto dogmática como práctica de la distinción propiciada por el art. 1757 del Cód. Civ. y Com., generando dudas e incertidumbres. Y la incidencia de estas cuestiones no es menor, ya que la diferencia entre las categorías “actividad peligrosa” y “actividad inofensiva” tiene una alta repercusión en el campo de la responsabilidad civil, especialmente en su faz resarcitoria.

En ese sentido, cabe recordar que ello se agrava si el eje para proceder al encuadre de un supuesto fáctico en el régimen objetivo previsto por el art. 1757 se centra en el criterio que toma en consideración la actividad riesgosa en sí misma, descartando su rol causal. En este caso, la importancia de la definición de la aludida figura alcanza una mayor dimensión, exigiendo el máximo rigor conceptual a los fines de consagrar una clara limitación entre actividad peligrosa e inofensiva, que se proyecta en un factor objetivo o subjetivo.

Ahora bien, más allá de la interpretación normativa, ya sea que se tome el patrón de causación o bien que se considere que la res-

{ NOTAS }

(7) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni Edit., Buenos Aires, 2018, t. II, p. 307.

(8) MANTILLO ESPINOSA, Fabricio - PIZARRO WILSON, Carlos, “La responsabilidad civil por actividades riesgosas: aplique primero y explique después”,

Revista de Derecho, Escuela de Posgrado, N° 4, diciembre/2013, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/132237154.pdf>.

(9) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, ob. cit., p. 315.

(10) A propósito del análisis del art. 2050 del Cód. Ci-

vil italiano, se puntualiza que la norma “*exige una pericolosità que vai além daquela presente em todas as atividades humanas, exibindo uma potencialidade real e relevante de perigo, fixada a partir de dos mesmos vetores [...] um maior grau de probabilidade de ocorrência do sinistro e a provável gravidade dos seus danos*” (confr. AGUIAR,

Roger S., “Responsabilidade civil. A culpa, o risco e o medo”, Ed. Atlas, São Paulo, 2011, p. 167).

(11) GALDÓS, Jorge M., “Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Daños*, 2012-3, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2013, p. 362.

ponsabilidad depende “de” la actividad, se impone determinar los recaudos que deben tenerse en cuenta para tener por configurada la categoría de “actividad riesgosa”.

La redacción de la norma no ofrece mayores aditamentos a los patrones allí consagrados. No se postulan criterios específicos que clarifiquen la noción de actividad peligrosa “por su naturaleza”, por lo que se puede considerar que alude a numerosas actividades desarrolladas tanto en el ámbito industrial como en el comercial, social, cultural (artístico, deportivo, etc.). Desde este enfoque, puede aceptarse como pertenecientes al término en cuestión aquellas que “conforme al curso normal y ordinario de las cosas resultan intrínsecamente peligrosas por sí mismas, cualesquiera sean las circunstancias bajo las cuales se realizan” (12).

Por otra parte, al referirnos a un riesgo intrínseco a la actividad, debemos tener en cuenta que se trata de un peligro o potencialidad de dañar inherente a la conducta. Cabe apuntar que, como regla aplicable a toda la figura, debe tratarse de un peligro superior, locución que, como hemos puesto de resalto, no está exenta de incertidumbre y relativismo en su apreciación.

De todas maneras, es posible apuntar que el encuadre del supuesto fáctico asociado a estas actividades, es decir, riesgosas por su naturaleza, no ofrece mayores dificultades, en tanto se trata de casos en los que el peligro surge de modo indubitable, palmario, o que incluso normativamente han sido regulados como tales. Basta mencionar, por ejemplo, la ley 24.052 de Residuos Peligrosos, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y modif., la ley nacional 24.804 de Actividad Nuclear, entre otras.

La dificultad, en cambio, aparece cuando la tarea demarcadora tiene por objeto una actividad intrínsecamente inofensiva, pero que se considera como riesgosa en función de los medios empleados y las circunstancias de realización.

En relación con el primero, se señala que partiendo de una actividad en sí misma inocua, adquiere el carácter riesgoso a partir del “uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía que contienen, por el lugar anómalo en que se encuentran o por otras causas análogas” (13).

Adviértase que la categorización que habilita el ingreso del supuesto fáctico en la regulación prevista por el art. 1757 se origina en la puesta en marcha de la labor, y no en la actividad en sí misma. Es el desarrollo de la tarea, el despliegue de la conducta que valiéndose de cosas adquiere el carácter riesgoso.

Cabe en esta instancia cuestionar la vinculación entre hecho de la cosa y cuando ésta torna riesgosa a una actividad. Tal como se señala, en este caso la peligrosidad de una actividad esencialmente inofensiva se torna peligrosa en función de los medios empleados para su realización. Si bien el eje de imputación se centra en el desarrollo de la labor o tarea, el riesgo como elemento axiológico aparece a partir de la intervención de una cosa o un modo de ejecución. El punto de análisis para la procedencia del régimen objetivo se estructura entonces en función de la peligrosidad provocada

no por la actividad en sí misma, sino por la cosa que le es funcional.

Indudablemente se trata de un tema complejo, por lo que estimamos pertinente formular algunas precisiones. La responsabilidad por el hecho de la cosa (por riesgo o vicio) es independiente de aquella que emerge de las actividades (14). No obstante ello, es posible admitir supuestos en donde la línea divisoria no resulte del todo clara. El punto medular será, sin lugar a dudas, el rol causal en la producción del resultado dañoso.

Si el riesgo de la cosa se presenta como causa adecuada del menoscabo, luce evidente que la imputación deberá fundamentarse en la primera parte del mentado art. 1757. En cambio, si el origen del perjuicio anida en la realización de una tarea o el desarrollo de una actividad en la que su peligrosidad deviene de la intervención de una cosa, el rol de ésta a nivel de causación es accesorio a la conducta o acción humana, de suerte que la justificación del reproche resarcitorio deberá asentarse en la noción de actividad riesgosa.

La cosa, en estos casos, ostenta un papel secundario y su protagonismo es absorbido por la conducta desarrollada por la persona física o ideal. De tal modo, habrá supuestos que no lleguen al estándar exigido por el régimen legal para configurar un caso de “responsabilidad por el hecho de las cosas”, pero que sí resultan aptos para determinar el carácter riesgoso de la actividad, y por lo tanto justificar allí la imputación del deber de resarcir.

Como se puede apreciar, la estimación de la actividad peligrosa por los medios empleados representa una categoría flexible que habilita el ingreso de numerosos supuestos que, apreciados desde el paradigma del riesgo de la cosa, quedarían fuera del régimen objetivo.

Una actividad intrínsecamente inocua también puede calificarse como riesgosa dependiendo de las circunstancias en que es realizada, de suerte que su potencialidad dañosa se incrementa a un rango que habilita el encuadre normativo del art. 1757. Este caso es quizás el más complejo, ya que establecer con claridad un límite basado en el análisis circunstancial de persona, tiempo y lugar genera grandes dilemas. Ello queda en manos del intérprete, lo que, a su vez, conspira contra la seguridad jurídica que reclama una base más o menos cierta de lo que debe considerarse actividad riesgosa.

Al respecto, se señala que debe brindarse una interpretación que modele razonablemente la figura de actividad riesgosa, “con criterio estricto”, ya que de lo contrario “todo el esquema de responsabilidad terminaría absorbido por el régimen previsto para dichas actividades, lo cual llevaría al sistema a un rigor insostenible” (15).

A la luz de estas consideraciones, la laxitud de apreciación que surge de la lectura del art. 1757 conlleva la desnaturalización de la categoría de actividades riesgosas, propiciando entonces que toda actividad que causa un daño pueda ser encuadrada en la jerarquía prevista. Visto así, prácticamente no habría lugar para la imputación culposa, a la vez que perdería el sentido del reconocimiento a la teoría del riesgo creado, que fuera precisamente brindar una respuesta equitativa a supuestos delimitados conceptualmente.

Por este motivo, consideramos indispensable repensar las estructuras conceptuales positivamente incluidas en el Código Civil y Comercial.

Con este propósito nos parece de interés retomar la premisa inicialmente descripta, según la cual los dos supuestos de responsabilidad propuestos por el art. 1757, por vicio o riesgo de la cosa y derivada de las actividades riesgosas, no operan como dos tipos independientes, sino que se nutren de un mismo eje y responden a esa misma lógica: la producción causal del daño.

IV. La actividad riesgosa como causa adecuada del daño

Teniendo presente lo expresado en relación con la necesidad de establecer patrones conceptuales que delimiten las categorías de actividad riesgosa en función de los medios empleados y las circunstancias de realización, nos parece pertinente abordar con mayor detenimiento la premisa que hemos apuntado, según la cual la relación causal adecuada representa un criterio clarificador de rigor técnico que delimita conceptualmente el alcance del término en cuestión.

Establecer el paso de una actividad inocua hacia una de carácter riesgoso exige un fundamento preciso y no el simple parecer del intérprete. Cabe recordar que ello impacta directamente en la apreciación de los fundamentos del reproche resarcitorio y su justificación. Por lo tanto, el paso de un régimen fundado en la culpa y sustentado en la noción de negligencia hacia uno de carácter objetivo reclama un marco de apreciación riguroso.

El punto esencial pareciera ser entonces la delimitación de la figura, lo cual tampoco resulta sencillo si es que se procediera a una tipificación *a priori* de las actividades que pudieran ser consideradas riesgosas.

No compartimos la posibilidad de una regulación específica de corte legislativo, ya que ello conspira contra el casuismo y el dinamismo consustancial de la noción de riesgo creado. Un encuadre normativo cerrado de las actividades que deben tenerse por riesgosas impide la inclusión de supuestos de hecho que se presentan en la realidad y van modelando la concepción de riesgo, ya por las innovaciones científicas o industriales, ya por las variantes en los usos y costumbres sociales y culturales (16).

Indudablemente, lo que puede ser riesgoso en un momento puede dejar de serlo, y a la inversa, dependiendo sin lugar a dudas del contexto en el que se desarrollan los hechos. El concepto de actividad peligrosa está impregnado de dicha relatividad, que lo torna variable, sujeto a las modificaciones de la propia dinámica industrial, comercial, tecnológica y cultural (17). Por este motivo, no consideramos conveniente la cristalización en la norma de una nómina de actividades riesgosas.

Empero, ello tampoco puede habilitar una valoración excesivamente laxa y supeditada a la casuística o al juicio particular de cada operador jurídico. La admisión de la categoría de actividad riesgosa derivada de los medios empleados o de las circunstancias de realización supone una mirada amplia y flexible con que debe apreciarse el caso concreto. No podemos negar que, desde esta nueva regulación normativa, los supuestos que no llegan a encuadrar dentro del llamado “hecho de las cosas”,

porque la causa del daño no anida en el riesgo o vicio de la cosa, pueden ingresar al régimen objetivo en virtud de la actividad riesgosa.

De tal modo, se procede a un ensanchamiento del sistema de responsabilidad objetiva, positiva y elogiada siempre que sus extremos sean apreciables con rigor conceptual. En ese sentido, y a modo de graficar lo apuntado, la doctrina plantea algunos ejemplos que la jurisprudencia ha valorado y que ponen de resalto el avance que implica tomar en consideración la actividad peligrosa. Así se menciona el caso en el que “aunque el daño producido en una pista de aterrizaje durante un espectáculo no sea susceptible de ser causalmente vinculado con el riesgo o vicio del predio cedido, sí puede vincularse con la actividad de organización y explotación del espectáculo público” (18).

De esta manera, se extienden las fronteras de la responsabilidad objetiva, admitiendo, a la par de los supuestos de actividades esencialmente riesgosas, aquellas que adquieren dicho carácter por incidencia causal secundaria de la cosa, o bien por las circunstancias.

Frente a este desafío, nos parece prudente tomar como eje la premisa de la producción causal del resultado dañoso. Siendo ello así, podríamos considerar que, conforme se desprende del art. 1757, “Toda persona responde por el daño causado [...] de las actividades riesgosas”, haciendo la salvedad en la dificultad que acarrea la actual redacción y considerando que sería más preciso reemplazar la estructura gramatical “de las actividades” por una fórmula que se lea “por las actividades”.

Si el propósito que perseguimos se centra en el aporte de un patrón valorativo que colabore en la tarea clarificadora del concepto de actividades riesgosas y le otorgue una justa dimensión dentro de la regulación de la responsabilidad objetiva, debiéramos pensar en un lineamiento contemplativo de la casuística, pero, a la vez, que permita asegurar una base conceptual de interpretación respecto del supuesto de hecho encuadrable en el peligro derivado de ciertas actividades.

Como hemos expresado, resulta conveniente considerar que la imputación del factor objetivo “riesgo creado” no debe centrarse en la actividad riesgosa en sí misma, sino en su conjugación con la producción causal del daño. Esta afirmación pareciera de poco valor, ya que, como se sabe, el requisito de la relación de causalidad como nexos entre la conducta y el perjuicio deviene esencial en la estimación de la responsabilidad civil, al menos en su faz resarcitoria.

Sin embargo, como lo hemos anticipado, en este punto nos referimos a la proyección del método de la tesis de la adecuación, y su incidencia a la hora de estimar el alcance de los términos “actividad riesgosa”. En este sentido, vale la pena destacar que la relación causal adecuada irradia su fuerza expansiva en este campo de estudio y ofrece patrones indispensables para emplazar la actividad riesgosa en su justo lugar.

El rol del nexo de causación adecuado en este ámbito de estudio no tiene como fin determinar la autoría del daño o dimensionar la extensión del resarcimiento, sino que se enfoca en exhibir la dinámica de los hechos, de suerte que mediante su análisis pueda advertirse si la causa del daño es una actividad que,

{ NOTAS }

(12) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, ob. cit., p. 310.

(13) GALDÓS, Jorge M., “Riesgo creado...”, ob. cit., p. 364.

(14) En principio, su estimación es más rigurosa, ya que para la imputación a título de riesgo es preciso acreditar la producción causal del daño “por el vicio o riesgo”, cuestión que ha sido sesgada por la doctrina al establecer que ello

requiere inevitablemente la intervención causal activa de la cosa. Siendo ello así, si la cosa no es causa adecuada del menoscabo, debe descartarse la subunción del caso en el patrón objetivo proporcionado por el art. 1757. Trigo Represas destaca que “por tratarse en definitiva de un problema de relación de causalidad, no interesa tanto por ello ‘cómo era la cosa’, sino más bien ‘de qué manera’ intervino ella, o qué rol le cupo, en la producción del resultado perjudicial”

(confr. TRIGO REPRESAS, Félix A., “Las cosas riesgosas o el riesgo de las cosas”, *Revista de Derecho de Daños*, 2006-3, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2007, ps. 14-15).

(15) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, ob. cit., p. 316.

(16) PIZARRO, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 571.

(17) O “conceito de uma atividade perigosa é algo fluido que se

altera conforme as circunstâncias nas quais a mesma é exercida, em decorrência de fatores ambientais e de localização; em razão do objeto pelo qual é praticada, ou anida pelo avanço das condições tecnológicas, capazes de tornarem seguras atividades anteriormente consideradas de risco” (confr. AGUIAR, Roger S., “Responsabilidade civil...”, ob. cit., p. 166).

(18) GALDÓS, Jorge M., “Riesgo creado...”, ob. cit., p. 368.

por imperio de la regularidad y previsibilidad objetiva, se presenta como apta para ser catalogada como peligrosa (19).

No desconocemos que esta afirmación, *prima facie*, puede ser objetada. Desde un enfoque, bien podría alegarse, como lo hemos referido, que si la delimitación conceptual de las actividades riesgosas depende de la producción causal de un daño, toda vez que se produce un menoscabo a derechos o intereses habrá que tener por configurada una actividad riesgosa (20). De esta manera, el propósito de hallar un criterio o patrón para delimitar conceptualmente la aludida categoría se vería truncado.

Tal observación es válida y acertada; sin embargo, pasa por alto ciertas particularidades que encierra la valoración causal entre una actividad antecedente y el daño como resultado, cuando son sometidos al régimen propuesto por la tesis de la adecuación. Corresponde entonces distinguir entre la relación de causalidad, como nexa material que enlaza un antecedente con un consecuente, y el método mediante el cual se procede a la aprehensión mental del fenómeno causal y a su comprobación y exhibición racional.

IV.1. La relación causal adecuada como criterio modulador de las actividades riesgosas

Como se sabe, la teoría de la causalidad adecuada fue originada en el pensamiento de Von Bar y de Zitelman, quienes con sus elaboraciones constituyeron antecedentes fundamentales en la materia. Sin embargo, la doctrina señala que el verdadero fundador de la teoría de la causalidad adecuada fue el fisiólogo J. Von Kries, a fines del siglo XIX (21).

Partiendo de la causa como un conjunto de condiciones, la individualización de ésta se logra a partir de un juicio de probabilidad y regularidad, conforme a la experiencia de la vida cotidiana, por lo que va de suyo la ausencia de certeza absoluta. De modo que tendrá carácter causal aquel acontecimiento que generalmente es apto o adecuado para provocar el resultado del caso en análisis (22).

Con el paso del tiempo se introdujeron ciertas modificaciones al enunciado inicial, señalando que se precisa la formulación de “un juicio *ex ante*, como un pronóstico causal, planteando el supuesto no con todas las circunstancias concretas, sino abstrayendo algunas, formulando una pregunta de posibilidad tan sólo según ciertas condiciones del hecho” (23).

Desde el enfoque sostenido por Von Kries, se propicia una morigeración fundada en la previsibilidad subjetiva, es decir, mediante una valoración circunstanciada del sujeto al momento de actuar. Conforme a esta posición,

denominada luego como la versión subjetiva de la teoría de la adecuación, la estimación que el juez realiza sobre la virtualidad causal de cierta conducta para provocar el resultado lesivo debe formularse desde la consideración de la propia subjetividad del presunto autor, es decir, escudriñando su voluntad y conocimientos concretos. Éste es el primer paso para la confusión entre la causalidad y la culpa señalada por la doctrina (24), y uno de los principales puntos sobre los que se ha centrado la crítica a esta tesis.

A los fines de superar aquella limitación, Thon y Max Rumelin apuntan que el juez, para mantenerse en una posición objetiva, no debe formular una selección previa de las circunstancias que estime pudieron provocar el resultado, sino que deberá tomar toda la plataforma fáctica y valorar aun las circunstancias desconocidas por el presunto autor del hecho, de suerte que el juicio estimativo de probabilidad se desarrolle conforme a los conocimientos de un hombre medio, es decir, conforme a un criterio objetivo. Esta línea de pensamiento implica abandonar el juicio *ex ante* y precisa un pronóstico póstumo, *ex post* (25).

Ahora bien, a resultas de lo brevemente apuntado, es posible detectar dos elementos basales sobre los cuales se estructura la tesis de la adecuación: la regularidad y la probabilidad objetiva. Ambos componentes, conjugados el uno con el otro, determinan un criterio selectivo de indiscutible practicidad para estimar la virtualidad causal de una actividad en la causación del daño.

El primero de ellos importa una exigencia que se traduce en lo que se conoce como la regla de oro en la causación adecuada: es causa aquello que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. La regularidad implica la asociación en pluralidad de situaciones semejantes (26), de un fenómeno a otro, de modo que el primero luce como antecedente y el segundo como consecuente. Sin embargo, ello requiere, de modo indispensable, una base de conocimiento fundada en una pluralidad de casos análogos, de modo que la ausencia de este requisito impide la formulación de la regla (27). Por lo tanto, hay regularidad cuando “A” puede asociarse con “B”, pero para arribar a tal conclusión es preciso contar con una base de pluralidad de hechos similares que hayan podido verificarse (A1, A2, A3) (28).

La exigencia de la previsibilidad, en el marco de la teoría de la adecuación, importa la capacidad de un sujeto medio para anticiparse mentalmente a la producción del resultado, y advertirlo, como pronóstico causal. Es decir, implica una operación intelectual de detectar, previo a la realización del hecho, la capacidad de éste para provocar un determinado efecto. Resulta importante aclarar que el término “previsible”, en el marco del análisis de cau-

sación, se toma en sentido de posibilidad de anticipación (29), es decir, de establecer un juicio de probabilidad de carácter objetivo, por lo tanto dissociado de la interioridad del agente.

A partir de la vinculación entre regularidad y probabilidad objetiva, y mediante la aplicación del método de la eliminación o inclusión mental hipotética, según se trate de acciones u omisiones, se establecen la o las causas adecuadas de un determinado resultado.

Cabe destacar que regularidad y previsibilidad, si bien son dos conceptos íntimamente ligados, conservan independencia. Ello es así puesto que aquello que es regular, lo que siempre sucede desde un punto de vista fáctico, es predecible por el hombre medio, es decir, desde un punto de vista objetivo (30).

Trasladando esta estructura al ámbito que nos ocupa, es decir, a la posibilidad de aplicación para delimitar conceptualmente las actividades riesgosas, es posible advertir algunas cuestiones.

Sostener que una actividad es causa adecuada del daño supone afirmar que, conforme al curso natural y ordinario de las cosas, ostenta virtualidad causal regular para provocar en circunstancias fácticas similares idénticos resultados (regularidad); y que tal aptitud es apreciable anticipadamente por el hombre medio (previsibilidad objetiva).

De tal manera, por imperio de la tesis de la adecuación, no cualquier actividad, aunque produzca un daño, puede ser catalogada como actividad riesgosa, aun cuando se trate de supuestos en los que tal carácter devenga de los medios empleados o de las circunstancias de realización.

La exigencia ineludible del método expresado filtra la ocasión y la condición en el desarrollo de los hechos, y le imprime un riguroso criterio de selección frente a daños esporádicos u ocasionales.

Si a ello se le añade el requisito de la especialidad del daño, es decir, no cualquier menoscabo sino uno en grado superlativo, enfocado éste ya desde lo cualitativo o bien desde un análisis cuantitativo, la delimitación luce positiva (31).

Visto desde este enfoque, y dejando de lado el supuesto en el que su peligro es immanente a su naturaleza, el concepto de actividad riesgosa reposa en la capacidad regular para provocar consecuencias idénticas en circunstancias similares, resultando, por lo tanto, previsible para el hombre medio.

Conforme a lo expresado, no siempre que la puesta en marcha de una tarea o labor arroje

un resultado perjudicial podrá determinarse su carácter riesgoso. Ello será predicable solamente cuando el daño devenga como una cualidad habitual en su normal desarrollo, en su curso natural y ordinario. Por lo tanto, si el menoscabo no responde a los patrones de regularidad y previsibilidad objetiva, la actividad no puede ser enmarcada en el art. 1757 (32).

Tampoco resulta encuadrable en el concepto de actividad riesgosa aquella que se presenta normalmente inofensiva y sólo por la conducta del agente se transforma en peligrosa (33). Ello, como se puede observar, no alcanza a generar una regla o un patrón de regularidad, sino que el riesgo deriva accidentalmente de la imprudencia o negligencia de quien la despliega (34), o bien de circunstancias aisladas, tales como el caso fortuito. A la luz del referido art. 1757, las únicas dos variables que son admitidas como complemento de las actividades riesgosas por su naturaleza, y de apreciación restrictiva, son los medios empleados o las circunstancias de realización. En esta última no ingresa la conducta personal del dañador, que de modo ocasional le impone un resultado adverso a la actividad, pero cuya pretendida potencialidad riesgosa no llega a sustentarse en la premisa de lo que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas.

De tal modo, no es la producción del daño, sino su causación adecuada, el requisito que le imprime el carácter de peligroso a una actividad inocua, ya sea por los medios empleados o bien por las circunstancias de realización.

Cita on line: AR/DOC/2214/2019

MÁS INFORMACIÓN

Márquez, José Fernando, “Acotaciones sobre algunas propuestas de reformas en materia de responsabilidad civil en el Anteproyecto de la Comisión Decreto 182/18”, SJA 10/07/2019, 39; JA 2019-III; AR/DOC/1564/2019.

Enghelmayer, Fernando A., “Responsabilidad derivada de ciertas actividades riesgosas o peligrosas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ADLA 2016-18, 121; DJ 02/11/2016, 1; RCyS 2016-XII, 24; AR/DOC/2101/2016.

LIBRO RECOMENDADO

Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegetico, 3ª Edición

Coordinador: Alterini, Ignacio Ezequiel

Director: Alterini, Jorge H.

Edición: 2019 Última edición

Editorial: La Ley, Bs. As.

{ NOTAS }

(19) En relación con ello, Galdós apunta que no “está en juego, en efecto la autoría del daño, sino la autoría de un riesgo, por lo cual la génesis de la imputación no reside en el hecho, sino en la esfera de la responsabilidad” (confr. GALDÓS, Jorge M., “Riesgo creado...”, ob. cit., p. 361). Por lo tanto, el interés del operador jurídico al valerse de la causalidad adecuada en este campo de estudio no radica en determinar la causa del daño para proceder a la atribución de autoría material, sino que el motivo del análisis se enfoca en la identificación del riesgo como patrón de imputación de responsabilidad objetiva.

(20) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, ob. cit., p. 317.

(21) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Tratado de derecho penal”, Ed. Losada, Buenos Aires, 1958, 2ª ed., t. III, p. 528.

(22) HUERTA FERRER, Antonio, “La relación de causalidad en la teoría del delito”, Madrid, 1948, p. 126.

(23) HUERTA FERRER, Antonio, *Ibidem*.

(24) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Tratado de derecho penal”, ob. cit., p. 530. Señala el jurista: “con la teoría subjetiva de la causación adecuada se frustra el intento de distinguir la causalidad material de la culpabilidad, puesto que se concibe subjetivamente la previsibilidad”.

(25) HUERTA FERRER, Antonio, “La relación de cau-

salidad...”, ob. cit., p. 128.

(26) Regularidad exige reiteración de sucesión fáctica, que deriva de la observación de hechos individuales reiterados, de suerte que, para determinar el nexa causal entre A y B, se precisa que se observen A1, A2, A3, de los cuales derive B1, B2, B3 (confr. ACCIARRI, Hugo A., “La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños. Reparación, prevención, minimización de costos sociales”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 93-94).

(27) Con acierto se observa que “es preciso recordar que la mente humana no puede advertir la *relación* de causalidad en el hecho singular. Si algo ocurriera solamente una vez, lo único que podríamos alcanzar a captar es una sucesión temporal de dos fenómenos, pero jamás podríamos establecer la ligazón que los une”. Por ello, “para hablar de una *relación* de causalidad, las alternativas fenoménicas deben haber sido regularmente comprobadas y esa comprobación requiere inexorablemente el concepto de *constancia posible*” (FIERRO, Guillermo J., “Causalidad e imputación”, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 233).

(28) ACCIARRI, Hugo A., “La relación de causalidad...”, ob. cit., p. 94.

(29) Acciarri, con extrema claridad, expone que el

término en cuestión admite dos sentidos, lo que determina, a su vez, una doble perspectiva de análisis. Así, señala que la previsión puede ser entendida como pronóstico, es decir, el agente prevé que de su accionar puede derivar un determinado resultado, pero también, apunta con agudeza, “se da a ‘previsible’ el sentido de ‘previsto’ o ‘imaginado y querido’, de suerte que la previsibilidad puede asociarse a la intencionalidad, al deseo del sujeto” (confr. *idem*, ps. 80-81).

(30) ORGAZ, Alfredo, “El daño resarcible”, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, ps. 84-85.

(31) En relación con ello, se expresa que una “actividad para ser considerada tal y dar lugar al régimen de responsabilidad previsto en los arts. 1757 y 1758, debe ser especialmente peligrosa, noción que significa que conforme al curso normal y ordinario de las cosas existe una clara probabilidad objetiva de que genere peligro o riesgo de dañosidad grave o frecuente” (Confr. PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, ob. cit., p. 316).

(32) Según esta premisa, se debe descartar del concepto de actividad riesgosa aquellas en que, aunque provoquen un resultado dañoso, éste no devenga como consecuencia regular. En este sentido, se puntualiza que el

término “peligrosa”, con que se califica la actividad, debe ser entendido como una “*qualidade natural da própria actividade: esta guarda em si uma periculosidade potencial que, segundo a doutrina italiana, pode e deve ser observada objetivamente*”. De tal modo, se propone como ángulo de análisis para la calificación y posterior encuadre normativo la configuración de un riesgo potencial, el cual deberá ser apreciado desde un ángulo objetivo. Éste, asimismo, y como lo hemos resaltado, presupone la noción de regularidad, ya que sólo se puede apreciar objetivamente aquello que regularmente sucede. Esa referencia no es otra cosa que la valoración de la actividad a la luz de la causación adecuada, la cual impone descartar los supuestos de peligro accidental (confr. AGUIAR, Roger S., “Responsabilidade civil...”, ob. cit., p. 165).

(33) PIZARRO, Ramón D., “Tratado de la responsabilidad objetiva”, ob. cit., p. 584.

(34) Apunta la doctrina que cabe distinguir entre la conducta riesgosa y la actividad peligrosa. La primera se trata de hechos que no son riesgosos para terceros, y que sólo la negligencia o imprudencia del autor la tornan peligrosa, mientras que la segunda tiene insito una potencialidad de peligro como elemento consustancial (AGUIAR, Roger S., “Responsabilidade civil...”, ob. cit., 165).

NOTA A FALLO

Empleo público

Utilización de figuras contractuales para enmascarar designaciones permanentes. Legítima expectativa de permanencia laboral.

Hechos: El juez ordenó al Estado Nacional a otorgar una indemnización a un trabajador contratado transitoriamente frente a la falta de renovación de su contrato. A su vez, rechazó la pretensión indemnizatoria por “mobbing”. Ambas partes apelaron la decisión. La Cámara admitió el reclamo de la parte actora y el resto de la resolución fue confirmada.

1.- El Estado Nacional debe indemnizar a la accionante en los términos de los párrafos tercero y quinto del art. 11 de la ley 25.164, pues se cometió una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado, generando en la trabajadora una legítima expectativa de permanencia laboral, que merece la protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga contra el despido arbitrario. [1]

2.- El Estado Nacional debe abonar a la trabajadora reclamante una indemnización por daño moral —en el caso, por \$200.000—, pues el contexto fáctico en el cual se produjo el cese de su contratación guarda similitud con el de un supuesto de acoso laboral.

3.- La inexistencia de una denuncia por acoso no puede bastar para desestimar la presencia de una situación de *mobbing* laboral que dé lugar a la procedencia de un reclamo indemnizatorio.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:
Acoso laboral.

Referencias de la víctima:
Actividad: Empleado público contratado.

Componentes del daño:
Daño moral genérico: \$200.000

121.996 — CNFed. Contencioso administrativo, sala III, 23/04/2019. - V., S. M. c. EN-M RREE y C s/ empleo público.

[Cita on line: AR/JUR/15627/2019]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Ramos, José Luis”, 06/04/2010, Fallos: 333:311, Cita Online: AR/JUR/4244/2010, acogió la pretensión indemnizatoria por ruptura de un vínculo de un trabajador contratado en el marco de una locación de servicios.

COSTAS

Se imponen a la vencida.

INTERESES

Se aplica la tasa pasiva.

2ª Instancia.— Buenos Aires, abril 23 de 2019.

El doctor *Fernández* dijo:

I. Que el señor Juez de primera instancia, mediante sentencia obrante a fs. 772/780 resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda

interpuesta por S. M. V. contra el Estado Nacional y, en consecuencia, lo condenó a abonar una suma en concepto de indemnización que resulta de aplicar el párrafo tercero y quinto del art. 11 de la ley N° 25.164. A su vez, estableció que las sumas adeudadas devengarían intereses, desde que se hiciera efectiva la rescisión del vínculo que los uniera, hasta la fecha de su efectivo pago, conforme la tasa pasiva promedio mensual publicada por el Banco Central de la República Argentina. Finalmente, impuso las costas a la demandada vencida.

Para decidir de ese modo, el Juez *a quo* realizó una reseña de los hechos acreditados en la causa. Puso de relieve que la actora, en un primer momento, había sido contratada mediante Resolución MEyOSP N° 677/97 a partir del día 01/05/1997 en la planta no permanente de personal transitorio, la cual fue prorrogada hasta el día 30/09/2001. A su vez, precisó que la accionante fue contratada para prestar servicios en la Secretaría de Relaciones Económicas Internacionales, en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) desde el día 15/09/2005 hasta el 04/05/2011. Finalmente, puntualiza que desde el día 05/05/2011 hasta

Las torturas psicológicas en el ámbito laboral y las dificultades de la prueba

ANÁLISIS CRÍTICO DEL FALLO “VOTTA”

Javier I. Barraza (*)

SUMARIO: I. El flagelo de nuestro tiempo.— II. Algunos interrogantes.— III. Un mero rumor.— IV. Estructura del trabajo.— V. Testimonio de la actora.— VI. Hechos del fallo.— VII. La sentencia de primera instancia.— VIII. Fundamentos de la Alzada.— IX. Una denominación incorrecta.— X. La prueba.— XI. El valor del fallo.

I. El flagelo de nuestro tiempo

La Cámara Contencioso Administrativo Federal condenó al Gobierno federal a abonarle a una mujer una indemnización de doscientos mil pesos por el daño que sufrió en el ámbito de la Cancillería. Se entendió que la persona fue sometida a lo que —impropiamente— se denomina *mobbing*.

Cabe destacar que este fallo nos permite tener un intersticio de esperanza, pues millones de trabajadores estatales sufren torturas psicológicas en sus lugares de tareas. Además, la Administración —vale la pena decirlo— no es un ámbito virtuoso; los jefes carecen de pericia técnica y no son aptos para motivar al personal; los agentes riñen continuamente, mediante actitudes mezquinas, constantes forcejeos, delación, chisme y engaño. ¿Puede un ser humano soportar un ámbito así? En definitiva, la Administración es un ámbito donde se logra apagar el espíritu, se devasta el alma y mueren las ilusiones.

II. Algunos interrogantes

No contamos con datos fiables y certeros acerca de la cantidad de personas que se en-

ferman o se mueren en los ámbitos laborales, ni mucho menos en el ámbito de la Administración Pública. ¿Cuántos se suicidan por un ámbito laboral nocivo? ¿Cuántos padecen cáncer por un jefe acosador y siniestro?

Carecemos de cifras para saber cuántas personas ya no le encuentran sentido a su trabajo. ¿Cuántos empleados tiene la Administración? ¿Cuántas personas se encuentran con licencia psiquiátrica por torturas psicológicas en el ámbito de la Administración? ¿Cuántos agentes han sido declarados incapaces, producto de esta cuestión? ¿Los jefes pueden mostrar mediciones de eficiencia acerca de su tarea de motivar o siguen dedicándose a corregir los errores ortográficos de sus dirigidos? ¿Cuánto dinero se pierde en estas cuestiones?

III. Un mero rumor

Solamente sabemos —por los medios masivos de comunicación— que en la Administración Pública habría alrededor de cuatro millones de trabajadores. Si esto es verdad, surge una paradoja: la Cámara Contencioso Administrativo Federal ha pronunciado solo

cuatro fallos sobre la cuestión. Esta cifra nos permite hacer una doble interpretación.

Por un lado, la Administración funciona bien y por esa razón nadie inicia un juicio sobre esta cuestión. Por otra parte, se podría decir que existe miedo en la Administración, el empleado percibe con terror el abismo de la desocupación y no hay mecanismos que lo protejan. En efecto, ni siquiera existe una ley en el orden federal para regular esta cuestión. Ante tales circunstancias, nadie quiere denunciar, ni mucho menos iniciar un juicio sobre esta cuestión.

IV. Estructura del trabajo

En primer lugar, me referiré al testimonio de Sandra Votta (1). Posteriormente, abordaré los hechos del fallo. Luego de ello, abordaré los fundamentos del tribunal. Después, examinaré la denominación “*mobbing*”, que a mi juicio revela una denominación impropia. Finalmente, formularé algunas reflexiones sobre la prueba.

V. Testimonio de la actora

En una entrevista mantenida con la actora, esta señaló que estuvo un año con tratamiento psiquiátrico y que era tal la complejidad de su caso que los médicos no lograban encontrar la medicación adecuada para tratar el daño psíquico que le habían generado.

También, manifestó que la persecución a la que fue sometida obedeció a que no era partidaria de una agrupación política.

Por otro lado, puso de relieve la ausencia de las entidades sindicales para brindarles apoyo y contención a los trabajadores estatales.

En fin, el testimonio de la actora resulta estremecedor. Por un lado, se puede advertir el daño que se le puede infligir a una persona y la ausencia de protección para esta circunstancia.

VI. Hechos del fallo

Según surge del texto del fallo, la demandante ingresó en la Administración Pública Nacional el 1 de mayo de 1997, en la planta transitoria del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Dicha relación laboral concluyó el 30 de septiembre de 2001.

Posteriormente, ingresó en la categoría de contratada en el marco del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en la Secretaría de Relaciones Económicas Internacionales desde el 15 de septiembre de 2005 hasta el 4 de mayo de 2011.

Luego de ello, fue contratada bajo la modalidad “por tiempo indeterminado”, de conformidad con lo dispuesto por el art. 9º de la ley 25.164.

Durante su despliegue laboral, fue sometida a torturas psicológicas en el ámbito de trabajo, tal como se consigna en el fallo, mediante un trato devaluatorio, la hipervigilancia y el hostigamiento permanente.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Economía, Derecho y Regulación de los Servicios Públicos por la Universidad de París X y Carlos III de Madrid. Director de Máster en Derecho Admi-

nistrativo de la Universidad Abierta Interamericana.

(1) Si bien el fallo ha sido publicado con las iniciales, me he comunicado con la Sra. Sandra Votta, quien me ha autorizado a dar su nombre. Sin perjuicio de ello, basta simplemente con recorrer distintas páginas de Internet

para percibir que este caso tomó estado público, a saber: “Una empleada de la cancillería denunció acosos y persecución”, https://tn.com.ar/politica/una-exempleada-de-la-cancilleria-denuncio-acosos-y-persecucion-por-parte-de-la-campora_445199; DI NATALE, Martín, “Indemni-

zarán a una empleada de Cancillería por persecución ideológica y maltratos durante el kirchnerismo”, diario *Infobae* del 24/04/2019; “Deberán indemnizar con \$200 mil a una empleada de Cancillería durante la gestión K” <https://www.lavoz.com.ar/politica/deberan-indemni->

el día 31/12/2013, momento en el que operó el cese, fue contratada bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios por tiempo determinado y con carácter transitorio, de conformidad con el art. 9º de la ley 25.164.

En este contexto, el magistrado consideró que la misma proporcionaba indicios suficientes que permitían determinar que el comportamiento del Estado Nacional había tenido aptitud para generar en la actora una legítima expectativa de permanencia laboral con la consecuente protección que el art. 14 bis de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el despido arbitrario, de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema en el precedente “Ramos” (CSJN, Fallos: 333:311). En esta línea, reconoció que la actora había desarrollado la prestación de servicios a lo largo de ocho (8) años continuos, y en tareas que, en esencia, concernían a la actividad permanente, normal y regular de la demandada.

En lo que respecta a la indemnización a ser otorgada, consideró que la aplicación de la reparación prevista en el párrafo quinto del art. 11 de la ley Nº 25.164 resultaba una medida equitativa para reparar los perjuicios ocasionados en esta clase de supuestos. A su vez, toda vez que la ruptura del vínculo contractual que existía entre las partes reunía las características de intempestiva e incausada, decidió que a la suma indicada precedentemente habría que adicionarle una suma equivalente a la que se seguiría del período previsto en el párrafo tercero del art. 11 citado.

Por otro lado, entendió que no podía prosperar la pretensión indemnizatoria por “mobbing” o acoso laboral, en tanto la misma no se encontraba acreditada.

II. Que, contra tal pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso recurso de apelación a fs. 781 y expresó agravios a fs. 800/806, los cuales fueron contestados por la actora a fs. 818/820.

En primer lugar, se agravía de la sentencia de grado por cuanto considera que la accionante carecía del derecho subjetivo a la estabilidad del empleado público, por lo que tampoco tenía el derecho a indemnización alguna frente a la falta de renovación de dicho contrato. En esta línea, aduce que la actora conocía el régimen al cual se había sometido al celebrar la contratación en razón de la cual prestaba servicios para el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Asimismo, expresa que de las cláusulas contractuales surge que carecía de estabilidad y que la contratación podía ser cancelada en cualquier momento mediante decisión fundada.

En segundo lugar, considera que el Juez *a quo* ha incurrido en arbitrariedad, en tanto aplica el precedente “Ramos”, siendo que no se ajustaba al caso. En efecto, esgrime que correspondía aplicar el caso “Sánchez” (CSJN, Fallos: 333:335), en el cual la Corte Suprema reafirmó que la tutela contra el despido arbitrario sólo puede ser alegada cuando existe una desviación de poder por parte del Estado Nacional, cuestión que no se configuraría en el caso bajo examen.

Finalmente se agravía que se hayan impuesto la totalidad de las costas a su parte, pues la sentencia admitió la pretensión de la actora parcialmente. Por lo tanto, entiende que los gastos deberían haber sido soportados en el orden causado.

III. Que, por su parte, la actora interpuso recurso de apelación a fs. 783 y expresó agra-

vios a fs. 807/809, los cuales fueron contestados por el Estado Nacional a fs. 812/816.

Se agravía que el Juez de grado decidiera que la pretensión indemnizatoria de “mobbing” no podía prosperar. Considera que se encuentra plenamente acreditado en las actuaciones que se ha configurado una conducta repetitiva y sistemática, hostil o arbitraria, durante un lapso prolongado de tiempo. En efecto, aduce que de la prueba testimonial surge que la actora padeció, desde que asumió C. N. en el mes de diciembre de 2011, hostigamiento, maltrato y acoso laboral por parte de personal jerárquico, y que tal conducta fue sistemática y arbitraria. Sostiene que aquella conducta se debió a cuestiones políticas e ideológicas, motivado en que no se alineó con la agrupación política “La Cámpora”. A su vez, pone de relieve que aquello afectó su salud, conforme surge del dictamen pericial psicológico.

Por otro lado, se agravía que en la sentencia de grado se haya aplicado la tasa pasiva promedio. Considera que tal decisión afecta seriamente su patrimonio, toda vez que la tasa cuestionada no alcanza a compensar la pérdida del poder adquisitivo y de la reparación del daño teniendo en cuenta el incremento de precios desde la fecha del distracto a la fecha de pago de las sumas adeudadas, lo cual, sin duda, importa un claro perjuicio para la accionante y un claro beneficio para la demanda. Por tal motivo, solicita se modifique en este punto la sentencia y se aplique la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina.

IV. Que, preliminarmente, es necesario advertir que el Tribunal no se encuentra obligado a seguir al apelante en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que propo-

ne a consideración de la Alzada, sino tan sólo aquéllas que son conducentes para decidir el caso y bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr., CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; esta Sala, *in rebus*: “ACIJ c. EN— ley 24.240— M. Planificación s/ proceso de conocimiento”, del 29/05/2008; “Multicanal SA y otro c. EN-SCI DLC (Actas 2600/09 y otras) s/ amparo ley 16.986”, del 21/05/2009; “Ciudadanos Libres Calidad Institucional Asoc. Civil c. EN-Dto. 67/2010 s/ medida cautelar (autónoma)”, del 21/10/2010; “CPACF-inc. Med (02/03/2011) c. BCRA-Comunicación ‘A’ 5147 y otro s/ proceso de conocimiento”, del 18/04/2011; “Nardelli Moreira, Aldo A. c. EN - DNM Disp. 1207/11 — Legajo 13.975— (S02:9068/11) s/ medida cautelar (autónoma)”, del 25/08/2011, “Rodríguez, Rubén O. c. DGI s/ Recurso directo de organismo externo”, del 07/08/2014, “Laham, Alberto E. c. DGI s/ Recurso directo de organismo externo”, del 07/05/2015; “Araujo Medina, Alexander J. c. EN - M. Interior OP y V-DNM s/ recurso directo DNM”, del 27/04/2018, entre otros).

V. Que, en esta inteligencia, e ingresando a considerar los agravios de la demandada, cabe recordar que aunque las decisiones de la Corte Suprema sólo sean vinculantes para las partes y los órganos jurisdiccionales intervinientes en las causas en que son dictadas (CSJN, Fallos: 245:429; 252:186; 255:119; 316:180, entre otros), también debe tenerse presente que los restantes tribunales deben un acatamiento moral a su doctrina (Fallos: 311:2004, entre otros), habida cuenta de que la Corte Suprema resulta ser el máximo intérprete de la aplicación del derecho en el ámbito nacional, lo cual torna aconsejable seguir sus lineamientos, para mantener la unidad de la interpretación de la ley (esta Sala, *in re*: “Cavaco, Adrián A. c. UBA (Facul-

VII.1. La ilegitimidad estatal

De la reseña de los hechos, se puede advertir el grado de ilegitimidad con el que obra el Estado respecto del empleo público. Se podría decir que el principal explotador es el Estado, quien puede tomar y disponer a voluntad. Con la coartada de la planta transitoria o contratos, se ha flexibilizado el empleo público.

VII. La sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia admitió la acción y condenó al Estado a indemnizar a la actora. Así, dispuso que las sumas adeudadas devengarían intereses desde que se hiciera efectiva la rescisión del vínculo que unía a las partes, hasta la fecha de su efectivo pago, conforme a la tasa pasiva promedio mensual publicada por el Banco Central de la República Argentina.

En cuanto a la indemnización por torturas psicológicas solicitada por la demandante, el juez de grado la rechazó porque estas no se lograron probar.

VIII. Fundamentos de la Alzada

VIII.1. La desviación de poder

En primer lugar, la Cámara señaló que la demandada recurrió a la figura contractual con una evidente desviación de poder para encubrir una designación permanente. Este comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en la actora una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 bis de la CN otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”.

Sobre este argumento, se admitió la pretensión indemnizatoria.

VIII.2. Análisis de la prueba

Luego de ello, se examinó la prueba de las torturas psicológicas en el ámbito de trabajo —denominadas impropia *mobbing*—.

Así, la Alzada consideró que la prueba (en el caso, la prueba testimonial) debe apreciarse conforme al contexto probatorio del expediente y con las reglas de la sana crítica.

Es decir, se aplican los criterios tradicionales para apreciar la prueba. Lo cierto es que esta cuestión no puede ser apreciada con tales parámetros, pues se trata de un fenómeno sigiloso, secreto y no hablado. Volveré sobre este punto.

IX. Una denominación incorrecta

Lo primero que puede objetarse al fallo es que utiliza una denominación impropia para un flagelo de nuestro tiempo. En efecto, se usa el vocablo *mobbing*, el cual es incorrecto. Desde mi perspectiva, este flagelo debe denominarse: torturas psicológicas en el ámbito de trabajo.

IX.1. Etimología

El vocablo *mobbing* proviene del inglés y significa regañar, maltratar, asediar o atacar. Como sustantivo, “mob” significa muchedumbre, y escrito con la primera letra en mayúscula “Mob” hace referencia a la mafia. Se podría decir que la palabra designa una muchedumbre que asedia o persigue a alguien.

Sin embargo, Lorenz, que fue el primero en presentar en la comunidad científica este término, señala —desde la etología— que es un ataque de una coalición de miembros débiles de una misma especie contra uno más fuerte que ellos. Por lo contrario, en el lenguaje cotidiano el vocablo se refiere a una muchedumbre que asedia o persigue a alguien. Como podemos advertir, el citado autor invierte el sentido literal del término, pues se trata —reitero— de un grupo de animales débiles que se unen para expulsar a otro fuerte.

Luego de ello, el término fue utilizado para describir la violencia en los ámbitos escolares. Más tarde, para designar la violencia en los ámbitos laborales. Como se puede advertir, el término tiene una triple acepción: comportamiento de los animales, violencia escolar o violencia laboral.

A esta multiplicidad de significados se agrega otro inconveniente: el término es utilizado en inglés, que es un idioma esencialmente práctico, a diferencia del castellano, que es un idioma rico en matices. Siempre he sostenido que el idioma inglés es práctico; el alemán, riguroso; el italiano, gracioso y el francés, elegante. En tanto que el castellano es una lengua que con mayor precisión refleja los confines y las profundidades del alma humana. Desde esta perspectiva, si queremos reflejar algo sutil, sigiloso y secreto, propio de las oscuras pasiones humanas, nada mejor que recurrir a nuestro idioma para definir las torturas psicológicas que viven miles de trabajadores en su ámbito de tareas.

IX.2. Los países escandinavos

Los países escandinavos han sido pioneros en el estudio de la violencia moral en el ámbito escolar y laboral. Se trata de países que ostentan niveles de violencia muy altos.

En estos países se usaron originariamente estos términos para referirse a las conductas de acoso en los lugares de trabajo:

- a) *mobbing* (Noruega y Dinamarca),
- b) *mobning* (Suecia y Finlandia).

Por otra parte, cuando se comenzó a investigar sobre este fenómeno se utilizaron las siguientes palabras en forma indistinta:

- *mobbing*,
- *mobning* y
- *bullying*

IX.3. Lorenz

Cualquier estudio sobre *mobbing* debe partir de Lorenz, pues fue el primero en presentar ante la comunidad científica este término. Si bien en el lenguaje cotidiano el término hace referencia a una muchedumbre que hostiga a una persona, el referido autor, invierte el criterio literal, al señalar que se trata de un grupo de animales débiles, que se unen para expulsar a alguien más fuerte.

Por otra parte, Lorenz nunca estuvo interesado en el ser humano, sino en el estudio de la conducta de los animales. Asimismo, ese interés nos da la pauta de que el término *mobbing* es insuficiente para conceputar lo relativo a la violencia moral en el ámbito de trabajo, la que a mi juicio constituye torturas psicológicas.

IX.3.a. La introducción del vocablo

El vocablo *mobbing* fue utilizado por primera vez en 1966 por Konrad Lorenz, para describir el comportamiento defensivo de un grupo de animales más débiles contra uno de mayor envergadura por el que se sienten amenazados (2). Para utilizar la terminología

{ NOTAS }

zar-con-200-mil-una-exempleada-de-cancilleria-durante-gestion-k.

(2) LORENZ, Konrad, “On aggression”, New York, Harcourt, Brace & World, 1966.

tad Ciencias Exactas) s/ empleo público”, Causa N° 24.801/2009, del 20/05/2014).

En la misma línea, la Corte Suprema ha señalado más recientemente que no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por la misma Corte como por los tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes (CSJN, Fallos: 339:1077 y sus citas; 341:570).

Sobre la base de dicho criterio, teniendo en consideración las circunstancias de hecho de esta causa, la aplicación la solución del precedente “*Ramos, José L. c. Estado Nacional (Min. de Defensa - A.R.A.)*” (CSJN, Fallos: 333:311) por el *a quo* es correcta, si se tiene en cuenta que las circunstancias fácticas guardan sustancial analogía con la presente, con excepción a la limitación temporal establecida en el decreto aplicable a ese caso en cuanto a la posibilidad de renovar los contratos.

En efecto, como esta Sala ha tenido oportunidad de destacar (cfr. “*Gómez, Orlando M. c. EN M. Justicia - PFA s/ Personal Militar y Civil de las FF.AA y de Seguridad*”, Causa N° 11.486/2008, del 03/02/2011), en aquella

causa el Máximo Tribunal ponderó que la demandada había contratado al actor en el marco del Decreto N° 4381/1973 por el lapso de veintiún (21) años, en abierta violación al plazo máximo previsto por la norma; que del legajo personal del actor resultaba que sus tareas carecían de la transitoriedad que suponía el mencionado régimen de excepción, que era calificado y evaluado en forma anual, que se le reconocía la antigüedad en el empleo y que se beneficiaba con los servicios sociales de su empleador. Indicó que dichas circunstancias fácticas y la violación de las normas que limitan la posibilidad de renovación del contrato a un máximo de cinco años, permitían concluir que la parte demandada había utilizado figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado. En tal orden de ideas, sostuvo que el comportamiento del Estado Nacional había tenido aptitud para generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”; y concluyó que la parte demandada había incurrido en una conducta ilegítima, que generaba su responsabilidad frente al actor y que justificaba la procedencia del reclamo indemnizatorio.

Sin embargo, la Corte Suprema advirtió que la solución propuesta no significaba que el mero transcurso del tiempo hubiese modificado la situación irregular del actor. Señaló que éste tenía derecho a la reparación de los perjuicios derivados del obrar ilícito de la parte demandada, pero que no podría solicitar su reincorporación al empleo, ni a la aplicación

de un régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización que le corresponde. Asimismo, observó que no podía sostenerse que el actor tuviese derecho a la reincorporación en el cargo, ya que esa conclusión vulneraría el régimen legal de la función pública y el principio constitucional que prevé que corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de gastos de la Administración Nacional, y que toda erogación que se aparte de estos límites resulta ilegítima (art. 75, inciso 8° de la Constitución Nacional y art. 29 de la ley N° 24.156)

Finalmente, en cuanto al importe de la reparación reconocida al actor, la Corte Suprema de Justicia de la Nación puso de resalto que por el modo en el que se había desenvuelto la relación a lo largo de los años, el tipo de tareas que desempeñaba el actor y las figuras contractuales utilizadas, las partes no habían tenido la intención de someter el vínculo a un régimen de derecho privado; y que por ello y, asimismo, considerando que se trataba de la reparación por la conducta ilegítima de un organismo estatal, la solución debía buscarse en el ámbito del derecho público y administrativo. A fin de establecer el importe, y a falta de previsiones legislativas específicas, indicó que debía acudir a una solución que, por analogía, reparase debidamente los perjuicios sufridos por el actor en ese caso; y consideró que la aplicación de la indemnización prevista por el art. 11 de la ley N° 25.164 resultaba una medida equitativa para reparar los perjuicios demostrados.

VI. Que, así las cosas, se advierte que las circunstancias de la presente causa son sustancialmente análogas a las del precedente citado: (i) contratación de la actora median-

te la suscripción de sucesivos contratos durante un período de tiempo prolongado (cfr. fs. 158, 247; 336 y ss.; y 396; fs. 196 de las actuaciones administrativas); (ii) asignación de tareas que no tienen carácter excepcional o transitorio (fs. 143/157; 230/231; y declaraciones testimoniales de fs. 657/658, 670/672, 696/698, 733/734 y 740/741); (iii) realización de aportes jubilatorios y cómputo de antigüedad (cfr. fs. 11/30; 336 y ss.; y 396). Si bien en estos actuados no se verifica la existencia de una norma —aplicable al supuesto de autos— que establezca un límite temporal a la posibilidad de renovación de los contratos —tal como sí aconteció en el caso resuelto por el Alto Tribunal—, lo cierto es que dicha limitación normativa no fue el único fundamento de la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sino que, además de aquélla, se tuvo especialmente en cuenta los extremos de hecho allí verificados, que —cabe reiterar— son análogos a los de estos autos.

En tales condiciones, son aplicables —a este caso— las consideraciones vertidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente individualizado en el sentido de que la parte demandada recurrió a la figura contractual con una evidente desviación de poder que tuvo como objetivo encubrir una designación permanente bajo la apariencia de un contrato por tiempo determinado y que el comportamiento del Estado Nacional tuvo aptitud para generar en el actor una legítima expectativa de permanencia laboral que merece la protección que el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional otorga al trabajador contra el “despido arbitrario”. Por consiguiente, corresponde admitir la pretensión indemnizatoria formulada en la demanda.

del autor: “ataque colectivo por un grupo de animales contra un animal de otra especie, que usualmente es más grande y enemigo natural del grupo”.

Cierta doctrina considera que aquella definición no correspondería al citado autor. Fue atribuida a este por José Luis González de Rivera en su artículo “El síndrome de acoso institucional”, y, como el mismo González de Rivera señala en su libro *El maltrato psicológico*, tuvo tanto éxito que comenzó a ser citada y reproducida (3).

IX.4. Heinemann y Olweus

En la década de 1960, Peter-Paul Heinemann, médico sueco, utiliza el término para referirse a las conductas hostiles de ciertos niños respecto de otros en las escuelas.

En 1969 publicó un artículo en la revista *DeBatt*, en el que había estudiado el concepto de Lorenz; los efectos del *apartheid* y el comportamiento de intimidación en los ámbitos escolares.

Luego de ello, en 1972, repitió el concepto para referirse al comportamiento violento de un grupo de niños contra un único niño (4). En su libro utiliza el término *mobbing* para referirse a la violencia escolar.

Por su parte, Dan Olweus (5) en 1973 también utilizó la misma denominación. Luego, con el paso del tiempo, el término será abandonado. Este autor utilizará la expresión “maltrato entre iguales por abu-

so de poder”. Inicialmente, Olweus lo consideró una especie de *mobbing*. Luego ese maltrato comenzó a nombrarse usando la nomenclatura anglosajona que se refiere al acoso entre escolares con los términos *bully* (autor de la acción: intimidador, abusón o matón) y *bullying* (acción: intimidación o maltrato).

Más en concreto, Olweus se basó inicialmente en lo que Konrad Lorenz (el padre de la etología), denominó *mobbing* (acosar, rodear), definición que no tiene en consideración las agresiones de “individuo a individuo”, sino que limita el fenómeno a hechos grupales. Sin embargo, en el maltrato escolar las agresiones “individuo a individuo” representan un porcentaje muy elevado. Este aspecto influyó en la decisión de sustituir el concepto de *mobbing* por *bullying*. En suma, este último da una cobertura semántica más amplia y ajustada al fenómeno. Como detalla en una entrevista el propio Olweus, “En los años ‘70 empezamos a acuñar otro término, *bullying*, para determinar toda conducta agresiva, negativa, repetitiva, realizada por un individuo o un grupo contra otro individuo que tiene dificultades para defenderse a sí mismo” (6).

Más tarde, en la década de 1990, Smith y Sharp desarrollan el concepto de *bullying*.

En la actualidad, el concepto de *bullying* es ampliamente admitido para la violencia entre escolares. No obstante, es una denominación que omite la exclusión social como forma agresiva de relación.

En virtud de lo expuesto, se puede percibir que Heinemann y Olweus no tenían un vocablo para la violencia en los ámbitos escolares. Por tal razón, en los inicios de sus investigaciones tomaron el concepto de Lorenz.

A riesgo de resultar reiterativo, Lorenz utilizó el término *mobbing* para referirse al comportamiento animal, y Heinemann y Olweus —atento a lo inicial de sus investigaciones— tomaron el término de Lorenz y lo trasladaron a la violencia escolar. Es decir, ninguno de estos autores tenía en mente la violencia en los ámbitos laborales.

De los estudios de Heinemann y Olweus, es posible inferir que el germen de la violencia está en la escuela primaria y secundaria. Esta semilla florecerá posteriormente con medios sutiles en los ámbitos laborales.

En suma, los referidos autores no abordaron en sus estudios la problemática laboral. En efecto, Lorenz centró sus intereses en el comportamiento de los animales y es el padre de la etología (7). Por su parte, Heinemann y Olweus hicieron sus estudios a los grupos de escolares.

IX.5. La popularización del término

Luego de ello, Heinz Leymann (8) tomó los estudios de aquellos pioneros y comienza a hablar hacia la década del ‘80 del término *mobbing*, pero referido al ámbito laboral. Las conclusiones del citado autor se pueden resumir así: las conductas observadas por Lorenz en animales, como por Heinemann en los escola-

res, son similares a ciertas conductas que se producen en el ámbito de trabajo.

IX.6. Algunas consideraciones

En virtud de lo expuesto, se puede decir que el término *mobbing* es insuficiente para conceptualizar lo relativo a la violencia moral o psicológica, ni qué decir de las torturas psicológicas que sufren los trabajadores.

IX.6.a. Diferentes alcances

Tal como se expuso, el vocablo *mobbing* ha sido utilizado con alcances diferentes. Basta recordar que el alcance que le da Lorenz desde la etología no es el mismo que le da Heinemann y Olweus (violencia escolar) y Leymann para el ámbito laboral.

Ahora bien, si tenemos tal disparidad, ¿cómo es posible que traslademos de otro idioma un vocablo de múltiples acepciones? ¿Cómo admitir un término que, según la disciplina científica, tiene una connotación particular? ¿Cómo admitir un verbo en inglés que se utiliza para referirse a la conducta de los animales, a una muchedumbre, a la violencia escolar para asimilarlo a la conducta humana en ámbitos laborales?

IX.6.b. Las particularidades del idioma inglés

Tengamos en cuenta que el inglés es un idioma de suma practicidad y tiene tiempos verbales muy precisos (v.gr., *do* y *make*, etc.) o verbos de múltiples acepciones (v.gr., *get*).

{ NOTAS }

(3) V. ABAJO OLIVARES, Francisco, “*Mobbing*. Acoso psicológico en el ámbito laboral”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., ps. 6 y ss.

(4) HEINEMANN, Peter P., “*Mobbing*: Gruppvald Bland Barn Och Vuxna”, *Natur och kultur*, Estocolmo, 1972.

(5) A Dan Olweus, profesor de Psicología del Centro de Investigación para la Mejora de la Salud de la Uni-

versidad de Bergen (Noruega), se le considera el pionero del estudio de las conductas de acoso y amenaza entre escolares, siendo además el autor que más ha estudiado este fenómeno, cuyo mapa social es muy similar en todo el mundo. De hecho son varios los países que llevan aplicando, desde hace más de 20 años, el Programa Olweus para la Prevención del Bullying.

(6) Álvarez, R. y Grass, R. Entrevista a Dan Olweus, “El mundo de las Baleares” de 19 de octubre de 2005.

(7) V. LORENZ, Konrad, “Behind the mirror. A search for a natural history of human knowledge”, Hartcourt Brace Jovanovich, New York, 1973; “Civilized man’s eight deadly sins”, Methuen, London, 1974; “Evolution and modification of behaviour”, University of Chicago Press, Chi-

cago, 1965; “Man meets dog”, New York, 1994; “Motivation of human and animal behavior. An ethological view”, Van Nostrand Reinhold Co., New York, 1973; “Studies in animal and human behaviour”, Methuen, London, 1970.

(8) LEYMANN, Heinz, “Workplace mobbing as psychological terrorism. How groups eliminate unwanted members”, Edwin Mellen Press, Lewiston, 2010.

Por lo tanto, corresponde desestimar los agravios de la demandada respecto de la improcedencia de la indemnización a favor de la actora. También, corresponde rechazar los agravios deducidos por el Estado Nacional con relación a que resultaría aplicable el precedente “Sánchez” (CSJN, Fallos: 333:335), más aún cuando en aquella causa se resolvió rechazar la pretensión del actor, por mayoría, teniendo particularmente en cuenta “las normas específicas que regulan el funcionamiento de la Auditoría General de la Nación”, organismo demandado en aquél caso (ver especialmente el considerando 5º).

VII. Que, por otro lado, corresponde expedirse respecto de los agravios de la parte actora.

Así las cosas, en lo relativo a la tasa de interés aplicable, entiendo que la queja a su respecto no puede ser admitida, toda vez que el recurrente no se hace cargo del fundamento por el cual el juez aplicó la tasa de interés pasiva que publica el BCRA a las sumas adeudadas, esto es, el precedente de la Corte Suprema “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Provincia de Corrientes y otro” (CSJN, Fallos: 315:158) en que se sustenta el mismo. Por demás, cabe señalar la tasa dispuesta en la sentencia de grado es la misma que la determinada por esa esta Sala en un precedente análogo (cfr. “Cavaco”, ya citado).

VIII. Que, a su vez, corresponde expedirse respecto del rechazo por parte del magistrado de grado a la pretensión indemnizatoria por la existencia de “mobbing”.

A fin de expresarme sobre la cuestión, habrá de analizarse, entre otras cuestiones, la prueba testimonial. Al respecto, ha de señalarse que las declaraciones testimoniales deben ser apreciadas dentro del contexto

probatorio del expediente. La valoración de la prueba no se limita a un análisis aislado de los distintos elementos de juicio obrantes en la causa, sino que los integra y armoniza debidamente en su conjunto, circunstancia que lleva a meritar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los distintos elementos probatorios (cfr. esta Cámara, Sala II, *in rebus*: “Muller, Alfredo”, Causa Nº 10.088/2009, del 01/12/2009; “Cancinos, Miriam S. c. UBA-Consejo Superior Resol. 1056/10 (Expte. 1.239.604/04)”, Causa Nº 45.004/10, del 17/05/2012). Este examen contextual o global, que implica que los diversos medios aportados deben apreciarse en un todo, es lo que justifica que su resultado pueda ser adverso a quien la aportó, ya que no existe un derecho sobre su valor de convicción; una vez que han sido aportadas legalmente, su resultado depende sólo de la fuerza de convicción que en ellas se encuentre (Devis Echandía, Hernando, *Teoría general de la Prueba Judicial*, Zavallía, Buenos Aires, 1976, T. I, p. 305).

En otras palabras, el magistrado debe apreciar la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) con un criterio lógico jurídico, valorando sólo aquella que considere conducente e inequívoca para arribar a la decisión definitiva, máxime si existe una notoria contradicción de los hechos esgrimidos por las partes (esta Cámara, Sala II, *in re*: “Miguel, Alfredo c. E.N. s/ Retiro Policial”, Causa Nº 11.892/92, del 14/09/1993). En lo que respecta, particularmente, a la prueba testimonial, tiene dicho el Máximo Tribunal que corresponde al juzgador, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, valorar los dichos de los testigos frente a las demás pruebas rendidas en la causa, a fin de emitir un juicio imparcial y justo (CSJN, Fallos: 281:182).

Esta sana crítica, se sintetiza en el examen lógico de los distintos medios (en el caso, los diferentes testigos aportados), la naturaleza de la causa y las máximas de experiencia, es decir, el conocimiento de la vida y de los hombres que posee el juez, simples directivas, indicaciones o consejos rígidos al sentenciador y respecto de los cuales éste es soberano en su interpretación y aplicación (cfr. Fenochietto - Arazi, *Código Procesal Civil y Comercial, Comentado y Concordado con el Código Procesal Civil y Com. de la Prov. de Bs. As.*, Astrea, Buenos Aires, T. II, p. 356; esta Cámara, Sala II, *in re*: “Cancinos, Miriam S.”, cit.; y Sala V, *in re*: “Martínez Eliseo”, del 16/03/2001).

De todo lo cual se extrae, que los jueces deben examinar los testimonios según las reglas de la sana crítica, lo cual implica que, en el supuesto de mediar contradicción entre las declaraciones prestadas por los testigos propuestos por cada una de las partes, o entre los testimonios y otras pruebas —como sucede en este caso— el juez debe otorgar prevalencia a aquella que a su juicio revista mayor credibilidad, siempre, desde luego, que no se oponga a ello alguna norma que declare la inadmisibilidad del medio o medios de prueba de que se trate (cfr. Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, T. IV). Todo ello adquiere relevancia práctica en este caso, ya que la prueba testimonial debe valorarse con singular prudencia en supuestos que involucren acosos laborales (cfr. esta Sala, *in re*: “Cavaco”, ya citado; CNAT, Sala VII, *in re*: “G.N.S. c. Fundación de Lucha contra las Enfermedades Neurológicas de la Infancia [FLENI]”, del 27/06/2011).

Sentado ello, cabe señalar que de la prueba testimonial surge que el trato con C. N. “no venía muy bien”, que a la actora la “desplazaron del área” y que “el trato era de malos mo-

dos” (declaración testimonial de Y. D. M. a fs. 657/658, preguntas 5, 9 y 12).

En el mismo sentido, otro testigo manifestó que desde la llegada de la mencionada diplomática “el ambiente de trabajo se transforma en un ambiente hostil, de persecuciones inaceptables, de desplazamientos interáreas innecesarios (...). Los desplazamientos por persecución y maltratos fueron permanentes”. Asimismo, se expresó que la persecución era “sistemática”, no solo por parte de N., sino también por parte de C. B., quien con la accionante tenía un trato “absolutamente inhumano” con respecto a la actora (declaración testimonial de E. C. A. a fs. 670/672, preguntas 2, 10 y 14). También se manifestó que el trato para con la actora fue de “aislamiento, de destrato, menoscabo profesional, hasta en las tareas cotidianas se notaba la intención de marginarla (...), el no darle los medios para trabajar, incluso hostigamiento para demostrar la alineación política (...), se la separó del lugar físico y del cargo, se la fue hostigando con la intención de que renuncie o que no tenga acceso a los medios de trabajo”. Asimismo, con respecto a C. B., se precisó que “su trato con la actora era sistemático y metódico de hostigamiento era el ideólogo del maltrato”. Se puntualizó también que “el hostigamiento fue parte de una estrategia deliberada y arbitraria, sistemática y constante” (declaración testimonial de M. A. C., a fs. 696/697 vta., preguntas 8 y 13). Por su parte el Embajador M. G. M. expresó que “durante el año 2013/2014 comenzaron una serie de persecuciones políticas contra funcionarios diplomáticos y personal administrativo, principalmente contratados. Las renovaciones de los contratos dependían de la simpatía, filiación política y favores personales exigidos por los funcionarios”, y señaló que según había escuchado el trato que le dispensaba N. a la actora era “muy malo, de maltrato permanente” (cfr. fs. 733/734, pregunta 15). El embajador M. R. V. G. declaró que la relación de N. con

¿Cómo es posible que sigamos creyendo que en el ámbito laboral las personas sufren un mero acoso o un regaño? Miles de vidas quedan devastadas luego de su paso por la función pública. La gente se enferma y muere por jefes acosadores o por ambientes hostiles. Si alguien muere en un ámbito laboral, ¿es eso un mero acoso o es una tortura psicológica?

Por otra parte, puede ser que el idioma inglés sea mucho más práctico, pero yo creo firmemente —lo reitero— que la lengua castellana es la que con mejor precisión y matices nos revela los confines y las profundidades del alma humana.

En consecuencia, no admitamos que el término *mobbing* —utilizado para la etología (Lorenz), para la violencia escolar (Heinemann) o para presentar un primer indicio de la violencia laboral (Leymann)— se utilice para describir el drama que sufren los trabajadores. Si lo hacemos, es un acto de holgazanería, copia y negación. De holgazanería, pues la ciencia jurídica debe ponerse a trabajar para hacer más llevadera la vida de las personas. El trabajo consiste —en primer lugar— en buscar un término que refleje la situación actual de los trabajadores y el vocablo de uso corriente no cumple con ese objetivo.

IX.6.c. Una copia y negación

Asimismo, debemos abandonar el término *mobbing* porque su uso en nuestro país es una mera copia de otro idioma. En efecto, hemos copiado del inglés un término que se utilizó para describir el comportamiento de los animales, y luego de manera provisoria para definir conceptos en etapas iniciales de investiga-

ciones. Recordemos que Heinemann y Olweus rápidamente abandonaron el concepto para pasar hablar de *bullying*.

También, la utilización de *mobbing* es un acto de negación, pues mediante el acoso estaríamos negando que los trabajadores sufran enfermedades, la aislación y la muerte.

En suma, busquemos en el idioma castellano un término que refleje el drama cotidiano de los trabajadores, su sufrimiento, las enfermedades que padecen, sus ideaciones de suicidio producto de jefes inescrupulosos. Lo perverso de los ámbitos laborales no puede ser englobado en este concepto insuficiente. Tengo para mí la certeza de que este fenómeno debe denominarse: torturas psicológicas en el ámbito laboral.

X. La prueba

En este fallo, se estima que se ha probado las torturas psicológicas en el ámbito de trabajo y que, por ende, corresponde que se indemnice a la actora. Sin embargo, es lo relativo a la prueba lo que requiere una reformulación conceptual. Pues, no podemos seguir sosteniendo que cuando se alegan torturas psicológicas en el ámbito de trabajo es necesaria una plena prueba. Exigirle a la víctima la plena prueba y que presente testigos es exigirle una prueba diabólica. En este caso, la actora tuvo la fortuna de poder presentar testigos. No obstante, esos testigos han solicitado reserva de sus nombres ante el temor de ver perjudicada su carrera diplomática.

Es necesario recordar que las actitudes de quien ejerce la conducta dañosa no dejan rastros, son invisibles, se ejecutan con sigilo y secreto, en ámbitos de privacidad. En la mayoría de los casos, se trata de una violencia no hablada. En consecuencia, es muy difícil para quien alega que ha sufrido estas circunstancias probarlo, por lo que los indicios serán de sumo va-

lor. En este sentido, las palabras no dicen nada. Lo verdadero de las torturas psicológicas estará en los gestos y silencios, los que resultarán de sumo valor probatorio (9).

Por otra parte, otro aspecto fundamental para el tema probatorio es lo relativo a la posición de la víctima, la que se encuentra en una situación de inferioridad o en una especial relación de sujeción respecto del jefe u organización pública. Esta circunstancia es la que impide al actor allegar al proceso lo que manifiesta.

En suma, se deben admitir dos cuestiones antes de la exigencia de la prueba:

- 1) ausencia de rastros o huellas por parte del agresor,
- 2) inferioridad de la víctima respecto de aquel a quien demanda.

En virtud de lo expuesto, si bien el fallo admite que hubo torturas psicológicas en el ámbito laboral (lo que denomina *mobbing*) lo hace guiado por estándares tradicionales. Es decir, porque se considera probada esta circunstancia, mediante la presentación de testigos. ¿Qué hubiera ocurrido si la víctima no lograba presentar testigos? ¿Qué hubiera sucedido si la víctima no presentaba testigos, pero sí el victimario? Pretender que una persona víctima de este flagelo presente testigos y documentos que hagan una plena prueba es tanto como negar esta circunstancia. Por eso, considero que debemos manejarnos con indicios.

X.1. Los indicios

Dado que la prueba es difícil en esta cuestión, daré algunos ejemplos de lo que puede ser tomado como indicios probatorios:

— Tu jefe te trata de “Ud.” cuando al resto no, señal de que con vos quiere poner distancia; no te saluda.

— Si solicitaste una entrevista, se guardó silencio o te dijo: “ya vamos a hablar”, pero nunca llegó el día; “dejame pensar sobre tu planteo”. Este silencio es una negativa encubierta.

— Se te asignan tareas repetitivas o mecánicas, no obstante tu calificación profesional, señal de que con esto quieren anular tu personalidad y hacer que renuncies a tu trabajo.

— Se te asignan labores de cumplimiento imposible o se te recarga de tareas, señal de que te quieren agotar para que renuncies.

— Se hicieron bromas sobre tu persona y te asignaron apodos o motes descalificatorios, señal de que te quieren provocar angustia.

— Tus compañeros evitan tener contacto con vos, algunos no te saludan. Otros aducen que no tienen nada contra vos, pero que no tienen empatía. Es usual en esos ámbitos decir: “No tengo nada contra XX, pero no tengo onda. Al trabajo no vengo a hacer amigos, vengo a trabajar”.

— Se te controla el horario y si llegás tarde una vez, debes informar por escrito esta circunstancia.

— Se te advierte continuamente de cualquier movimiento que hacés. Así, por ejemplo, se le dice al trabajador: “Mirá que aquí todos comemos en tal lugar”; “Antes de irte, debes saludar”; “Es política de la organización tal o cual cosa”.

— Te controlan si vas al baño.

— Si hay aumento de sueldo, no es para vos.

— No te enterás de las actividades de la oficina, de las reuniones sociales ni las actividades de capacitación.

{ NOTAS }

(9) V. GABET, Emiliano, “Flexibilización de la carga de la prueba y la violencia laboral”, LA LEY, 2007-F, 385.

la accionante era “*absolutamente distante y en algunos casos despectivo*”, y que el trato de C. B. era “*distante y seco, casi devaluatorio*” (cfr. fs. 740/741, preguntas 10 y 14). A su vez, Finalmente, cabe resaltar que dos testigos son coincidentes en que el trato dispensado a la actora se debió, entre otras cuestiones, a que apoyó una lista de candidatos para elecciones internas distinta a la que impulsaban los funcionarios de ese entonces (declaración testimonial de E. C. A. a fs. 670/672, pregunta 16; y de M. A. C. a fs. 696/697 vta., pregunta 17).

Por otro lado, cabe precisar que también compareció como testigo J. A. R., médico psiquiatra, quien refirió que aproximadamente en el mes de agosto de 2012 le derivaron a la actora para iniciar un tratamiento contra un “*síndrome depresivo reactivo a partir de un stress post traumático agudo detonado por stress laboral*” (cfr. fs. 668). Por su parte, en el informe pericial psicológico se expresa que los sucesos objeto de autos “*han tenido para la subjetividad de la Sra. V., la suficiente intensidad como para evidenciar un estado de perturbación emocional por acarrear modificaciones en diversas áreas de despliegue vital: corporal, emocional, laboral y social*”, por lo que consideró que la actora presenta un “*desarrollo reactivo*”, correspondiéndole un 25% de incapacidad psíquica (cfr. fs. 710/713).

IX. Que no puede perderse de vista que, a la luz de las pruebas aportadas, se advierte que en el caso de autos el contexto fáctico en el cual se produjo el cese de la contratación de la actora guarda similitud con el de un supuesto de acoso laboral.

Sobre el particular, cabe traer a colación los fundamentos que expuse en mi voto —al que adhirió mis distinguidos colegas de Sala— en el precedente “*C., M. L. —Reservada— c. Defensor del Pueblo de la Nación s/ Empleo Público*”, Causa N° 14404/2009, del 03/04/2014. En efecto, en aquella oportunidad puse de relieve —al igual que en el caso *sub examine*— que se configuraba una situación de “*mobbing*” o acoso laboral vertical (comúnmente designado “*bossing*”), en tanto se encuentran probadas de manera directa “*conductas reiteradas que tienden a la destrucción anímica y psíquica del acosado*” (Gonzalez Pondal, Tomás Ignacio, *Mobbing. El acoso psicológico en el ámbito laboral*, 2ª ed. act., BdeF, Buenos Aires, 2012, p. 8). Ello así, toda vez que en el presente caso el cuadro descrito da cuenta de comportamientos de los superiores lesivos de su integridad (v.gr.: maltrato, persecución, hostigamiento, etc.), que no pueden calificarse como episodios esporádicos, sino como maltratos reiterados y sistemáticos de los cuales se infiere una intencionalidad degradante para la accionante (cfr. notas definitivas propuestas por Ivanega, Miriam, “*Mobbing, acoso y discriminación en el empleo*”, LA LEY, T. 2012-C, p. 826). También se han propuesto como rasgos característicos del “*mobbing*” la repetición de las conductas abusivas y la relación de asimetría o desigual dada entre las dos partes (Ahuad, Ernesto J., “*El proceso de formación del bossing/mobbing y su manifestación en el ámbito de las relaciones laborales*”, Revista de Derecho Laboral, Lexis Nexis, T. 2006-A, p. 48), ambas circunstancias presentes en esta causa.

En función de lo expuesto, corresponde revocar en este aspecto la sentencia de grado. En este sentido, cabe señalar que para considerar que no se encontraba acreditado el “*mobbing*”, el Juez de grado tuvo en cuenta que no se habían formulado denuncias ante la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y en la Asociación de Trabajadores del Estado. Sin embargo, se advierte que la inexistencia de una denuncia por acoso no puede bastar para desestimar una situación como la aquí descripta.

Tampoco obsta a la solución propiciada que en la causa penal N° 11.813/13, “*N.N. s/ usurpación de autoridad*”, haya ordenado —con fecha 08/09/2015— el archivo de las actuaciones, por no constituir delito los sucesos denunciados (cfr. fs. 785/791 vta.), cuestión que fue valorada por el magistrado para fundar el rechazo de la existencia de “*mobbing*”. En efecto, cabe poner de relieve que el propio juez penal manifestó que había tomado conocimiento de eventos conflictivos entre la actora con sus superiores en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, que habrían motivado la falta de renovación de su contrato. A su vez, expresó que “*dichas circunstancias escapan a la competencia del fuero penal, siendo cuestiones que deberán ser ventiladas, en su caso, ante la justicia laboral*” (cfr. fs. 790 vta./791).

X. Que, habiendo determinado la existencia de “*mobbing*”, corresponde establecer la cuantía de la reparación del daño moral, requerido por la parte actora en su escrito de inicio. En cuanto a la procedencia de dicho rubro indemnizatorio, cabe recordar que este perjuicio se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quienes lo sufren, y que su valuación no está sujeta a cánones estrictos. Corresponde, por ende, a los jueces de la causa establecer su procedencia, y en definitiva, el *quantum* indemnizatorio tomando en cuenta para ello, la gravedad de la lesión espiritual sufrida (esta Sala *in rebus*: “*Putallaz, Víctor O. c. Estado Nacional —M. Justicia de la Nación— s/ daños y perjuicios*”, del 14/06/2006; “*Safdie, Moisés c. EN —M. Interior— Sec. Seguridad PFA s/ daños y perjuicios*”, del 17/08/2007; “*Mauro, Horacio c. EN M. Defensa —I.A.F.- Dto. 737/03 s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg.*”,

del 06/10/2011; y “*Blanco, Alberto c. Anses s/ daños y perjuicios*”, del 18/02/2015).

Sobre esa base, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los padecimientos sufridos por la actora, estimo apropiado fijar el importe correspondiente a la indemnización en concepto del rubro analizado en la suma de pesos doscientos mil (\$200.000.-), con más los intereses calculados a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, la cual se compadece con la doctrina del Más Alto Tribunal (conf. CSJN, Fallos: 315:158, *in re*: “*YPF c. Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ cobro de pesos*”, del 03/03/1992), la cual fue reiterada en numerosas oportunidades (cfr., doctrina de CSJN, Fallos: 315:992; 323:847; 328:2954, entre muchos otros). Atento a que no puede fijarse una fecha exacta del comienzo de los eventos aquí referidos, la tasa de interés se aplicará desde el día 31/12/2013, fecha en que operó el cese del contrato de la actora, hasta su efectivo pago.

XI. Que, finalmente, en lo que respecta a los agravios esgrimidos por la demandada referidos al modo en que fueron impuestas las costas del proceso, encuentro pertinente señalar que, como pauta general, el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota (CSJN, Fallos: 323:3115; 325:3467); y quien pretenda exceptuarse de esa regla debe demostrar acabadamente las circunstancias que justificarían el apartamiento de ella (CSJN, Fallos: 312:889).

Asimismo, vale recordar que, si bien es posible reconocer excepciones a la regla del artículo 68 del Cód. Procesal en las condiciones que se establecen en el segundo párrafo de la misma norma, al facultarse a los jueces a eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, por decisión fundada (CSJN, Fallos: 311:809 y 317:1640, entre otros), no lo es menos que la adopción de tal temperamento requiere comprobar que el tema debatido en el juicio es discutible y de singular complejidad (CSJN, Fallos: 280:176, considerando 14º de la mayoría y 17º de la disidencia) o la cuestión es novedosa de tal modo que todo ello ha podido generar en la parte la creencia de que su pretensión era, al menos, opinable (esta Sala, *in re*: “*Morales, Silvia M. c. EN - PEN - AFIP - Resol. 3212/2011 s/ amparo ley 16.986*”, Causa N° 30.272/12, del 20/12/2012).

De otro lado, cuando la controversia consiste en reclamos indemnizatorios, constituye principio general que las costas causídicas deber ser soportadas por la parte que opuso una negativa absoluta a la acción deducida, incluso cuando la demanda no prospere íntegramente o el resarcimiento se fije en una suma inferior a la reclamada, porque participan de la índole resarcitoria de la acción por daños y perjuicios (CSJN, Fallos: 205:209; 217:76, entre otros; esta Sala, *in re*: “*Perez, Rodolfo H. y otros c. GCBA y otros s/ Daños y perjuicios*”, Causa N° 25.099/2007, del 20/12/2018).

Así las cosas, toda vez que no se advierten circunstancias objetivas que justifiquen la exoneración, máxime cuando no hay duda alguna de que el Estado Nacional ha resultado sustancialmente vencido en la acción indemnizatoria promovida, corresponde desestimar los agravios deducidos, por lo que corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto impuso las costas del proceso al Estado Nacional (art. 68, primera parte, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En lo que respecta a las costas de esta Alzada, por razones análogas, se deduce que deben ser impuestas a la demandada vencida (art. 68, primera parte, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En mérito de lo expuesto, voto por: (i) confirmar la sentencia en punto al reconocimiento de la indemnización prevista en el art. 11 de la ley N° 25.164; (ii) revocar el fallo en punto a la desestimación de la indemnización por “*mobbing*”, la que se admite en esta instancia y, en consecuencia, se reconoce la suma de pesos doscientos mil (\$200.000.-) a favor de la accionante en concepto de daño moral, con más los intereses calculados a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, desde el día 31/12/2013 hasta la fecha de su efectivo

pre: la gente se enferma, sufre incapacidades permanentes y se muere por jefes acosadores y siniestros. Reitero, el término correcto para esta problemática es torturas psicológicas en el ámbito de trabajo.

Por otra parte, la sentencia realiza un examen insuficiente de la prueba. En efecto, este fenómeno sigiloso, secreto y no hablado no puede ser apreciado con los parámetros comunes de la prueba.

Sin perjuicio de ello, este fallo nos permite dar un gran paso, pues son muy pocos los fallos que ha pronunciado la Cámara Contencioso Administrativo Federal. En fin, esta sentencia nos permite avizorar un intersticio de esperanza y que el camino para erradicar las torturas psicológicas en el ámbito de trabajo se puede y se debe transitar.

Cita online: AR/DOC/2033/2019

— Si es necesario hacer un curso, quedás postergado.

— Las vacaciones nunca te las podés tomar en época estival, como lo hace la mayoría, y siempre se aducen cuestiones de servicio.

— No podés ingresar a ciertos lugares, mientras otros sí pueden hacerlo.

— Sufrís de insomnio.

— Empezaste a tener problemas estomacales.

— Se te empezó a caer el pelo.

— Te enfermás continuamente.

— Tenés ansiedad.

— Planteaste tu situación en el área de recursos humanos y la respuesta fue el silencio.

— Se te dejan notas, que siempre ves al inicio de la jornada laboral: “Debes presentarte en tal lugar”, “Lo que ayer se te pidió lo quieren para dentro de una hora”, “Tenés que compensar minutos de la semana pasada”.

— Se te aplicaron sanciones disciplinarias desproporcionadas.

— Se descalifica tu trabajo, y se te dejan notas en los que debes reformularlos.

— Se te dio una orden ilegítima o injusta y te opusiste, por lo que se te cambió de tareas y te amenazan con el despido, o bien te despedieron.

Los ejemplos pueden ir *ad infinitum*; lo que quiero dejar en claro es que los indicios son fundamentales para probar esta cuestión.

Por lo demás, es usual que la salud de la víctima se vea afectada a partir de estos ataques, silenciosos y secretos.

Es conveniente consultar rápidamente con un profesional médico que dé cuenta de esta situación, cuyo informe será importante para la prueba.

XI. El valor del fallo

Este fallo, si bien admite la existencia de torturas psicológicas en el ámbito de trabajo, creo que no profundiza respecto de la denominación (*mobbing*). Este aspecto es crucial, pues con una correcta denominación podremos avanzar hacia la tipificación de este verdadero delito. Si seguimos creyendo que las situaciones que padecen los trabajadores es un mero acoso, seguiremos encubriendo la verdadera naturaleza de lo que ocurre. Por lo demás, corresponde recordar que no nos damos cuenta de la prodigiosa diversidad de juegos que produce el lenguaje porque su revestimiento hace que todo parezca igual. *Mobbing* y torturas psicológicas son cosas distintas, aunque creamos que son cosas iguales. Digámoslo de una vez y para siem-

pago; (iii) desestimar el recurso interpuesto por el Estado Nacional; (iv) imponer las costas de esta instancia a la vencida (art. 68, primera parte, del Cód. Procesal).

Los doctores *Argento* y *Grecco* adhieren al voto del vocal preopinante.

En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: (i) confirmar la sentencia en punto al reconocimiento de la indemnización prevista en el art. 11 de la ley N° 25.164; (ii) revocar el fallo en punto a la desestimación de la indemnización por “*mobbing*”, la que se admite en esta

instancia y, en consecuencia, se reconoce la suma de pesos doscientos mil (\$200.000.-) a favor de la accionante en concepto de daño moral, con más los intereses calculados a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, desde el día 31/12/2013 hasta la fecha de su efectivo

pago; (iii) desestimar el recurso interpuesto por el Estado Nacional; (iv) imponer las costas de esta instancia a la vencida (art. 68, primera parte, del Cód. Procesal). Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse. — *Jorge E. Argento*. — *Carlos M. Grecco*. — *Sergio G. Fernández*.



JURISPRUDENCIA

Prueba de peritos

Pedido de sustitución del organismo encargado de realizar la pericia. Rechazo del pedido de recusación.

El pedido de sustitución del organismo designado para la realización de la pericia contable en la causa —el Consejo Vial Federal— debe ser rechazado, pues el cuestionamiento se fundó en un plano conjetural insuficiente para justificar una causal de recusación por imparcialidad, por haber mantenido un pleito con aquel, máxime si se tiene en cuenta que esta prueba no reviste, en principio, el carácter de vinculante —art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com.— y las posibilidades de las partes para desvirtuarlo, si correspondiere.

121.997 — CS, 14/05/2019. - Provincia de San Luis c. Estado Nacional s/ cumplimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/10219/2019]

Buenos Aires, mayo 14 de 2019.

Considerando: 1º) Que a fs. 279 la parte actora impugna o solicita la sustitución del organismo designado para la realización de la pericia contable —el Consejo Vial Federal—, con sustento en que ha mantenido un largo pleito con esa entidad vinculado con aspectos relativos a la ejecución de obras en la Ruta 7 y, por tanto, considera que no están dadas las condiciones que garantizan la imparcialidad de la prueba a rendir.

2º) Que de la compulsión del trámite las actuaciones, se desprende que la designación del organismo cuestionado en los términos del art. 2º del decreto 1204/2001 y luego del procedimiento seguido a partir de la audiencia de la que da cuenta el acta de fs. 178 (ver fs. 199/200, 202/203, 217, 221/222 y 223/224), fue consentida por ambas partes, así como la de los contadores individualizados para cumplir el cometido; se solicitaron prórrogas para indicar las fechas y horarios para que las partes pongan a disposición de esos profesionales la documentación necesaria e, inclusive, la actora gestionó el pedido de fondos para atender al pedido de adelanto de gastos solicitados por los expertos (conf. fs. 245, 250/251, 252, 262, 264/265, 268, 271, 274, entre otras).

3º) Que, en rigor, el pedido importa un pedido de recusación en los términos de los arts. 465 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y, como tal, resulta extemporáneo, por lo que no puede progresar (Fallos: 330:51).

4º) Que, desde otra óptica y atendiendo a la naturaleza del organismo oficial designado para producir el peritaje en los términos del citado art. 2º del decreto 1204/2001, cabe remarcar que el cuestionamiento para pedir su sustitución, se funda en un plano meramente conjetural que resulta insuficiente para justificar una causal de recusación como se pretende. Máxime, si se tiene en cuenta que la prueba pericial en nuestro sistema no reviste —en principio— el carácter de prueba legal vinculante, de acuerdo con lo prescripto por el art. 477 del código citado; y las posibi-

lidades que el ordenamiento procesal brinda a las partes para desvirtuar sus conclusiones, si correspondiere.

Por ello, se resuelve: Rechazar el pedido de sustitución formulado a fs. 279. Notifíquese. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Horacio Rosatti*.

Libertad condicional

Pronóstico dudoso de reinserción. Dictamen del Consejo correccional favorable. Deber de ponderación. Calificaciones de conducta.

1. - Un interno debe ser incorporado al régimen de libertad condicional pese a que el Servicio Criminológico concluyó en que existía respecto de él un pronóstico dudoso de reinserción, pues debe considerarse la opinión unánime del Consejo Correccional en sentido favorable a que se le otorgue el beneficio con control postpenitenciario más riguroso, en atención a las calificaciones que ostenta en conducta y concepto y la fase de progresividad que transita.

2. - El incumplimiento de las actividades educativas, tales como inasistencias reiteradas a las clases, por ser actividades voluntarias para el interno, no pueden presentarse como un impedimento para su incorporación al régimen de la libertad condicional.

121.998 — CNCas. Crim. y Correc., sala II, 14/06/2019. - M., A. s/ incidente de libertad condicional.

[Cita on line: AR/JUR/18031/2019]

Buenos Aires, junio 14 de 2019.

Resulta: I. El 28 de febrero de 2019, el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 de esta ciudad resolvió no hacer lugar a la incorporación de A. M. al régimen de la libertad condicional (cfr. fs. 235/243 vta. del principal).

Para así decidir, la magistrada tuvo en cuenta los informes producidos por el Servicio Criminológico de la Cárcel de Esquel “Subcalde Abel Rosario Muñoz” (U. 14) obrantes en copia a fs. 84/85.

Por lo mencionado, consideró que M. no reunía la totalidad de los requisitos establecidos en el art. 13 del Código Penal (CP) para la incorporación al régimen de libertad condicional.

II. Contra esa decisión, el Defensor Público Oficial, Pablo Corbo, a cargo de la Defensoría Oficial N° 1 ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, interpuso recurso de casación, el cual fue concedido —cfr. copia obrante a fs. 106— y mantenido —cfr. fs. 110—.

La recurrente canalizó sus agravios por vía de ambos incisos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

En primer lugar, alegó una errónea aplicación de la ley sustantiva, en lo referido a los arts. 13 y ss., CP. Para ello, sostuvo que el *a quo* rechazó la incorporación de M. al régimen de libertad condicional a pesar de que el nombrado reunía todos los requisitos exigidos por la ley.

Por otro lado, la defensa alegó que la decisión impugnada carecía de la fundamentación exigida por el art. 123, CPPN. En particular, sostuvo que el *a quo*, no presentó razones suficientes para el rechazo a la incorporación al régimen en cuestión. Consecuentemente, solicitó que se declare la nulidad de la decisión impugnada y se dicte un resolutorio favorable a la solicitud de M.

III. Al realizarse el análisis de admisibilidad, la Sala de Turno de esta Cámara decidió remitir el caso a la oficina judicial para que lo asigne a una sala del tribunal y le otorgó el trámite previsto en el art. 465 del CPPN (vid. fs. 112).

IV. Ya sorteada esta Sala II, en el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, el Defensor Público Coadyuvante, Rubén Alderete Lobo, precisó los argumentos presentados en el recurso de casación (cfr. fs. 115/117).

V. El 31 de mayo del corriente año, se celebró la audiencia prevista en el art. 468 en función de lo estipulado en el 465, CPPN, a la que comparecieron y argumentaron su posición el defensor oficial Rubén Alderete Lobo y como parte no recurrente, en representación del Ministerio Público Fiscal, Diego García Yomha.

VI. Finalizada la audiencia, el tribunal pasó a deliberar conforme lo establecido en el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente. Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

Los doctores *Morin* y *Sarrabayrouse* dijeron:

1. El 11 de diciembre del año 2018, el Consejo Correccional se expidió de manera unánime en sentido favorable a la incorporación de M. al régimen de libertad condicional. Aun así, con respecto al pronóstico de reinserción social, la Sección Servicio Criminológico indicó que éste sería dudoso —cfr. copias de fs. 206/208 vta.—.

Frente a esa circunstancia, la jueza de ejecución requirió que el Servicio Criminológico ampliara los fundamentos de su informe e indique por qué frente a la opinión favorable unánime del órgano colegiado —para la incorporación de M. al régimen—, su conclusión de pronóstico de reinserción social era “*dudoso*”.

En respuesta a eso, el 6 de febrero del corriente año, esa sección ratificó su dictamen e indicó que se expedía de manera favorable a la incorporación. Aun así, con respecto al pronóstico de reinserción, destacó que si bien M. había registrado progresos notables en el área de psicología, también demostró dificultades en las áreas de educación y seguridad interna. Frente a estas últimas circunstancias, el Consejo Correccional lo había exhortado a que mejorase en esos aspectos,

lo cual le impidió que se le modifique el pronóstico de reinserción social de dudoso a positivo —cfr. fs. 229/231 del principal—.

A su vez, se indicó que atento a la circunstancia de que M. no había podido usufructuar de egresos anticipados, se consideraba pertinente continuar un seguimiento pospenitenciario, con el fin de continuar profundizando el trabajo iniciado en contexto de detención, especialmente lo relacionado con el consumo de sustancias psicoactivas.

2. Para resolver el caso, es preciso señalar aquello que sostuvo la Sección Servicio Criminológico en su primera intervención; concretamente que M. poseía “...*como última calificación Conducta: Ejemplar Nueve (09) y de Concepto: Bueno Cinco (05). En tal sentido, en distintas áreas que intervienen en el tratamiento penitenciario resolvieron aumentar su calificación de conducta por no contar con sanción disciplinaria en el período evaluado, y mantener su guarismo de concepto, debiendo mejorar en el cumplimiento de las normas y regularizar su concurrencia a clases ya que de no ser así tendrá incidencia en su próxima calificación conceptual. De todo lo actuado, y a tenor de los nuevos guarismos calificadorios correspondientes al mes de diciembre del año en curso surge que a la fecha, el encartado continúa reunido con la totalidad de los requisitos legalmente estipulados para acceder al presente beneficio, reflejado ello en los guarismos calificadorios que ostenta, así como también en la fase de la progresividad por el que transita, por lo que ésta instancia se expide de manera Favorable, respecto a la incorporación del interno al Período de libertad condicional*”.

3. Sentado lo expuesto, se advierte que el *a quo* sustentó el rechazo de la solicitud de incorporación al instituto de la libertad condicional de M. principalmente en el pronóstico de reinserción social dudoso que surgía del informe técnico criminológico. Sin embargo, ignoró la opinión unánime del órgano colegiado en sentido favorable y las indicaciones de un control pospenitenciario más riguroso.

Se observa que ese pronóstico dudoso se sustenta en la situación que M. atraviesa en dos áreas: Educación y Seguridad Interna.

Con respecto a la primera, del Acta N° 559/18 CC (U. 14) surge que M. “...*se encontraba cursando el segundo año del nivel secundario. En tal sentido, perdió la regularidad de la cursada, y definirá su situación en el presente mes de diciembre, encontrándose en vías de cumplimiento del objetivo fijado. En tal sentido no cumplió con el mínimo de asistencia, en ocasiones prestó atención en clase, intentando involucrarse*”.

Por otro lado, se destacó la problemática de M. en el área de Seguridad Interna. En el acta ya referida, se observa lo siguiente: el nombrado, “...*si bien no fue posible de ninguna clase de sanción disciplinaria, se encuentra en vías de cumplimiento de los objetivos fijados habiendo registrado observaciones por contestar en forma inadecuada al momento de respetar el régimen interno (horarios); realizar peticiones de manera incorrecta (pide cosas evitando los controles reglamentarios), y le cuesta respetar los horarios reglamentarios de la televisión, demandando constantemente la extensión del mismo*”.

3.1. Ahora bien, como se dijo en los precedentes “López, Maximiliano” (1) y “Villalba Pinto” (2) los informes de la autoridad penitenciaria sirven como una herramienta que contribuye a formar la convicción del juez que resuelve la incidencia.

A su vez, el magistrado, al controlar su objetividad y razonabilidad, se encuentra facultado para apartarse de sus conclusiones, tanto para denegar como para conceder el instituto; siempre que lo haga fundadamente.

Con respecto a la primera de las cuestiones, como se ha dicho en el precedente “Bagnato” (3), toda vez que la educación es una actividad de carácter voluntario para el condenado, el incumplimiento de los objetivos

propuestos por esa área no puede presentarse como un impedimento para su incorporación al régimen de libertad condicional.

Por otro lado, acerca de lo informado por la División Seguridad Interna, y tras tomar conocimiento de las circunstancias que motivaron las observaciones negativas, asiste razón a la defensa en cuanto a que resultan extremos irrelevantes y de escasa incidencia. Máxime cuando no revistieron suficiente entidad como para conllevar una sanción disciplinaria.

En un mismo orden de ideas, no puede dejarse de destacarse, como lo hizo el *a quo*, los progresos que realizó M. en el área de Psicología. En particular, se señaló que el nombrado

“...realiza las consultas pertinentes en caso de padecer algún síntoma de enfermedad. Realiza el tratamiento indicado por el profesional que lo atiende y cumple con tomar la medicación indicada. No fue apercibido por no observar las normas de higiene que de algún modo pondrían en riesgo su salud o la de terceros. Desde Psicología, ha logrado controlar su impulsividad de modo intermedio. Ha logrado parcialmente reflexionar sobre lo disvalioso de su accionar delictivo. Interno que asiste al programa [Asistencia Grupal de las Adicciones] desde el mes de octubre de 2017, encontrándose incorporado a la Fase I. En el trimestre asistió al A. G. A. también en forma individual, mejorando notablemente su predisposición, logrando una buena vinculación con sus pares y logrando responsabilizarse de su conducta de consumo”.

4. Asimismo, otro de los elementos mencionados por la jueza para rechazar la incorporación, fue la fase en la cual se encontraba M. En este aspecto, consideró que, a pesar de haber sido incorporado por un tiempo prolongado al régimen de libertad condicional, el nombrado no logró superar la Fase de Consolidación, y que, incluso registró un retroceso en 2018 —el cual fue recientemente compensado—.

Acercado de ello, lo cierto es que la ley no exige como requisito de procedencia para la incorporación al régimen de libertad condicional que el interno se encuentre en tal o cual fase o que haya permanecido en ella por determinada cantidad de tiempo. Es por eso que la mera enunciación del *a quo* sobre este extremo no hace más que demostrar un recorte parcializado que tampoco denota la entidad suficiente para justificar el rechazo de la incorporación.

5. Por lo expuesto, si bien es cierto que M. cuenta con un pronóstico de reinserción social dudoso, la fundamentación de la conclusión de la autoridad penitenciaria explica los avances y retrocesos del nombrado, lo que permite observar que dictaminó en sentido favorable. Incluso, la sección del Servicio Criminológico asegura que el interno pudo progresar —destacando su desempeño en el área de Psicología— y afirma la necesidad de un tratamiento pospenitenciario exhaustivo, porque no gozó de salidas anteriores, lo cual termina avalando el egreso anticipado (ver fs. 61). En un mismo sentido, debe

considerarse que esa opinión favorable fue sostenida de forma unánime por el resto de las áreas.

6. Así las cosas, se advierte que A. M. cumple con los requisitos establecidos en el art. 13, CP para su incorporación al régimen de libertad condicional: excedió el requisito temporal de acuerdo con la pena impuesta, no fue declarado reincidente, no existen procesos en los que interese su detención, registra un buen concepto, y cuenta con un informe favorable del Consejo Correccional, por lo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la resolución recurrida y conceder la libertad condicional al nombrado, debiendo, la jueza de ejecución fijar las reglas que recojan las observaciones vertidas por el Consejo Correccional acerca de su desarrollo pospenitenciario, de conformidad con lo previsto en el art. 13, CP —en particular, el inc. 6º—. Sin costas, atento al resultado arribado (arts. 13 y ss., CP; 455, 456, 465, inc. 1, 468, 469, 470, 491, 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional resuelve: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, Casar la resolución obrante en copia a fs. 89/97 vta. Incorporar al régimen de libertad condicional a A. M. y remitir las actuaciones al *a quo* para que fije las reglas que recojan las observaciones vertidas por el Consejo Correccional acerca de su desarrollo pospenitenciario y libere el acta pertinente de conformidad al art. 13, CP —en particular, el inc. 6º—, sin costas (arts. 13 y ss., CP; 455, 456, 465, inc. 1, 468, 469, 470, 491, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia de que, conforme surgió de la deliberación y en razón del voto coincidente de los doctores *Sarrabayrouse* y *Morin*, el doctor Pablo Jantus no emite su voto, por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo del CPPN (texto según ley 27.384, B.O. del 2 octubre de 2017). Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100) y remítase al juzgado de procedencia, quien deberá notificar personalmente al imputado; sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Daniel Morin*. — *Eugenio C. Sarrabayrouse*.

{ NOTAS }

(1) Sentencia del 15/07/2015, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Bruzzone, reg. N° 244/15.

(2) Sentencia del 12/03/2019, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, reg. N° 209/19.

(3) Sentencia del 09/08/2017, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, reg. N° 661/17.

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.

ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

2da edición

Demetrio Alejandro Chamatropulos



 2 tomos + eBook

En esta nueva edición, se incorporaron más citas doctrinarias nacionales y extranjeras y nuevos precedentes jurisprudenciales de Argentina y del exterior de interés para nuestra materia.

Se incorporaron fallos que hasta el momento no están publicados en bases de jurisprudencia. Asimismo, el lector encontrará casi 3.300 citas al pie a lo largo de este libro en donde encontrará explicaciones complementarias así como también soporte normativo, jurisprudencial y doctrinario de los contenidos incluidos.

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

the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página de  **LinkedIn** con **contenido específico** para Abogados

 ThomsonReutersLaLey
 @TRLaLey
 ThomsonReutersLatam

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, secretaria N° 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta Ciudad, informa que YOSMAR ARIBETH LOZADA GRATEROL de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.560.735 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que

tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.
Buenos Aires, 11 de abril de 2019
María Lucía Koon, sec. int.
LA LEY: I. 23/07/19 V. 24/07/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que GERARDO ENRIQUE ORDOÑEZ HERNANDEZ de nacionalidad venezolana con DNI 94.845.006 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá

ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 15 de mayo de 2019
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 23/07/19 V. 23/07/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que JOSE ANTONIO CORREIA SANOJA de nacionalidad venezolana con DNI 95.659.555 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 4 de junio de 2019
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 23/07/19 V. 23/07/19

El Juzg. Nac. de 1ra. Instancia en lo Comercial Nro. 9 a cargo de la Dra. Paula M. Hualde, Sec. N° 17 a mi cargo, sito en M. T. de Alvear 1840, piso 4º CABA, hace saber por cinco días que en los autos

“SHEDDEN, JOSÉ MARÍA s/CONCURSO PREVENTIVO” (Exp. Nro. 15357/2019) con fecha 31/05/2019 se presentó en concurso preventivo JOSÉ MARÍA SHEDDEN –CUIT 20055049832– con domicilio en Dr. Muñiz N° 830 de Luján, Pcia. de Buenos Aires, habiéndose dispuesto la apertura el 25/06/2019. Se hace saber a los acreedores que podrán presentar al síndico Estudio Fizzani y Asociados –con domicilio en Plaza 2176 y tel: 4542-1167–, los títulos justificativos de sus créditos hasta el 25/09/2019 –oportunidad en que deberán acompañar copia de su DNI o constancia de CUIT/CUIL–. Dentro de los siete días del vencimiento del período de observación de créditos, podrán presentar al síndico una contestación a las observaciones formuladas. El síndico presentará los informes que disponen los arts. 35 y 39 LCQ los días 07/11/19 y 20/12/19 –respectivamente–. La fecha para dictar el auto verificador vence el 22/11/19. La audiencia informativa se llevará a cabo el 07/07/20 a las 12 hs., en la sala de audiencias del tribunal.

Buenos Aires, 2 de julio de 2019
Claudio F. Marjanovic Telebak, sec.
LA LEY: I. 18/07/19 V. 24/07/19