

Editorial



Marcos Mauricio Córdoba

Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Académico de universidades nacionales en Argentina y profesor de doctorado en países de Europa y América. La República de Italia, el Tribunal Constitucional de la República del Perú y el Senado de la Nación de Argentina Le han otorgado las máximas honoríficas por su obra jurídica.

Este nuevo número de nuestra *Revista* cumple con la finalidad, establecida cuando se la concibió, de organizar la transmisión del pensamiento de las mentes más lúcidas de países que se transfieren recíprocamente ideas sociales, y no solo jurídicas, en un proceso en el que se incorporan las ajenas como derecho interno.

Como señalamos en la editorial del primer número, la “internacionalización” no refiere a un conjunto de principios y normas destinados a regular las cuestiones que surgen de la vida internacional a causa de la coexistencia paralela de diversos órdenes jurídicos. La internacionalización implica la incorporación de lo externo. Persigue la finalidad de lograr el auxilio mutuo. Seguimos aquí la idea de Ihering al considerar que el aislamiento es el crimen capital de las naciones, porque la ley suprema de la historia es la comunidad. La lengua, las artes, las costumbres, en suma, la civilización de un pueblo, su individualidad o nacionalidad son productos de innumerables acciones ejercidas por el mundo exterior o de prestaciones de este. Este antiguo proceso se ha visto incrementado en la era de la denominada globalización, es

decir, de la atribución de carácter mundial de ciertas circunstancias, y posteriormente se ha visto abonado y fervorosamente energizado por la reciente crisis de salud del COVID-19.

Tenemos el orgullo de presentar en este número la obra de tres autores de la más alta jerarquía internacional: el profesor italiano Mauro Tescaro, doctor en “Investigación del Derecho Privado Europeo de las Relaciones de Propiedad” con una extensa actividad en universidades y organismos académicos de España, Francia, Austria, Alemania, Reino Unido, China, Brasil y Estados Unidos, por lo que su visión ciertamente aporta a la internacionalización del derecho; el profesor alemán Markus Finn, titular de la Cátedra de Derecho Sanitario de la Universidad de Hof, y encargado de la Charité —Universitätsmedizin Berlin—, y de la Medizinische Hochschule Brandenburg Theodor Fontane, cuyo conocimiento del tema en Alemania, como así también en otros países, habilita un intercambio intelectual de enorme valía y los profesores brasileños Érico Andrade y Leonardo Parentoni de la Universidad Federal de Minas Gerais cuya visión de un instituto indispensable del Derecho Comercial resulta de actualidad y relevancia.



Alejandro Laje

Posdoctorado de Investigación en la Universidad de Regensburg, Alemania. Es Doctor en Derecho (UCES, 2011) y Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, 1987). Máster en Humanidades (*Stanford University*, 2014) y MBA (IAE-Universidad Austral, 1990). Tiene publicaciones en revistas jurídicas indexadas en Scopus, Scielo y DOAJ.

El texto del profesor Tescaro ofrece un análisis del art. 74 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías que contiene una norma sobre la previsibilidad del daño. Considera el autor que dicha norma habilita una interpretación que resulta interesante también para Argentina y otros países. Desarrolla algunas directrices del ámbito internacional que podrían brindar sugerencias útiles de interpretación, incluso fuera del ámbito de aplicación del Convenio.

Markus Finn aborda la problemática de la responsabilidad civil médica en Alemania, que distingue entre la responsabilidad por errores de tratamiento y por falta de información. Analiza sistemáticamente diferentes supuestos como el caso del consentimiento inicial por tratamientos permanentes —como para la prolongación médica de la vida— que puede eventualmente perder su validez cuando cambian las circunstancias relevantes. Ofrece una alternativa a la jurisprudencia alemana actual respecto a la posibilidad de una indemnización por daño personal determinado en una manera normativa-subjetiva desde la perspectiva del paciente y la resarcibilidad de daños materiales, cuando se carezca

de consentimiento válido y/o indicación médica.

Los profesores Andrade y Parentoni brindan una visión general de la teoría de la entidad jurídica en Brasil, destacando las modificaciones más importantes que ocurrieron en los últimos años. Asimismo, brindan una visión del panorama legislativo brasileño, destacando algunos temas controvertidos relacionados, que están en el centro de las discusiones actuales en la jurisprudencia y literatura jurídica en Brasil.

Este nuevo número de la *Revista Internacionalización del Derecho* se constituye así en una publicación de textos que responden a los criterios de relevancia social, claridad conceptual, innovación técnica, rigor metodológico y utilización de fuentes confiables que inspiró su creación.

Como lo establece nuestro reglamento, los textos recibidos fueron sometidos a evaluación por pares expertos de la más elevada jerarquía internacional bajo la modalidad doble ciego (anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación).

Cita online: TR LALEY AR/DOC/333/2024

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

La previsibilidad de los daños en la Convención de Viena (¿y no solo?)

2



Mauro Tescaro

Doctor en investigación del “Derecho Privado Europeo de las Relaciones Patrimoniales” (en el año 2006, tutor Prof. Alessio Zaccaria), invitado

para investigaciones y/o docencia en universidades y organismos académicos de España, Francia, Austria, Alemania, Reino Unido, China, Brasil y Estados Unidos de América, miembro del Consejo Docente del Doctorado ítalo-alemán en “Recht und Rechtsdurchsetzung in Europa”, promotor del Doctorado ítalo-brasileño en “Derecho, cambios y tecnologías en los continentes europeo y americano”, Académico Pleno de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones, miembro del Comité Científico del Observatorio de las Personas y las Familias del Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos (CSGLA) de la Universidad de Roma “Tor Vergata” y Profesor Asociado —con calificación científica nacional como profesor titular— de derecho privado de la Universidad de Verona.

¿Indemnización por prolongación médica de la vida? Una concepción de la responsabilidad civil médica alternativa a la solución jurisdiccional en Alemania

4

Compensation for a medical prolongation of life? An Alternative Concept of Medical Liability to German Jurisprudence



Markus Finn

Profesor titular de la Cátedra de Derecho Sanitario de la Universidad de Hof, Profesor encargado de la Charité —Universitätsmedizin Berlin, Profesor encargado de la Medizinische Hochschule Brandenburg Theodor Fontane.

La superación de la personalidad jurídica en el Derecho Brasileño

11

Aspectos sustantivos y procesales



Érico Andrade

Doctor en Derecho Procesal. Profesor de Derecho Procesal de la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Visitante de la Università degli Studi di Trento y de la Università degli Studi di Verona.



Leonardo Parentoni

Doctor en Derecho Comercial. Fundador y coordinador del Área de Investigación en Derecho, Tecnología e Innovación del Programa de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UFMG. Profesor de Derecho en la UFMG. Fue miembro de la composición original del Consejo Nacional de Protección de Datos Personales y de la Privacidad de Brasil (CNPD), designado por la Presidencia de la República.

Homenaje a Augusto Ferrero Costa



En el año próximo pasado se produjo la desaparición física del magnífico jurista Augusto Ferrero Costa quien nos honró, poniendo a disposición de la *Revista Internacionalización del Derecho*, su dedicada inteligencia, al integrar el Comité Científico de Árbitros.

Como jurista sobresalió, en el ámbito de su país, sus trascendentes presidencias de la Academia Peruana de Derecho y de la Academia Peruana de Ciencias Morales y Políticas. En el ámbito internacional se destacó como miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, como así también como miembro correspondiente

de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de ese país. Fue miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Además, se desempeñó como jurado para la selección de catedráticos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En su trayectoria académica se destacó como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y como Vicerector de la misma Universidad.

En el ámbito político institucional fue Embajador del Perú en Italia y Magistrado del Tribunal Constitucional, del que fue primer vicepresidente y luego presidente.

Su “Tratado de Sucesiones” mereció el elogio público de los más destacados juristas internacionales, entre ellos, Pietro Rescigno, Luis Díez-Picazo y Ponce de León; Diego Espín Cánovas; Guillermo A. Borda; Carlos Fernández Sessarego; entre otros.

Ciertamente Augusto Ferrero Costa expuso muchos talentos y pasiones, arraigados en su sentido de comunidad, que lo han mostrado como una figura cuya obra trascendió el ámbito de su país para beneficiar el interés general internacional.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/334/2024

La previsibilidad de los daños en la Convención de Viena (¿y no solo?) (*)



Mauro Tesaro



Doctor en investigación del “Derecho Privado Europeo de las Relaciones Patrimoniales” (en el año 2006, tutor Prof. Alessio Zaccaria), invitado para investigaciones y/o docencia en universidades y organismos académicos de España, Francia, Austria, Alemania, Reino Unido, China, Brasil y Estados Unidos de América, miembro del Consejo Docente del Doctorado italo-alemán en “Recht und Rechtsdurchsetzung in Europa”, promotor del Doctorado italo-brasileño en “Derecho, cambios y tecnologías en los continentes europeo y americano”, Académico Pleno de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones, miembro del Comité Científico del Observatorio de las Personas y las Familias del Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos (CSGLA) de la Universidad de Roma “Tor Vergata” y Profesor Asociado —con calificación científica nacional como profesor titular— de derecho privado de la Universidad de Verona.

SUMARIO: I. Introducción.— II. El art. 74 de la CISG y la necesidad de una interpretación no nacionalista pero autónoma.— III. La justificación de la norma.— IV. La ausencia de referencia al dolo del deudor.— V. Medición y objeto de previsibilidad.— VI. El tiempo de referencia para el juicio de previsibilidad.— VII. La distribución de la carga de la prueba.— VIII. Conclusiones: ¿un modelo plausible incluso fuera del ámbito de aplicación de la CISG?

I. Introducción

El presente trabajo pretende examinar las directrices presentes a nivel internacional respecto de la norma sobre la previsibilidad del daño a que se refiere el art. 74 de la Convención de Viena de 1980 (CISG), que (1) establece que “La indemnización por daño no puede ser mayor que la pérdida que la parte incumplidora había previsto o debería haber previsto en el momento de la celebración del contrato, teniendo en cuenta los hechos y circunstancias... que entonces conoció o debería haber conocido como posible consecuencia del incumplimiento”.

Un estudio de este tipo es interesante para la aplicación de la CISG en países, como Italia y Argentina, en los que está en vigor, pero podría presentar una razón adicional de utilidad. Si en lo que respecta a la CISG emergen orientaciones internacionalmente dominantes y dotadas de una racionalidad intrínseca, podrían imponerse también fuera del ámbito de aplicación de la Convención, es decir, en lo que respecta a la interpretación de una única ley interna (2), tal vez incluso la de la Argentina. Sin embargo, obviamente esto solo podrá ocurrir después de que se haya verificado cuidadosamente la compatibilidad de dichas directrices con las formulaciones literales y los principios ge-

nerales del derecho interno pertinente. Volvemos sobre esta cuestión en el momento de las conclusiones.

II. El art. 74 de la CISG y la necesidad de una interpretación no nacionalista pero autónoma

Respecto, en primer lugar, al origen histórico del art. 74 de la CISG, no faltan opiniones divergentes.

Según una orientación que se encuentra sobre todo en la jurisprudencia norteamericana (pero no solo en ella), la norma tiene, de hecho, sus raíces en la tradición del *common law* y especialmente en el famoso precedente *Hadley vs. Baxendale*.

Sin embargo, ha quedado ampliamente demostrado (3) cómo, dicha tradición e incluso dicho precedente, han sido, por el contrario, significativamente influidos por las elaboraciones de Pothier y por la experiencia jurídica francesa.

Teniendo esto presente y considerando las diversas diferencias disciplinarias entre la norma de *Hadley vs. Baxendale* y el art. 74 de la CISG (4), no es posible argumentar que los redactores de la Convención desearan exclusivamente una interpretación “nacional”

del concepto de previsibilidad, a la luz de la ley inglesa o estadounidense.

De hecho, como excepción al deber general de interpretar la CISG de forma autónoma, el recurso a la vía de interpretación “nacional” para la exégesis de un concepto, es admisible solo cuando de la historia legislativa se desprende claramente que los redactores de la Convención tenían la intención de adoptar, para interpretar esa norma, ese sentido “nacional”, sin embargo, el simple hecho de que la terminología de una disposición de la CISG corresponda, total o parcialmente, a la de una disposición nacional, no puede ser suficiente para que sea interpretada de la misma manera.

Nuestro concepto, por tanto, como la mayoría de los demás contenidos en la Convención debe interpretarse respetando su “carácter internacional”, como exige el art. 7º, párrafo primero, es decir de forma no “nacionalista” sino “autónoma”. Una sentencia ejemplar del Tribunal de Forlì se basó exactamente en esta línea de pensamiento (5).

III. La justificación de la norma

En cuanto a la razón que justifica la norma sobre previsibilidad del daño a que se refiere el art. 74 de la CISG, si bien no faltan recons-

trucciones doctrinales particulares, existe sin duda una orientación internacionalmente dominante.

En primer lugar, si bien se habla, en la introducción del tema, de una limitación de la responsabilidad que se aparta del principio —deducible de la primera parte del art. 74, CISG— de la reparación integral del daño, que también podría sugerir una regla excepcional, se suele argumentar, sin embargo, que tal marco solo impone un “ausgewogene Balance zwischen den Interessen des Gläubigers und jenen des Schuldners” o sea, un justo equilibrio entre los intereses del acreedor y los del deudor (6).

Dicho esto, la tesis dominante defiende una función de asignación de riesgos de la transacción según la cual sería justo y razonable limitar la responsabilidad por incumplimiento a los daños previsibles en el momento del establecimiento de la relación, es decir, de la conclusión del contrato. La razón es que la parte que posteriormente incumplió pudo, o al menos pudo, en ese momento, haber tenido en cuenta el riesgo que habría corrido y comportarse en consecuencia para protegerse, asegurándose, solicitando una contraprestación mayor o, en su caso, como máximo, renunciando a la operación (7).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El trabajo reproduce, con algunas ampliaciones y con el agregado de un conjunto esencial de notas, un Informe de la Conferencia Internacional “La codificación argentina: influencia europea y particularmente italiana”, celebrada el 19 de octubre de 2023 en el Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos - (CSGLA) de la Universidad de Roma “Tor Vergata” en colaboración con el Máster de II nivel en “Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Contemporáneos”.

(1) Tras precisar que “la indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento de un contrato por parte de una parte contratante consiste en una suma igual a la

pérdida, incluido el lucro cesante, sufrida por la otra parte contratante como consecuencia del incumplimiento”.

(2) Por ejemplo, la italiana, como intentó demostrar el escritor en TESCARO, Mauro “La prevedibilità del danno tra Codice civile e Convenzione di Vienna”, en *Contratto e impresa/Europa*, 2014, ps. 690 y ss., al que también se hace referencia para citas doctrinales y jurisprudenciales más detalladas.

(3) FERRARI, Franco, *Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law*, en *53 Louisiana Law Review*, 1993, ps. 318 y ss.; Id., “Prevedibilità del danno e contemplation rule”, en *Contratto e impresa*, 1993, p. 763 y ss.; Id., “Hadley v Baxendale v Foreseeabili-

ty under Article 74 CISG”, en *Contract damages. Domestic and international perspectives*, editado por Ralph Huntington y Djakhongir Saidov, Oxford, 2008, ps. 305 y sigs.; Id., “Hadley v. Baxendale. La prevedibilità dell’art. 74 CISG”, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, dirigido por Giovanna Visintini, III, *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padua, 2009, p. 365 y ss.

(4) V. FERRARI, Franco, op. último cit., ps. 391 y ss., donde se subraya que el art. 74 de la CISG, a diferencia de la norma de *Hadley v. Baxendale*, exige juzgar solo desde el punto de vista del incumplidor, no de ambas partes, se refiere a la previsibilidad, no a la previsión de los daños,

y, finalmente, habla de los daños como posible consecuencia, ni siquiera como resultado probable del incumplimiento.

(5) Trib. Forlì, 12 de noviembre de 2012, en *Internationales Handelsrecht*, 2013, ps. 161 y ss.

(6) MANKOWSKI, Peter, *sub art. 74 CISG*, en *Münchener Kommentar zum HGB*, vol. 5, 3.ª ed., Múnich, 2013, párr. 2.

(7) En términos similares, ver por ejemplo SCHLECHTRIEM, Peter, “Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers”, en AA. VV., *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf*, Zürich, 1985, ps. 166 y s.

La regla de la previsibilidad, así entendida, parece favorecer las transacciones jurídicas (ya que hace que los riesgos sean manejables y en cualquier caso contiene la responsabilidad que podría surgir de ellos) y, más en general, la eficiencia económica (ya que ahorra costos de negociación y al mismo tiempo impulsa a intercambiar determinada información), pero esta, según la tesis predominante, no es su finalidad, sino solo una consecuencia colateral de su aplicación.

IV. La ausencia de referencia al dolo del deudor

A diferencia del modelo francés y de otros textos nacionales y supranacionales, el art. 74 de la CISG no menciona la conducta dolosa del deudor (para establecer, en ese caso, también la indemnización de daños imprevisibles), ello, con la consecuencia de que el criterio de previsibilidad relacionado asume, sin duda, aplicación general, independientemente de cualquier elemento subjetivo que pueda encontrarse en la persona del deudor (8).

Sin embargo, esta diferencia podría reducirse a la luz del ámbito particular de aplicación de la CISG y del hecho de que la propia CISG no parece excluir radicalmente el recurso a remedios de los ámbitos nacionales o domésticos (9).

Para abordar el problema general de la competencia entre las protecciones legales uniformes y las protecciones domésticas, es necesario partir de los arts. 4º y 5º de la Convención, relativos, respectivamente, a la invalidez del contrato de compraventa internacional y al posible recurso a una acción extracontractual doméstica.

El art. 4º prohíbe a la CISG regular las cuestiones de validez, dejándolas así sujetas al derecho interno aplicable de conformidad con las normas de derecho internacional privado del foro, “salvo disposición expresa en contrario en esta Convención”. Esta excepción debe entenderse en el sentido de que el recurso al derecho interno no está excluido si una disposición de la CISG regula una cuestión específica de nulidad calificándola expresamente como tal, sino si la CISG regula un recurso que por su naturaleza parece excluyente o incluso solo funcionalmente equivalente a la acción de invalidez doméstica abstractamente configurable.

El art. 5º establece en cambio que la CISG no se aplica “a la responsabilidad del vendedor por muerte o lesiones corporales causadas por la mercancía a cualquier persona”, lo que resulta, para estas hipótesis, no en una exención de responsabilidad sino en una indemnizabilidad de acuerdo con la normativa interna aplicable de conformidad con el derecho internacional privado del foro, que podría calificar la acción como contractual o extracontractual. La disposición citada, sin embargo, deja abierto el problema de si el recurso al derecho interno también es posible para el sujeto que ha sufrido daños distintos de aquellos causados por la mercancía y relacionados con la muerte o las lesiones personales, si dicho sujeto no quiere o no puede reclamar daños similares bajo la ley uniforme.

En este sentido, debe negarse la posibilidad de interponer una acción doméstica por responsabilidad contractual, por cuanto la responsabilidad contractual, en lo que respecta a los daños no excluidos del ámbito de aplicación de la Convención en virtud del art. 5º, parece estar regulada de forma exhaustiva por la CISG.

Sin embargo, en lo que respecta a la posibilidad de interponer una acción extracontractual doméstica por daños distintos de aquellos causados por la mercancía y relacionados con la muerte o las lesiones personales, no faltan partidarios de la llamada tesis *Exklusivität des Einheitskaufrechts* (10), pero la orientación mayoritaria, aunque con posiciones diferentes en su seno, parece ser la que considera esencialmente extensible también en este ámbito el criterio de equivalencia funcional antes mencionado (11).

Considerando, de hecho, que la responsabilidad contractual (tanto la contemplada en la CISG como la presente en las legislaciones nacionales individuales) y la responsabilidad extracontractual cumplen funciones diferentes, parece necesario concluir que la aplicabilidad de la CISG a un caso concreto específico no excluye *a priori* la posibilidad de recurrir a acciones extracontractuales internas, al menos si se trata de proteger intereses distintos de los ya protegidos por la acción contractual y al menos si el derecho nacional aplicable permite la acumulación de ambas responsabilidades. También podría darse el caso, por tanto, de que, si se aplica la CISG, según la cual conforme al art. 74 solo serían resarcibles los daños previsibles, los daños imprevisibles también serían resarcibles en virtud de una eventual acción extracontractual interna concurrente, la cual podría también requerir una conducta dolosa del deudor (12).

Esta solución es, por otra parte, también coherente con la idea básica de compartir el riesgo de la transacción en función del momento de establecimiento de la relación. Si, en efecto, incluso en la fase patológica se permanece dentro del contrato, o más generalmente dentro de la relación obligatoria, esta división debe mantenerse, independientemente del elemento subjetivo (que incluso podría faltar —si el modelo de responsabilidad es objetivo— o coincidir con la culpa o incluso el dolo) detectable en la persona del deudor. Sin embargo, esto no se aplica si se excede esta relación, ya que es posible una acción aquiliana.

V. Medición y objeto de previsibilidad

En lo que respecta a la medida de previsibilidad, la orientación dominante en materia de venta internacional se basa en un criterio generalmente objetivo, en el sentido de que no debe hacerse referencia a lo que habría previsto ese deudor en particular, sino por una persona razonable que se encontrara en ese lugar, teniendo en cuenta las circunstancias concretas presentes en el momento de la estipulación del contrato, como exige textualmente el art. 74 de la CISG.

Esta posición es aclarada aún más por los comentaristas de la CISG, que enfatizan que la evaluación que se debe realizar, lejos de ser solo empírica, se guía por elementos

regulatorios, como la distribución del riesgo acordada entre las partes, la finalidad del contrato y la finalidad de cada obligación que se derive de este.

Además, se añade que el criterio en cuestión, aunque generalmente objetivo, se completa con un elemento subjetivo, en el sentido de que se amplía su ámbito de aplicación, en particular, si el acreedor, en el momento de establecer la relación, llama a la atención del deudor a circunstancias particulares que no serían previsibles desde un punto de vista objetivo (13). Semejante conclusión es coherente con el fundamento de la norma: si la parte que posteriormente incumplió ya en el momento de la constitución de la obligación había previsto ciertos daños, ciertamente podría, en ese momento, protegerse adecuadamente de ellos, como máximo evitando emprender el negocio.

Por lo tanto, también en lo que respecta a las ventas internacionales, la cuestión de si es previsible lo que parecía genéricamente posible, o incluso probable en el momento de la celebración del contrato, o algo intermedio, se vuelve puramente nominalista. Aunque la CISG, de hecho, lo resuelve textualmente en el primer sentido (ya que el art. 74 habla del daño como una “posible consecuencia” del incumplimiento), los comentaristas subrayan que dicho criterio, aparentemente muy amplio, está en realidad especificado y limitado por la referencia ya mencionada, resultando así textualmente del art. 74, que refiere a las circunstancias concretas del caso individual (14).

En cuanto al objeto de la previsibilidad, respecto del art. 74 de la CISG, dado que ciertamente se trata del daño y no del incumplimiento en el fundamento de la reclamación de indemnización, existe una tendencia a exigir previsibilidad no solo de la posibilidad de producir el daño y de su naturaleza, sino también de su extensión, pero solo en general, no en la cantidad numérica exacta.

Esta interpretación es, a su vez, coherente con el fundamento de la norma: si la parte que podría incumplir debe poder protegerse, en el momento de la celebración del contrato, por ejemplo, mediante la estipulación de un seguro destinado a cubrir los daños que la otra parte podría reclamar, deberá poder preverse al menos el límite de la extensión de dichos daños, a los efectos de fijar el máximo del seguro.

Finalmente, en lo que respecta al art. 74 de la CISG, existe una tendencia doctrinal generalizada, que ha facilitado considerablemente la aplicación uniforme de la Convención, a enumerar tipos de perjuicios que podrían decirse que son previsibles, sin perjuicio de la verificación de las circunstancias fácticas del caso individual (a la luz de los cuales el juicio de previsibilidad podría cambiar). Sobre todo (pero no solo) entre los comentaristas de habla alemana, tanto los llamados (15) *Nichterfüllungsschäden* se consideran previsibles (pensemos, en primer lugar, en los daños directamente atribuibles a defectos en la mercancía, que podrían obligar a tomar precauciones, por ejemplo reparaciones o el préstamo de otros bienes; pensemos, de nuevo, en caso de un retraso en el pago, en

los costes incurridos para obtener un crédito) y los llamados *Begleitschäden* (como, por ejemplo, los relacionados con un empeoramiento generalmente previsible de las condiciones del mercado). Pero se subraya que el principal ámbito de aplicación de la norma se refiere a los llamados *Folgeschäden*, entre los que destacan, sin pretender ser exhaustivos, los siguientes: el beneficio que el comprador podría haber obtenido de una reventa posterior; los daños que el comprador está obligado a indemnizar a terceros a quienes vende las mercancías defectuosas recibidas del vendedor; pérdida de reputación profesional; daños a otros bienes del comprador, causados por el defecto de los bienes objeto del contrato; el margen de beneficio normal para el vendedor, en caso de no aceptación de la mercancía por parte del comprador.

VI. El tiempo de referencia para el juicio de previsibilidad

En cuanto al momento de referencia para evaluar la previsibilidad, se puede encontrar un panorama muy lineal en el ámbito de las ventas internacionales.

De estricta conformidad con la letra del art. 74 de la CISG, donde se hace referencia textual al momento de celebración del contrato, de hecho, se repite comúnmente que “the relevant time with respect to determining whether the loss was foreseeable is the time that the contract was entered into” y que “events that occur subsequent to the making of the contract have no bearing on foreseeability of loss. Similarly, what was foreseeable at the time of the breach is irrelevant” (16).

Incluso la doctrina que ha destacado que “the true loss to the party who will be injured by a breach will be, on the average, more apparent the closer in time to the intended breach one tries to predict that loss” concluyó además que esto no puede cambiar el significado anterior del art. 74 de la CISG (17).

En todo caso, la tesis que se refiere al momento de celebración del contrato debe mantenerse firme no solo por el tenor literal del art. 74 de la CISG sino también y sobre todo por la función, comúnmente atribuida a la norma en cuestión, de compartir el riesgo del negocio respecto del momento del establecimiento de la relación, lo que exige negar la compensación de los daños previsibles, por la parte incumplidora, solo en un momento posterior.

Según una opinión doctrinal (18), nuestra norma debería adaptarse a algunos casos concretos particulares, en los que el momento de referencia para la apreciación de la previsibilidad podría ser posterior al del primer acuerdo entre las partes. Sin embargo, los ejemplos dados se refieren simplemente a casos en los que se estipula un nuevo contrato, de modo que incluso desde esta perspectiva el tenor literal del artículo no se pone realmente en duda (art. 74, CISG).

VII. La distribución de la carga de la prueba

En lo que respecta a la distribución de la carga de la prueba, en general y también en lo específico de la previsibilidad del daño, la CISG no ha alcanzado un ni-

(8) Véase, entre otros, TORSELLO, Marco, “Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, en *Quo vadis CISG?* editado por Franco Ferrari, Bruselas, 2005, p. 80.

(9) Como intentó demostrar el escritor en TESCARO, Mauro, “Il concorso tra i rimedi contrattuali di cui alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili (CISG) e i rimedi domestici”, en *Contratto e impresa/Europa*, 2007, ps. 319 y ss.

(10) En esta línea de pensamiento, ver por ejemplo HERBER, Rolf, “Zum Verhältnis von UN-Kaufrechtsübe-

reinkommen und deliktischer Haftung”, en *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübinga, 2003, p. 207 y ss.

(11) Véase, entre otros, FERRARI, Franco, “The Interaction between the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods and Domestic Remedies (Rescission for Mistake and Remedies in Torts)”, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, p. 75.

(12) Para un análisis en profundidad de la legislación italiana sobre este punto, véase TESCARO, Mauro “La prevedibilità del danno tra Codice civile e Convenzione di

Vienna”, ob. cit., ps. 701 y ss.

(13) Véase, entre otros, MULLIS Alastair, “Twenty-Five Years On - The United Kingdom, Damages and the Vienna Sales Convention”, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, ps. 46 y s.

(14) En este sentido, ver por ejemplo ya FARNSWORTH, Allan, “Damages and Specific Relief”, en *27 American Journal of Comparative Law*, 1979, p. 253.

(15) Pero mira también, en italiano, FERRARI, Hadley v. Baxendale. *La prevedibilità dell'art. 74 CISG*, cit., ps. 375 y ss.

(16) GOTANDA, Juan Y., “sub art. 74 CISG”, en *UN-Con-*

vention on the International Sales of Goods (CISG), editado por Stefan Kröll - Loukas Mistelis - Pilar Perales Viscasillas, Munich, 2011, párr. 45.

(17) MURPHEY JR., Arthur G., “Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley”, en *23 George Washington Journal of International Law & Economics*, 1989, ps. 415 y ss.

(18) SAIDOV, Djakhongir, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford, 2008, p. 119 y s.

vel tan alto de uniformidad de aplicación internacional como en relación con las demás cuestiones examinadas previamente (19).

Según una orientación doctrinal que a veces se ha seguido también en la jurisprudencia, la cuestión del reparto de la carga de la prueba en general no estaría regulada por la Convención, con la consecuencia de que sería necesario remitirse al derecho nacional, es decir, según el punto de vista, a la *lex fori* o al derecho a que se refieren en cada momento las normas de derecho internacional privado del foro (20).

La tesis dominante, sin embargo, es de signo contrario, no solo porque el art. 79, párrafo primero, regula expresamente un problema (aunque particular) de carga de la prueba, pero también porque las estrechas relaciones entre dicha materia y el derecho material exigen buscar soluciones en el seno de este último, es decir, en la CISG (21).

La cuestión del reparto de la carga de la prueba parece pues estar regulada pero no resuelta expresamente por la Convención, de conformidad con su art. 7º, párrafo segundo, que obliga, para colmar lagunas internas, a recurrir a los principios generales de la propia Convención (o al derecho aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro, pero solo en ausencia de dichos principios, lo que no parece ser nuestro caso, como se dirá enseguida). Desde esta perspectiva, si bien no faltan distintas reconstrucciones, la tesis ha encontrado amplia aceptación la cual afirma la existencia del principio general, deducido especialmente del citado art. 79, párrafo primero, *ei incumbit probatio qui codicit, non qui negat*, en virtud del cual, en pocas palabras, cada parte está obligada a probar los

supuestos fácticos de las normas en que se basan sus derechos.

Siguiendo precisamente esta línea de pensamiento, una famosa sentencia del Tribunal de Vigevano afirmaba, llegando al punto que aquí resulta más interesante, que corresponde al acreedor probar no solo el incumplimiento, el daño y la relación de causalidad, sino también la previsibilidad del daño, ya que esta última es también un requisito para el derecho a la indemnización (22).

La jurisprudencia y doctrina mayoritarias también llegan a la conclusión que acabamos de señalar, aunque no siempre siguiendo el mismo razonamiento (23). Los defensores de esta orientación, por otra parte, también tienden a subrayar los beneficios probatorios que se derivan de la posible atribución del caso concreto a uno de los tipos de casos, antes mencionados, en cuyo contexto se puede decir que la previsibilidad de ciertos daños es normal.

Partiendo aun de la idea de que la cuestión del reparto de la carga de la prueba de la previsibilidad debe abordarse a la luz de la CISG y no del derecho nacional, una orientación diferente sostiene que el deudor tendría que demostrar la falta de previsibilidad del daño, para aprovechar principalmente el argumento de que no es la previsibilidad la que integra un requisito para el derecho a la indemnización sino más bien que es la falta de previsibilidad la que integra un requisito para la liberación del deudor (24).

Esta posición no es convincente, máxime cuando se plantea que el problema de la carga de la prueba, en relación con el art. 74. La CISG, como ya se ha dicho, solo adquiere coherencia real en casos anorma-

les, es decir, cuando no se trata de limitar o excluir el derecho a indemnización sino de ampliarlo, dando lugar a daños imprevisibles en un nivel estrictamente objetivo pero realmente previstos en el caso concreto ya que el acreedor, en el momento de establecer la relación, había informado específicamente al deudor de determinadas circunstancias particulares.

Esto plantea una consideración más general: si, como ya se ha destacado, la mencionada carga de información sobre el acreedor es consistente con la justificación comúnmente aceptada de la regla de previsibilidad, lo mismo puede decirse también de la carga probatoria relacionada, cargando siempre al acreedor con la demostración ante el tribunal de haber realizado en su momento la actividad informativa y así de la existencia del requisito de previsibilidad del daño.

VIII. Conclusiones: ¿un modelo plausible incluso fuera del ámbito de aplicación de la CISG?

Por lo tanto, se puede decir que el modelo del art. 74 de la CISG, a la luz de las directrices establecidas a nivel internacional (a pesar de ciertas fluctuaciones y particularidades), está bien pensado y es intrínsecamente coherente.

Surge la pregunta adicional de si un modelo similar también puede usarse fuera del ámbito de aplicación de la CISG, como referencia interpretativa para la reconstrucción, de acuerdo con las necesidades contemporáneas, de una determinada ley interna.

En este sentido, el hecho de que la CISG se refiera específicamente a las ventas, lo que podría sugerir, a primera vista, que se trata de una disciplina muy sectorial, no parece

ser un problema. Por el contrario, es bien conocida la tendencia tradicional a generalizar las elaboraciones creadas con referencia específica a las ventas, como de hecho ha ocurrido con gran parte de la legislación moderna sobre obligaciones y contratos y también con la norma sobre la previsibilidad del daño.

Además, desde el punto de vista del contexto normativo en el que se inserta nuestra norma, esta, en la CISG, adquiere una importancia fundamental al estar conectada, según la orientación predominante, por un lado, a una responsabilidad contractual con base objetiva, y, por otro, a una concepción muy amplia de causalidad, la de la *condicio sine qua non*. En los sistemas nacionales basados, por el contrario, en una responsabilidad contractual por culpa y/o en una concepción más restrictiva de la causalidad, bien podría justificarse una menor relevancia de la norma sobre la previsibilidad del daño, ya que las consecuencias remotas que esta norma permite excluir podrían ya estar excluidas por falta de culpa del causante o por ausencia de nexo causal. Pero incluso en sistemas similares puede surgir un significado autónomo de previsibilidad, al menos si existe una base normativa específica para ello, como en el caso del art. 1225 del Código Civil italiano.

Considerando todo esto, sería necesario, llegados a este punto, comprobar cuidadosamente si el modelo de la CISG sobre previsibilidad del daño puede o no constituir una referencia interpretativa útil también para el derecho interno argentino, teniendo en cuenta el art. 1728 del Cód. Civ. y Com. de la Nación Argentina.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/335/2024

(19) Esto fue subrayado con especial énfasis por MULLIS, Alastair, ob. cit., p. 49 y ss.

(20) Véase, entre otros, GREWAL, Shivbir S. "Risk of loss in Goods Sold during Transit: A Comparative Study of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the U.C.C., and the British Sale of Goods Act", en *Loyola of Los Angeles International and Compara-*

tive Law Journal, 1991, p. 102.

(21) En esta línea de pensamiento, ver, entre muchos, FERRARI, Franco "Problematiche tipiche della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolte in una prospettiva uniforme", en *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 285.

(22) Trib. Vigevano, 12 de julio de 2000, n. 405, en *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 280 y ss.

(23) Véase, entre otros, MÜLLER, Tobias Malte *Ausgewählte Fragen der Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht im Lichte der aktuellen Rechtsprechung*, Munich, 2005, p. 152.

(24) Como en el caso del art. 79, párrafo primero, donde la carga de la prueba del impedimento fuera de la es-

fera de control de la parte incumplidora recae sobre esa parte para quedar exenta de responsabilidad: en esta línea de pensamiento, véase, por ejemplo, MANKOWSKI, ob. cit., párr. 46, donde se afirma: "Die fehlende Vorhersehbarkeit ist Entlastungstatbestand. Daher obliegt es dem Schuldner, sie darzulegen und zu beweisen".

¿Indemnización por prolongación médica de la vida? Una concepción de la responsabilidad civil médica alternativa a la solución jurisdiccional en Alemania (*)

Compensation for a medical prolongation of life?

An Alternative Concept of Medical Liability to German Jurisprudence



Markus Finn



Profesor titular de la Cátedra de Derecho Sanitario de la Universidad de Hof, Profesor encargado de la Charité — Universitätsmedizin Berlin, Profesor encargado de la Medizinische Hochschule Brandenburg Theodor Fontane.

SUMARIO: I. Resumen.— II. Observaciones preliminares.— III. Introducción a la legislación alemana sobre responsabilidad civil médica.— IV. Principio de vida: Responsabilidad civil médica en los denominados casos de "wrongful birth/life".— V. Final de la vida: Negación de la responsabilidad por la jurisprudencia en Alemania.— VI. Concepción alternativa de la responsabilidad en caso de prolongación médica de la vida.— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía citada.— IX. Otros documentos utilizados.— X. Normas citadas.— XI. Jurisprudencia citada.

I. Resumen

La responsabilidad civil médica en Alemania distingue entre la responsabilidad por errores de tratamiento y por falta de información. En el último caso, los pacientes le imputan a la parte tratante que no se les haya informado debidamente antes de

una intervención médica calificada como lesión corporal. Así, los médicos tienen que probar el consentimiento válido del paciente como causa de justificación, lo que incluye la información médica previa (*informed consent*). Sin embargo, el consentimiento inicial por tratamientos permanentes —como para la prolongación

médica de la vida— puede perder su validez cuando cambian las circunstancias relevantes. En ese caso, se debe actualizar la información médica para obtener un consentimiento actualizado. Eso implica también que médicos deben comprobar constantemente si la indicación médica sigue existiendo.

Según la jurisprudencia alemana, en los casos llamados de "wrongful birth" que se refieren al comienzo de la vida, los padres pueden tener derecho a una indemnización por la carga de la obligación de alimentos para el niño, si la madre hubiera abortado legítimamente sin la mala praxis del médico y, por lo tanto, el niño no hu-

biera nacido, entre otros casos. No obstante, el Tribunal Supremo Federal negó, ya en el año 1983, la indemnización a favor del niño nacido (“wrongful life”). El mismo Tribunal trasladó en el año 2019 la argumentación de dicha sentencia a un caso sobre el final de la vida: Rechazó la indemnización por daño personal del paciente anciano por la prolongación médica de su vida sobre la base de una indicación médica muy dudosa o ya no existente, puesto que la vida no debería considerarse un daño. Solo cuando un médico actúe *contra* la voluntad del paciente puede incurrir en responsabilidad por la infracción del derecho de la personalidad. El Tribunal negó también la indemnización por daños materiales transfiriendo argumentos de sentencias sobre “wrongful conception/birth”. Dado que la jurisprudencia del año 2019 no parece adecuada para proteger la autodeterminación de pacientes al final de la vida ni su integridad física, el autor postula como alternativa una indemnización por daño personal determinado en una manera normativa-subjetiva desde la perspectiva del paciente y la resarcibilidad de daños materiales cuando se carezca de consentimiento válido y/o indicación médica.

II. Observaciones preliminares

Las cuestiones de autodeterminación personal se plantean con especial intensidad con relación al tratamiento médico. Esto se aplica particularmente a las decisiones al principio y al final de la vida. Sobre todo, en el último caso, las personas pueden estar expuestas a peligros en la medida en que solo puedan ejercer su derecho de autodeterminación de forma limitada o no puedan ejercerlo en absoluto, por ejemplo, a consecuencia de una demencia. Esta problemática se agrava porque sigue siendo frecuente que no se tomen disposiciones mediante testamentos vitales anticipados.

La autonomía e integridad física de los pacientes también pueden verse en peligro por el hecho de que —como ocurre en Alemania— los incentivos económicos pueden influir en la independencia de las decisiones médicas sobre el mantenimiento de tratamientos para prolongar la vida, especialmente porque estos son lucrativos para los proveedores de servicios. La creciente economización de la medicina llevó al Consejo General de Colegios Médicos en Alemania (“Bundesärztekammer”) a emitir declaraciones detalladas ya hace años (1). En el año 2022 los miembros del Comité de Cuestiones de Principio Éticas y Médico-Jurídicas exigieron las correcciones necesarias al respecto, para que los objetivos puramente económicos no se conviertan sucesivamente en los nuevos objetivos de la medicina (2).

Además, debido a las posibilidades cada vez más amplias de la medicina moderna, cuyo uso a menudo puede retrasar consi-

derablemente la aparición de la muerte, los médicos se encuentran en un estado constante de tensión entre lo que es médicamente factible y lo que es médicamente sensato. El debate sobre la futilidad médica (“medical futility”) (3) comenzó hace mucho tiempo y se ha prolongado durante años. En este sentido, debería ser solo cuestión de tiempo para que los tribunales de algunos países del mundo se enfrenten a estas cuestiones —incluso en una dimensión de responsabilidad— y tengan que encontrar soluciones adecuadas. Nuevos conjuntos de casos de responsabilidad pueden aparecer forzosamente por primera vez a causa de cambios en la jurisprudencia (por ejemplo, sobre la muerte autodeterminada) o como resultado de modificaciones de las leyes. En Chile, por ejemplo, ha sido objeto de estudios la responsabilidad civil médica por “wrongful birth” desde la despenalización (4) de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales en el año 2017 (5).

Este artículo está dedicado a las cuestiones específicas de la autodeterminación personal al final de la vida, con especial consideración del derecho de responsabilidad civil médica en el contexto de los tratamientos médicos para prolongar la vida. Además del derecho a la muerte autodeterminada y al suicidio asistido pasivo, las consideraciones se centran en los requisitos previos, las consecuencias jurídicas y, no menos significativo, en la importancia de la responsabilidad civil de los proveedores de servicios médicos en dichos casos.

Esto se ejemplifica con un caso decidido en el año 2019 por el más alto tribunal civil de Alemania. En cierta medida, este caso toma como referencia a otro grupo de casos de responsabilidad relacionados con el comienzo de la vida como el llamado problema de “wrongful life” (6). Este último se refiere a la cuestión de que, si un niño nacido con discapacidad puede tener derecho a una reclamación propia por daños y perjuicios debido a la mala praxis de un médico, si el supuesto perjuicio es haber nacido (7). En la jurisprudencia actual, en cambio, se plantea la cuestión de que si una continuación dolorosa de la vida puede calificarse de daño en sentido jurídico.

Con el fin de presentar un tema bastante complejo, se ofrecerá en primer lugar una introducción general al Derecho alemán de responsabilidad civil médica (véase el apartado III, más adelante). Después, se esbozará los principios de responsabilidad para la fase temporal del principio de la vida en los denominados casos de “wrongful birth/life” (véase el apartado IV). Esto sirve de base para una mejor comprensión de la posterior presentación de la jurisprudencia alemana del año 2019 sobre la responsabilidad al final de la vida, que se somete a una valoración crítica (véase el apartado V). Finalmente, el autor contrasta la solución jurisprudencial con una concepción alternativa de la responsabilidad (véase el apartado VI). El

artículo termina con una breve conclusión (véase el apartado VII).

III. Introducción a la legislación alemana sobre responsabilidad civil médica

La siguiente es una breve introducción al concepto básico de responsabilidad médica bajo la ley alemana.

III.1. Requisitos generales para las intervenciones médicas

En principio, existen tres requisitos previos para la legalidad de las intervenciones médicas. Primero, la indicación médica (8) requiere la pregunta clave: ¿Está indicada una medida específica para alcanzar un objetivo terapéutico desde el punto de vista médico? Segundo, se requiere el consentimiento válido (9) del paciente y, en tercer lugar, el cumplimiento del estándar reconocido de la medicina especializada (10) en el ámbito relevante de la medicina.

III.2. Responsabilidad civil médica de doble vía: Error de tratamiento y falta de información

El Derecho alemán de responsabilidad civil médica tiene carácter de doble vía. Según muestra la experiencia, aparte de reprochar un error de tratamiento, en la mayoría de los juicios de responsabilidad médica se entabla también una reclamación por falta de información (11). Es decir, se le imputa al médico que, en todo caso, no ha informado debidamente sobre los riesgos, o sobre la necesidad de una intervención médica determinada, entre otros.

Uno de los motivos de los abogados de pacientes para este modo de proceder en el juicio civil es que, en este, por principio, es al paciente a quien incumbe la carga de alegar y probar el error de tratamiento, así como la causalidad de ese error para el daño (12) reclamado. Esto está relacionado con dificultades probatorias. En efecto, en muchos casos, a los agraviados les es difícil probar especialmente la causalidad, ya que con frecuencia entran en consideración varias causas alternativas del daño, como pueden ser la enfermedad tratada, otras enfermedades (en casos de pacientes multimórbidos), o un posible desarrollo fatal (13). La ventaja de aquella segunda vía es que la carga alegatoria y probatoria de la información y del consentimiento le corresponde al médico (14). Además, es suficiente, no obstante, necesario, que el paciente pruebe la causalidad de la intervención médica para el daño reclamado (15), pero no la causalidad de un cierto error de tratamiento para el daño reclamado. Esta última causalidad es más difícil de probar, ya que el factor de conexión relevante para la causalidad es el “error médico”, que es mucho más estrecho que la causa potencial “cirugía” o “intervención”, lo que conlleva toda una serie de riesgos diferentes. Independientemente de si existe o no un

error de tratamiento, los médicos pueden resultar responsables de daños y perjuicios hacia los pacientes por insuficiencia o falta de información, a efectos de su autonomía (16), si de ello deriva un cierto riesgo de la intervención (17) (18).

III.3. Doctrina de la lesión corporal y consentimiento informado como causa de justificación

Según la jurisprudencia (19) de los tribunales alemanes, así como la doctrina (20) predominante, es inherente a toda intervención médica en el estado corporal o de salud del paciente, una lesión corporal en el sentido jurídico (civil como penal). En caso de falta de información, la responsabilidad delictual se basa en esa lesión corporal. Resulta que la parte tratante tiene que justificarse con el consentimiento informado del paciente para evitar su responsabilidad. Es que no se estima antijurídica la lesión corporal cuando el paciente, después de haber sido debidamente informado, ha dado su consentimiento válido (*informed consent*) (21).

Ese consentimiento informado es una causa de justificación, así que la carga probatoria para el consentimiento, incluida la “educación en la autodeterminación”, incumbe al médico (22). El mero consentimiento, aunque pueda probarse, por ejemplo, mediante la firma en un documento correspondiente, sin educación médica previa a través de una conversación médico-paciente, carece, por regla general, de validez jurídica (23). Si la información médica resulta ser insuficiente y/o no puede ser probada por la parte tratante —por ejemplo, con un folleto informativo individualizado durante dicha conversación, o, en su caso, testigos— el consentimiento sería en cualquier caso legalmente inválido. Entonces la lesión corporal no es justificada, por lo que el médico puede resultar responsable de los daños y perjuicios del paciente y obligado a indemnizarlo.

IV. Principio de vida: Responsabilidad civil médica en los denominados casos de “wrongful birth/life”

A continuación, se analizará brevemente en primer lugar la situación de la responsabilidad al principio de la vida.

IV.1. Cadena causal y visión general de los distintos casos

Un error de tratamiento o una consulta médica errónea puede ser la causa para el nacimiento de un humano. En el caso de “wrongful birth” una mujer queda encinta, pero, estando permitida la interrupción del embarazo, no puede acceder a ello, lo que no hubiera pasado con procedimientos médicos sin errores. Un ejemplo: Un médico hace un diagnóstico prenatal sin diagnosticar un riesgo elevado de síndrome de Down fetal. Por lo tanto, su paciente omite un aborto legal y da a luz a un niño con discapacidad

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El ensayo se basa en una serie de conferencias dictadas por el autor de marzo a mayo de 2023 en diversas universidades de Argentina, Brasil y Chile, en la Universidad Abierta Interamericana (UAI), la Universidad de Buenos Aires (UBA), la Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), la Universidad de Chile (UCH) y la Universidad de Valparaíso (UV).

(1) BUNDESÄRZTEKAMMER (2013 y 2015).

(2) BUNDESÄRZTEKAMMER (2022b), pp. 1, 3.

(3) Los médicos no están autorizados a ofrecer medidas médicas fútiles, al contrario, tienen que prescindir de ellas, así BUNDESÄRZTEKAMMER (2022a), p. 1. La cuestión crucial y todavía controvertida es, por supuesto, en qué casos un tratamiento debe calificarse de “fútil”, véase *ibid.* y LIPP - BRAUER (2022), pp. 205 y ss.

(4) Ley 21.030.

(5) Cf. MARTÍNEZ (2023), p. 11, que ilumina cuestiones de acciones de “wrongful birth” en Chile.

(6) Lingüísticamente fuera de lugar, así ya FINN (2019a), p. 695.

(7) Más sobre eso a continuación IV.3.

(8) Cf. BUNDESÄRZTEKAMMER (2015), sub 2.

(9) Véase III.3.

(10) Véase FINN (2015), p. 62; KATZENMEIER (2002), p. 279.

(11) Cf. para eso y lo siguiente FINN (2015), p. 60.

(12) Cf. GEIB / GREINER (2022), capítulo B, cons. 200^o y 216^o y ss. con pruebas de la jurisprudencia.

(13) FINN (2017), p. 114.

(14) Cf. FINN (2016), p. 345.

(15) Véase Tribunal Supremo Federal: BGH (2012), pp. 457 y s.

(16) Cf. FINN (2015), p. 60. Para una responsabilidad

“como lógica consecuencia” en el Derecho argentino CALVO (2021), p. 502.

(17) Acerca de las cuestiones de causalidad, así como a la relación de atribución entre el daño físico o a la salud del paciente y la falta de educación con una consideración evaluativa de las circunstancias del caso individual, véase MARTIS - WINKHART-MARTIS (2021), cons. A 2113^o y ss. con pruebas de la jurisprudencia, instructivo SIMMLER (2012), capítulo 2, cons. 1711^o y ss. Referente al Derecho argentino consúltense CALVO (2021), pp. 502 y ss.

(18) Aunque la responsabilidad por falta de información no depende de un error de tratamiento, sin embargo, se requiere según la jurisprudencia del BGH la presencia de un daño corporal para que no pueda resultar la responsabilidad ilimitada de los médicos, así BGH (2008), p. 667 y s., véase con más detalle FINN (2016), p. 345; FINN (2017), p. 115. Por lo tanto, una vulneración

del derecho personal por una intervención médica sin consentimiento no es suficiente para solicitar la indemnización, cf. BGH (2008), p. 667 y s.

(19) En cuanto al Derecho Penal, ya el Tribunal Supremo del Reich (“Reichsgericht”, abreviado: “RG”) en el año 1894, véase RG (1894), pp. 377 y ss., respecto al Derecho Civil véase RG (1908), p. 434 y luego el BGH (1958), p. 812.

(20) Detallado respecto a la crítica KATZENMEIER (2002), pp. 114 y ss.; KATZENMEIER (2021), capítulo V., cons. 10^o y ss.

(21) FINN (2015), pp. 55 y 61.

(22) En cuanto a la responsabilidad contractual, véase la regulación procesal en § 630h apartado 2 frase 1 BGB. Referente al Derecho argentino véase CALVO (2021), p. 477; LOVECE (2020), p. 65.

(23) Véase § 630d apartado 2 BGB. Igual en el Derecho argentino, cf. CALVO (2021), pp. 421, 426 y ss., 435 y ss.

intelectual y deformidades físicas. Al final, el error del médico causa el nacimiento del niño no esperado en el estado en que nació. Se trata de una causalidad psicológicamente mediada. El error médico le quitó a la embarazada la posibilidad de decidir de manera autónoma sobre un aborto (24). Es muy importante tener claro que el médico —a diferencia de los casos de lesiones en el parto— no causa las discapacidades del niño. También es importante aclarar que en el contexto actual solo existen dos opciones: el nacimiento de un niño con discapacidades o el no nacimiento de un humano. No existe la tercera opción, el nacimiento de un niño *sin* discapacidades. *Tertium non datur*. Las discapacidades del niño ya establecidas en el feto son fatídicas, no son causadas por una mala praxis del médico.

A diferencia de los casos del grupo “wrongful birth” examinados anteriormente, lo específico del grupo de casos denominados “wrongful conception” es que ya el embarazo se produjo como resultado de una mala praxis médica. Ejemplos pueden ser una esterilización fallida o el fallo de un método anticonceptivo (25). Finalmente, el caso de “wrongful life” (26) se relaciona con la cuestión de si el niño nacido puede reclamar indemnización por el hecho de haber nacido con perjuicios, por ejemplo, con síndrome de Down.

El problema principal de una indemnización en los casos mencionados es que el daño es conectado con el nacimiento de un humano. El tema, que se discute en Alemania bajo la pregunta clave “¿Niño como daño?”, se refiere a la dignidad humana. En Alemania se soluciona el problema (parcialmente) a través de un “truco”: La jurisprudencia resolvió que el niño no es el daño, pero la carga de los padres con la obligación de alimentos del hijo sí. Esto se remonta a la llamada hipótesis de la diferencia (en alemán: “Differenzhypothese”). Sin la mala praxis médica, hipotéticamente, el niño no hubiera nacido, por un aborto, y los padres no hubieran sido obligados de mantener al niño. En realidad, el niño nació y los padres tienen que mantenerlo. La diferencia entre el estado hipotético y el real es la obligación de alimentos de los padres, el daño resarcible.

IV.2. Requisitos para el derecho a indemnización de los padres y consecuencias jurídicas

Según la jurisprudencia en Alemania, hay requisitos específicos (27) para la responsabilidad civil médica en los casos “wrongful conception/birth”: Así, los tribunales exigen que el contrato de tratamiento o de consulta médica persiga también, al menos, la protección a los padres de una carga económica (28). En el caso de una vasectomía (29) por ejemplo, el contrato entre médico y paciente tiene incluso un propósito económico (30). El objetivo principal del contrato es recibir el tratamiento, pero, en segundo lugar, el paciente también quiere evitar engendrar un hijo y tener que asumir obligaciones de alimentos. Este requisito puede describirse como el “propósito económico secundario” (31) del contrato.

En los casos de “wrongful birth”, una indemnización requiere además que la gestante hubiera decidido practicarse un aborto. Entonces, la madre tiene que sumar esta voluntad en el juicio (público) para probar una cadena causal que conduce al daño, es decir la carga del mantenimiento. Solo un aborto (hipotético) hubiera evitado la carga de mantener al niño. No hace falta decir que este requisito, aunque controvertido, puede ejercer una gran presión sobre la relación entre madre e hijo. Finalmente, es necesario, que el aborto (hipotético) hubiera sido legítimo, es decir no antijurídico. Ese requisito se refiere al Derecho penal, por ende, un tribunal civil debe aclarar una cuestión preliminar del Derecho penal. Esencialmente, hay tres casos de impunidad de la interrupción del embarazo en el Derecho penal alemán (32): (i) La “solución” de plazo más asesoramiento; (ii) La indicación médica respectivamente “médica-social” (33); y, (iii) La indicación criminológica. Lo importante en nuestro contexto es una particularidad en la ley alemana respecto al primer caso de un aborto *sin* indicación (en el Derecho argentino: “interrupción voluntaria del embarazo”, IVE). El Tribunal Constitucional Federal (“Bundesverfassungsgericht”, abreviado: “BVerfG”) en Alemania resolvió que un aborto según la “solución” de plazo más asesoramiento (sin indicación) es impune, sin embargo, se estima antijurídico (34). Aunque la solución difícilmente puede explicarse en términos de dogma jurídico (35), este veredicto fue de suma importancia para el BVerfG que concediera gran importancia a la protección de la vida por nacer que según el Tribunal (36) es una obligación del Estado.

La responsabilidad civil médica lleva —consecuentemente— a la indemnización por la carga de la obligación *completa* de alimentos, es decir el daño no solo incluye los gastos adicionales por una discapacidad del niño. Reclamantes legítimos son madre y padre porque ambos llevan la obligación de alimentos. No obstante, esta solución tiene la desventaja de que la indemnización, que, en última instancia, debe beneficiar al niño, depende de que sus padres no se mueran antes. En el momento de la muerte de los padres, ya no hay derecho a indemnización. Resulta una desventaja considerable, ante todo en vista del aumento de la esperanza de vida de las personas con discapacidad.

IV.3. ¿Derecho a indemnización del niño? Fallo del Tribunal Supremo Federal (“BGH”) de 1983 (“wrongful life”)

Lo último para discutir es el grupo de casos de “wrongful life”: ¿Tiene el niño nacido el derecho a indemnización frente a la parte tratante? La argumentación del reclamante puede ser que sin la consulta médica errónea su madre hubiera abortado y él no hubiera nacido con discapacidades. Obviamente esto es problemático. Para reclamar su pretensión de indemnización el reclamante, en cierto sentido, cuestiona su propia existencia. Es que no existe la tercera opción: nacer sin discapacidades.

El Tribunal Supremo Federal (“Bundesgerichtshof”, abreviado: “BGH”) (37) recha-

zó en el año 1983 firmemente la responsabilidad en el llamado “Caso de rubéola” (“wrongful life”), en el que una niña nació con extremadamente graves daños a causa de la enfermedad de rubéola (38) de la embarazada. La Sala de lo Civil VI negó un derecho a no existir. Tampoco era un deber médico evitar el nacimiento de un niño con discapacidades probables o previstas. Las frases clave que se refirieron a la era nazi durante el Tercer Reich en Alemania son las siguientes:

La vida humana [...] es un bien jurídico con el mayor rango y es digna en absoluto de conservar. A ningún tercero le corresponde emitir un juicio sobre su valor (39).

La consecuencia de la sentencia es que no existe el derecho a indemnización del niño en Alemania.

V. Final de la vida: Negación de la responsabilidad por la jurisprudencia en Alemania

A continuación, se analiza con profundidad una jurisprudencia surgida en Alemania sobre la cuestión de la responsabilidad en caso de medidas de tratamiento para prolongar la vida. La demanda fue interpuesta por el hijo y único heredero de un paciente anciano con demencia severa que había sido alimentado artificialmente durante unos años sin que su médico de cabecera hubiera hablado de la continuación de dicho tratamiento con el tutor legal del paciente.

V.1. Un caso de prolongación de la vida controvertido en Alemania

V.1.a. Los hechos del caso (40)

El paciente, nacido en el año 1929, sufría de demencia avanzada; era incapaz de moverse y comunicarse. En los últimos dos años de su vida sufría de pulmonías, colecistitis, trastornos respiratorios, dolor, calambres, etcétera. Desde el año 2006 recibía alimentación artificial por una sonda gástrica hasta su muerte en octubre de 2011. El paciente estuvo bajo el cuidado de un abogado desde el año 1997 hasta su fallecimiento; desde el año 2006 vivía en una residencia de ancianos. El médico de cabecera demandado se ocupaba de él desde la primavera del año 2007. Ya en el año 2003, la demencia estaba muy avanzada y, debido a un trastorno de mutismo, la comunicación era apenas posible y, desde el año 2008, completamente imposible. Desde noviembre de 2008 hasta su fallecimiento, el paciente recibió analgésicos en todo momento. En el período en litigio, del 1 de enero de 2010 al 19 de octubre de 2011, tuvo regularmente fiebre, dificultades respiratorias y úlceras por presión recurrentes y también sufrió neumonía en cuatro ocasiones. Entre finales de mayo y mediados de junio de 2011, fue hospitalizado por una inflamación de la vesícula biliar, pero no se le practicó ningún tratamiento quirúrgico a causa de su mal estado general. El 8 de octubre de 2011, fue ingresado de nuevo por neumonía por aspiración, más se renunció a un tratamiento médico intensivo. Falleció en el hospital el 19 de octubre de 2011.

El hijo reclamó, por su subrogación de su padre, indemnización por el daño moral y material al médico que lo trataba. El paciente no tenía un testamento vital ni se pudo averiguar su voluntad presunta referente a medidas para prolongar la vida. El demandante afirmó que a partir del principio del año 2010 ya no había una indicación médica, cuestión básicamente confirmada por el peritaje realizado en la causa. Además, la alimentación artificial solo prolongaba el sufrimiento sin sentido. Por lo tanto, el médico demandado se había visto obligado a cambiar el fin terapéutico en la manera de admitir el proceso de morir por terminar la alimentación artificial. En cualquier caso, el médico tratante no había informado al representante legal sobre la falta de indicación médica ni había discutido este aspecto.

V.1.b. Desarrollo del procedimiento (41)

Tras el fallecimiento de su padre, el hijo presentó una demanda contra el médico de cabecera para obtener una indemnización por daños, debidos a la alimentación artificial durante los años 2010 y 2011. El Tribunal Regional I de Múnich (“Landgericht München I”) (42) desestimó la demanda. El Tribunal Regional Superior de Múnich (“Oberlandesgericht München”) concedió al demandante una indemnización por daño personal de 40.000 euros más intereses (43). En cuanto a la indemnización por daños materiales, desestimó la demanda por compensación de beneficios: El padre del demandante era propietario de una vivienda en Múnich, cuyo valor aumentó durante los años de su vida continuada (44). Tales cursos de causalidad, que ciertamente parecen un tanto extraños, deben, no obstante, considerarse en el marco de la hipótesis de la diferencia de si los daños se deben a una prolongación de la vida causada médicamente.

El BGH (45) rechazó cualquier reclamación de daños y perjuicios por parte del demandante en su sentencia de abril de 2019, que figura en la recopilación oficial de decisiones bajo el epígrafe “Leben kein Schaden” (46) (*La vida no puede ser un daño*). El demandante cuya acción fue rechazada, alegó varias violaciones de derechos fundamentales, e interpuso un recurso de inconstitucionalidad (47) contra la decisión de casación. El BVerfGG (48) no admitió su trámite por decisión unánime (49).

V.2. Razonamiento del rechazo total de la responsabilidad por el BGH

Para rechazar de pleno la responsabilidad médica tanto por daños inmateriales como materiales, la Sala de lo Civil VI (50) en la instancia de casación resolvió el litigio únicamente por la vía del derecho de daños. Así pudo eludir varias cuestiones, entre ellas, si existía un deber médico de informar al paciente de su autodeterminación, si hubo una lesión corporal causado por la alimentación artificial por sonda y si el médico cometió un error de tratamiento (51).

(24) Más profundo sobre el Derecho chileno MARTÍNEZ (2023), que identifica como daño una lesión al interés de la mujer de autodeterminación reproductiva (*ibid.*, p. 171).

(25) Respecto a acciones de “wrongful conception” en el Derecho chileno CÁRDENAS - SÁNCHEZ (2017 y 2018).

(26) Véase con más detalles IV.3.

(27) Aparte de los requisitos generales como error de tratamiento, culpa, etcétera. Generalmente en los requisitos MÜLLER (2003).

(28) Cf. BGH (2019a), p. 725 (cons. 31^ª) con más referencias.

(29) Véase BGH (1984), pp. 2625 y s.; BGH (1992), p. 2961.

(30) Rechazado, sin embargo, por la preparación

de una operación ortopédica en la que se pasó por alto un embarazo, cf. BGH (2000), p. 325; MÜLLER (2003), p. 698 —aunque se llamó a un ginecólogo como asesor para aclarar la cuestión de un embarazo—.

(31) Así la denominación de FINN (2019a), p. 703 con el argumento que dicho propósito contractual no tiene que estar necesariamente en primer plano según la jurisprudencia, véase BGH (2006), p. 541.

(32) § 218a apartado 1 a 3 del StGB, más cerca de eso FINN (2019b).

(33) Es lo relevante en el presente contexto, recién al respecto BGH (2023), pp. 1878 y ss.

(34) BVerfG (1993), p. 1758. Al revés el Derecho penal argentino, véase Art. 2^º (“Derechos”, “tienen derecho”) y Art. 4^º de la Ley 27.610: “tienen derecho a decidir y ac-

ceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce”.

(35) La ley regula que el tipo penal no se cumple (cf. § 218a apartado 1 StGB).

(36) BVerfG (1993), pp. 1753 y s.

(37) BGH (1983), p. 1373.

(38) En el caso conocido “Perruche” de Francia la madre también tenía rubéola, véase en vez de muchos DEUTSCH (2008), pp. 995 y s.

(39) BGH (1983), p. 1373.

(40) Véase BGH (2019a), pp. 722 y s.

(41) Resumiendo, BVerfG (2022), cons. 5^º y s.

(42) LG München I (2016), p. 889.

(43) OLG München (2017), p. 320.

(44) Cf. OLG München (2017), p. 326 (sub. 9).

(45) BGH (2019a), compare al respecto los artículos de BACH (2019); FINN (2019a); LEITMEIER (2020); LOER (2019); LORZ (2020); MESCH (2020); OLDENBURGER (2019); SPICKHOFF - DEURING (2019). Desde la perspectiva del Derecho penal DUTTGE (2019).

(46) Así el título de la página en BGHZ 221, p. 352. Sin embargo, el autor añadió un signo de interrogación.

(47) Art. 93 apartado 1 N^º 4a CG, §§ 13 N^º 8a, 90 y ss. BVerfGG. Justificada a fondo por el peritaje de “Hufen” (2019), véase también “Hufen” (2021), pp. 1079 y ss.

(48) BVerfG (2022), p. 469 (cons. 10^º).

(49) § 93a BVerfGG.

(50) BGH (2019a).

(51) Detallado BGH (2019a), p. 723 (cons. 12^º).

V.2.a. Daño moral

El BGH denegó una pretensión de indemnización por daño personal debido a la inexistencia de un daño reconocido por el ordenamiento jurídico (52).

V.2.a.1. Razonamiento del Tribunal

En su razonamiento, el tribunal se basó en las siguientes frases clave (53):

La vida humana es un bien jurídico con el mayor rango (54) y es digna en absoluto de conservar. A ningún tercero le corresponde emitir un juicio sobre su valor.

Estas frases ya se encuentran textual en el razonamiento de la sentencia en el llamado “Caso de rubéola” (“wrongful life”) del año 1983 (55). Sobre dicha base, el BGH concluyó que, por tanto, está prohibido considerar la vida —incluida la continuación de la vida con sufrimiento— como un daño (56). El BGH admitió, sin embargo, que no todas las consideraciones podían trasladarse al caso presente (57). Además, en referencia a la Ley sobre el Testamento Vital del año 2009, el tribunal subrayó el refuerzo legislativo del derecho de autodeterminación de la persona en todas las fases de la vida, que en última instancia permite poner fin a ella. Aunque el propio paciente pueda considerar que su vida es indigna, expuso el BGH en su sentencia, el orden constitucional de toda autoridad estatal, incluida la judicial, prohíbe no obstante que se juzgue la vida del paciente afectado con la conclusión de que se trata de un daño (58). Aparte de eso, escapa a la capacidad cognoscitiva de los humanos si una vida con sufrimiento es una desventaja en comparación con la muerte (59).

V.2.a.2. *Obiter dictum*: Indemnización pecuniaria por violación del derecho general de la personalidad en caso de tratamiento *contra* la voluntad del paciente

El Tribunal Supremo Federal dejó abierto en un *obiter dictum* si una demanda de pago de una indemnización monetaria por violación del derecho general de la personalidad del paciente podía basarse en una violación de su derecho de autodeterminación si se sostenían medidas de mantenimiento de la vida en *contra* su voluntad (60). El autor se refiere a este grupo de casos como *unwanted life* (61).

V.2.a.3. Crítica del razonamiento

De hecho, existen diferencias de valor decisivas entre los grupos de casos de daños al principio y al final de la vida, que hacen que los paralelismos parezcan en general problemáticos (62). En el llamado “Caso de rubéola” (“wrongful life”) (63), el *nasciturus* que madura en el útero nunca tuvo la posibilidad, en términos puramente fácticos, de tomar una decisión autode-

minada sobre su nacimiento y, por tanto, sobre su existencia. Ya en el año 1983, el BGH negó inequívocamente cualquier derecho a la no existencia:

Por principio, los seres humanos tienen que aceptar su vida tal como está configurada por la naturaleza y no tienen derecho a que otros la impidan o la destruyan (64).

En cambio, las personas mayores no solo tienen la posibilidad, en caso necesario mediante testamentos vitales anticipados (65), sino también un derecho protegido por la Constitución Alemana (“Grundgesetz”, abreviado “GG”) a decidir de forma autónoma sobre la continuación de su vida o el final de esta. En caso de incapacidad posterior para consentir (por ejemplo, como consecuencia de una demencia), las decisiones anticipadas deben ser ejecutadas por un tutor o apoderado sanitario; sin testamento vital, deciden en el presunto interés de la persona a la que cuidan o representan, si no es determinable, pero en todo caso a favor de su bienestar. En su sentencia sobre el “suicidio asistido” del año 2020, el Tribunal Constitucional Federal (66) reconoció incluso un derecho fundamental correspondiente, que abarca la libertad de recurrir a la ayuda de terceros para hacer realidad el propio deseo de morir. El BVerfG subrayó la importancia de la muerte autodeterminada de la siguiente manera:

La autodeterminación sobre el propio final de la vida pertenece a la ‘esfera propia de la persona’ del ser humano, en la que es libre de elegir sus normas y decidir de acuerdo con ellas [...]. La decisión del individuo de poner fin a su propia vida de acuerdo con su concepción de la calidad de vida y el sentido de su propia existencia debe ser respetada, en el punto de partida, por el Estado y la sociedad como un acto de autodeterminación autónoma (67).

Es probable que esto contradiga la tesis central del BGH (68), según la cual no existe un daño reconocido por el ordenamiento jurídico, ya que ni siquiera una vida (continuada) considerada indigna por el propio paciente puede calificarse jurídicamente como daño. Esto no solo dejaría al paciente sin protección alguna en virtud del derecho de responsabilidad civil. El BGH, cuyo rechazo se basa en última instancia en una convicción ética (69), emitió incluso un juicio de valor según el cual el estado de salud del individuo y el valor asociado de la propia vida no podían aceptarse jurídicamente, pero esto significa una violación del derecho a la autodeterminación (70).

En relación con las consideraciones utilizadas en el razonamiento del BGH sobre el curso natural y fatídico de los acontecimientos —en el “Caso de rubéola” la fatídica enfermedad de la madre y los daños fetales—, el OLG München, como tribunal de apelación, ha justificado de forma con-

vincente la necesaria distinción del presente asunto:

Esto se debe a que el suministro de nutrientes a través de una sonda PEG a un paciente que, como consecuencia de un daño cerebral grave e irreversible, ya no era capaz de alimentarse de forma natural a pesar de la asistencia, era precisamente una intervención no natural en el curso normal de la vida (71) que también incluía la muerte (72).

El énfasis en esta última idea parece muy significativo, ya que morir es casi un tema tabú en la mayoría de las sociedades modernas.

V.2.a.4. Crítica del *obiter dictum*

La mera reclamación de una indemnización pecuniaria considerada por el BGH en su *obiter dictum* solo ofrecería a los pacientes afectados una protección completamente insuficiente en Derecho civil, ello por los siguientes motivos:

En primer lugar, los pacientes se encontrarían en peor situación probatoria (73) con la solución de responsabilidad considerada por el BGH sobre la base del derecho general de la personalidad que en el caso convencional de responsabilidad por falta de información (74). Además, los tribunales, de hecho, también se verían confrontados en el futuro con problemáticas similares a las ya mencionadas, incluso si la responsabilidad —en contra de la dogmática reconocida de la responsabilidad civil médica— se vinculara directamente a una violación del derecho de la personalidad (en vez de una lesión corporal); lo cierto es que en el marco de la denominada hipótesis de la diferencia habría que volver a comparar entre la vida con dolor y la muerte (75). Así, el paciente que no podía comer de forma natural a pesar de asistencia habría muerto en unos días si no se hubiera violado su derecho de la personalidad mediante un tratamiento *contra* su voluntad (alimentación artificial). Una vida libre de sufrimiento era imposible —*tertium non datur*— (76).

Pero, sobre todo, la pretensión de una indemnización pecuniaria considerada por el Tribunal Supremo Federal no tendría prácticamente ninguna utilidad para el paciente, mientras que los médicos no tendrían *de facto* nada que temer, con lo que al mismo tiempo se perdería la importante función preventiva de la responsabilidad (77). Dado que, según la jurisprudencia de la misma sala civil, las reclamaciones de daños y perjuicios por violación de los derechos de la personalidad no son hereditarias, los pacientes afectados a los que se mantiene artificialmente con vida tendrían que obtener en vida una sentencia favorable firme (78), de lo contrario, la reclamación se desestimaría por ser infundada tras el fallecimiento. Sin embargo, una sentencia definitiva ejecutoriada en vida de los pacientes, por lo general de edad avanzada, parece extremadamente improbable (79) en vista de su corta esperanza de vida. Por

tanto, los médicos ganarían la “carrera contra el tiempo” (80), posiblemente a través de tres instancias judiciales.

La insuficiente protección del Derecho civil sería especialmente grave en los casos de *unwanted life*, ya que también socavaría el carácter vinculante de los testamentos vitales (81) (82). Tales órdenes podrían ser desatendidas o ignoradas por los médicos sin sanciones de responsabilidad.

V.2.b. Daño material

El BGH dictaminó que una reclamación de indemnización por daños materiales fracasó debido a la —supuesta— falta de finalidad protectora.

V.2.b.1. Razonamiento: Inexistencia de indemnización de daños materiales por falta de finalidad protectora

El Tribunal argumentó que en los casos “¿Niño como daño?” había concedido una indemnización por daños y perjuicios contra el médico por las cargas de manutención a los padres de un niño (originalmente) no deseado, solo si y en la medida en que los deberes asumidos por el contrato de consulta o tratamiento —de forma legalmente admisible— sirvieran para proteger contra estas cargas (83) (la denominada “propósito económico secundario”). El tribunal sostuvo que, de acuerdo con su propósito, los deberes incumplidos por el médico de cabecera no tenían por objeto proteger al paciente de las cargas económicas asociadas a la continuación de su vida, aunque fuera sufriendo (84). Según el BGH, el deber de informar al paciente de que podía considerarse la posibilidad de poner fin a las medidas de mantenimiento de la vida solo servía al derecho de autodeterminación del paciente que debía ejercer el tutor (85). El propósito del deber de no afirmar erróneamente la indicación médica de medidas de mantenimiento de la vida era evitar que el proceso de la muerte se viera innecesariamente sobrecargado. Por otra parte, el propósito de los deberes mencionados, considerados desde la perspectiva normativa, no era evitar las cargas económicas asociadas a la continuación de la vida y al sufrimiento inherente a la enfermedad.

V.2.b.2. Crítica

Esta argumentación se agota en una mera afirmación (86), que, además, es probable que sea inexacta: Teniendo en cuenta los intereses legítimos del paciente, debe reconocerse que el deber médico de no continuar con una medida terapéutica que ya no está médicamente indicada y/o justificada, es decir, de abstenerse de causar daños corporales ilícitos, también sirve en cualquier caso para evitar cargar al paciente, en especial con los gastos económicos de este mismo tratamiento (87). De lo contrario, los médicos se verían recompensados por sus continuas lesiones corporales ilícitas con una reclamación de

(52) Véase BGH (2019a), p. 723 (cons. 12^o, 14^o).

(53) BGH (2019a), p. 723 (cons. 14^o).

(54) Al respecto DUTTGE (2019), p. 270: Falta la significancia postulada de una protección incondicional (del más alto rango) de los derechos legales al final de la duración natural de la vida.

(55) BGH (1983), p. 1373, cf. más arriba IV.3.

(56) BGH (2019a), p. 723 (cons. 14^o).

(57) Véase, incluso para lo siguiente, BGH (2019a), p. 724 (cons. 18^o y s.).

(58) BGH (2019a), p. 724 (cons. 20^o).

(59) BGH (2019a), p. 724 (cons. 20^o), cf. BACH (2019), p. 1917: argumento casi trascendental.

(60) BGH (2019a), p. 724 (cons. 23^o).

(61) FINN (2019a), p. 695 y passim.

(62) Crítico también OLG München (2017), p. 325 (sub 6.1); OLDENBURGER (2019), sub C.

(63) Véase al respecto ya anteriormente IV.3. y V.2.a.1.

(64) BGH (1983), p. 1374.

(65) § 1827 apartado 1 BGB. Acerca del Derecho argentino CALVO (2021), pp. 508 y ss.

(66) BVerfG (2020).

(67) BVerfG (2020), p. 907 (cons. 210^o) con más referencias; véase ya antes BVerfG (2017), p. 825 (cons. 24^o).

(68) BGH (2019a), p. 723 y s. (cons. 12^o, 14^o y 20^o).

(69) Cf. BACH (2019), p. 1917.

(70) Con razón OLDENBURGER (2019), sub D.

(71) Igualmente “Hufen” (2021), p. 1084.

(72) Cf. OLG München (2017), p. 325 (sub 6.1).

(73) Cf. FINN (2019a), pp. 696, 700 y s. referente a la responsabilidad por error de tratamiento.

(74) Véase nota de pie N^o 22. Para más antecedentes, consúltense FINN (2016), p. 344 y s. con referencias.

(75) FINN (2023), p. 6. Otro punto de vista “Hufen” (2019), p. 15; “Hufen” (2021), p. 1086, que querría separar entre la continuación de la vida y el sufrimiento producido por la sobreterapia, —pero la hipotética

evitación del sufrimiento iría inevitablemente acompañada de la muerte si no se llevara a cabo la sobreterapia—.

(76) FINN (2023), p. 6.

(77) OLDENBURGER (2019), sub D. (sin sanción).

(78) Según BGH (2021), pp. 869 y ss. (cons. 10^o y s.), la aparición de la validez legal durante la vida del demandante es necesaria en principio; contra esta opinión acertadamente GSELL (2022), p. 871.

(79) Véase también BACH (2019), p. 1917 (improbable); LEITMEIER (2020), p. 2848 (no sustituto adecuado); SPICKHOFF - DEURING (2019), p. 821 (no lleva a ninguna parte).

(80) GSELL (2022), p. 871 (sub 5. y 6.).

(81) § 1827 apartado 1 del BGB.

(82) Véase también “Hufen” (2021), p. 1088; LEITMEIER (2020), p. 2846; MESCH (2020), p. 215; OLDENBURGER (2019), sub D.

(83) BGH (2019a), p. 725 (cons. 31^o) con más referen-

cias.

(84) BGH (2019a), p. 725 (cons. 32^o).

(85) Cf. BGH (2019a), p. 725 (cons. 33^o), incluso para lo siguiente.

(86) Además, el recurso a la jurisprudencia del “¿Niño como daño?” ya suscita dudas debido a las diferencias estructurales, con mayor detalle FINN (2019a), p. 703; FINN (2023), p. 6. Aparte de esto, la responsabilidad por tratamientos para prolongar la vida puede, sin excepción, vincularse a la lesión de un bien jurídico del paciente determinado en § 823 apartado 1 BGB y protegido por esta norma, en este caso las lesiones corporales/sanitarias por la alimentación artificial, véase VI.1., nota de pie N^o 132.

(87) FINN (2019a), p. 704; FINN (2023), pp. 5, 8, apud PRÜTTING et al (2023), p. 325.

remuneración y el paciente, como parte perjudicada, tendría que pagar dinero por las lesiones corporales cometidas contra él, que incluso son punibles (88), aunque su cuidador pudiera exigirle que se abstuviera de ellas (89). El criterio de atribución de la conexión de finalidad protectora como correctivo ampliamente flexible abre un gran margen de maniobra a los tribunales (90), que al parecer se utilizó en el presente caso para rechazar la responsabilidad.

Además, cuando el BGH concluye en su razonamiento de la sentencia que los deberes no sirvieron, en particular, para preservar el patrimonio del paciente lo más indemne posible para los herederos (91), no tiene suficientemente en cuenta que la relación jurídica entre el médico y el paciente se vio afectada; el hecho de que una pretensión de indemnización por daños y perjuicios que correspondía al paciente ya en vida debido a su pérdida patrimonial pase al heredero en caso de fallecimiento, es irrelevante para la atribución de una indemnización por daños y perjuicios (92).

Al excluir cualquier responsabilidad, el BGH deja sin consecuencias de responsabilidad civil la ilícita (93) lesión corporal por el médico. Una vez dada la indicación de nutrición artificial, nunca tendría que volver a revisarse; según la argumentación del BGH, ni siquiera podría haber responsabilidad si se iniciara una medida de soporte vital que ya al principio no estaba médicamente indicada (94). En cualquier caso, la situación no tendría que ser discutida con el tutor en ningún momento, con independencia de cambios significativos en la situación (estado de salud, pronóstico, perfil de riesgo, etcétera), contrariamente a lo que establece la ley (95). Sobre todo, dejaría de aplicarse a las relaciones de tratamiento cualquier efecto preventivo (96) de la ley de responsabilidad (97), que pretende y puede proporcionar una protección eficaz contra las intervenciones físicas ilícitas (98). Tal efecto es tanto más necesario en el caso que nos ocupa, ya que el peligro para los pacientes aumenta considerablemente en determinados casos por el hecho de que los tratamientos para mantener y/o prolongar la vida se basan (o pueden basarse) total o parcialmente en consideraciones ajenas, como motivos económicos (99) o una mejor utilización de las instalaciones sanitarias (100) (101). No se ofrece protección suficiente a los pacientes afectados por el hecho de que la continuación de la interferencia con su integridad física podría haberse evitado si el cuidador hubiera tomado medidas (ejercicio de la acción de medidas cautelares (102) o presentando una denuncia penal). Lamentablemente, la inactividad del tutor legal en

el caso, que duró años, lo confirma de manera ejemplar. Una protección eficaz contra el tratamiento ulterior ilícito es sobre todo el riesgo inminente de responsabilidad del médico responsable (103) de la medida de tratamiento, porque sin médico no habría tratamiento médico (104).

V.3. La decisión del Tribunal Constitucional Federal (“BVerfG”) y postura propia sobre las implicaciones constitucionales de la temática

El recurso de inconstitucionalidad (105) del demandante ni siquiera fue admitido a trámite por el BVerfG, debido, principalmente (106), a la falta de éxito en cuanto al fondo, ya que la decisión del BGH impugnada no planteaba dudas constitucionales severas (107).

V.3.a. Valoración del BVerfG y crítica

Según la jurisprudencia del BVerfG (108), para la Constitución (GG), la vida humana es un bien jurídico de mayor rango y es, en principio, digna de conservar en absoluto. No obstante, el mandato del Estado de proteger la vida termina donde empieza el derecho a la autodeterminación. La decisión de poner fin a la propia vida tiene una importancia existencial para la personalidad, es una expresión de la propia autoimagen y una expresión fundamental de la capacidad de autodeterminación y responsabilidad personal. El deber de proteger la vida prevalece sobre el derecho a la libertad cuando las personas están expuestas a influencias que ponen en peligro su autodeterminación sobre la propia vida.

Según la apreciación del BVerfG (109), el BGH fijó la vida en términos absolutos en la decisión impugnada de una manera que podía suscitar dudas sobre si se respetaba suficientemente el derecho a la autodeterminación. Sin embargo, la decisión no se basaba en esto. En este caso, no se pudo determinar la voluntad real o presunta como expresión del derecho de autodeterminación del fallecido (110). El BGH había podido negar el daño causal por sí solo, dejando expresamente abierta la cuestión de si una reclamación de daños y perjuicios podía basarse en la violación del derecho general de la personalidad (autodeterminación del paciente) (111) si la medida de mantenimiento de la vida se sostenía en contra de la voluntad del paciente. Si él —a diferencia del caso en litigio— deseaba realmente morir de forma autodeterminada, el deber del Estado de proteger la vida (112) pasaba a un segundo plano frente al derecho de autodeterminación. Contrariamente a la opinión del demandante, no se dijo en la sentencia que

la vida mereciera absolutamente ser conservada en todos los casos. Por lo tanto, no se excluyó desde el principio que una medida de mantenimiento de la vida llevada a cabo en contra de la voluntad de la persona afectada pudiera tener consecuencias en virtud del derecho de responsabilidad.

El Tribunal Constitucional Federal abordó acertadamente la tensión (113) entre la decisión del Tribunal Supremo Federal y el derecho fundamental a la muerte autodeterminada, reconocido explícitamente por el BVerfG tras su pronunciamiento. Según su sentencia del año 2020 sobre el “suicidio asistido”, el derecho general de la personalidad en su manifestación como derecho a la muerte autodeterminada, incluye el derecho a rechazar medidas de soporte vital por voluntad propia y, de este modo, permitir que un proceso de enfermedad que conduce a la muerte siga su curso (114). Este derecho a la muerte autodeterminada está arraigado en la garantía de la dignidad humana (115).

Los tribunales no tuvieron que resolver la tensión antes descrita en lo que respecta a la indemnización por daños morales reclamada. En ese contexto, debido a la falta de relevancia para la decisión, sí podía dejarse abierto cómo decidir en el caso de medidas médicas *contra* la voluntad de un paciente, porque en el procedimiento civil ya ni siquiera era posible averiguar la voluntad presunta del paciente. Por el contrario, su determinación es irrelevante para la responsabilidad por daños materiales, porque se basa simplemente en la continuación de una medida médica sin justificación (lesión corporal/sanitaria ilícita) (116). Por tanto, el BVerfG debería haberse pronunciado sobre la cuestión.

La discusión del BVerfG sobre la sentencia del BGH impugnada mediante recurso de inconstitucionalidad resulta superficial en varios puntos, aunque es evidente que esta sentencia tiene consecuencias esenciales para el tratamiento de un grupo cada vez más numeroso de pacientes vulnerables, en su mayoría de edad avanzada (117). El BVerfG considera que el BGH no descartó por completo la obligación de pagar daños materiales (118). Al hacerlo, no reconoce la verdadera razón de la denegación por parte del BGH, la —supuesta— falta de conexión de finalidad protectora, que ni siquiera se menciona en la decisión del BVerfG (119). El BGH tampoco dejó ningún resquicio abierto —a diferencia de lo que ocurre en el caso de la indemnización por daños morales—, sobre todo teniendo en cuenta que, de todos modos, esta diferenciación es irrelevante para la conexión con la finalidad protectora (120).

V.3.b. Valoración constitucional propia

La sentencia del BGH de abril de 2019 (ya) no cumple los requisitos constitucionales (121), al menos según la sentencia del BVerfG (122) de febrero de 2020, dictada entretanto.

Según *Hufen* en su dictamen jurídico sobre las perspectivas de éxito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el demandante, las reclamaciones por daños y perjuicios constituyen una indemnización que debe asignarse al ámbito de protección del derecho fundamental a la integridad física (123). Si un tribunal estatal deniega tal reclamación sin justificación adecuada, ello constituye a su vez una intromisión en los derechos fundamentales (124). En el presente caso, el BVerfG debe haber visto una relevancia para los derechos fundamentales, de lo contrario no habría intentado disipar las preocupaciones constitucionales en su decisión (125).

En resumen, puede afirmarse lo siguiente: En la medida en que, como en el presente caso, un tratamiento para mantener y/o prolongar la vida se continúa sobre la base de un consentimiento que ya no es válido (126) y *sin* la voluntad (determinable) del paciente, la desestimación por el Tribunal Supremo de una demanda por daños materiales viola el derecho fundamental a la integridad física (127) y, por tanto, el correspondiente deber estatal de protección (128). Si dicha medida médica se mantiene incluso en *contra* de la voluntad real o presunta del paciente se vulnera a la vez su derecho de autodeterminación, en la medida en que en tales casos se rechazaría una reclamación por daños materiales y, como máximo, se concedería una reclamación no hereditaria de indemnización monetaria por violación del derecho general de la personalidad (129) (130).

VI. Concepción alternativa de responsabilidad en caso de prolongación médica de la vida

En particular, por los problemas constitucionales de la jurisprudencia actual en Alemania esbozados más arriba, la concepción alternativa de responsabilidad desarrollado por el autor (131) para los tratamientos al final de la vida, debe exponerse a grandes rasgos ahora a modo de conclusión.

VI.1. Principios de la responsabilidad

El punto de partida es la premisa de que las medidas de tratamiento para mantener

(88) La alimentación artificial se cualifica como lesión corporal de acuerdo con el § 223 del StGB, que, sin embargo, no debe dar lugar a la responsabilidad civil a través de § 823, apartado 2 del BGB (que se refiere a las infracciones de las normas protectoras como varias del código penal), con razón crítica de la falta de coherencia DUTTGE (2019), p. 268.

(89) FINN (2023), pp. 5 y s.

(90) Crítico ya FINN (2019a), p. 703.

(91) Así BGH (2019a), p. 725 (cons. 33^o).

(92) FINN (2023), p. 6.

(93) Sobre el consentimiento que ha dejado de ser válido FINN (2019a), p. 699 y por más debajo a y en nota de pie N^o 139.

(94) Cf. FINN (2023), p. 5 con nota de pie N^o 50.

(95) § 1828 apartado 1 frase 1 del BGB.

(96) Con más detalles en el ámbito de la responsabilidad civil médica WAGNER (2023), Vorbemerkung (Vor § 630a), cons. 35^o, 37^o; WAGNER (2020), Vorbemerkung (Vor § 823), cons. 45^o y ss.

(97) Véase también LEITMEIER (2020), p. 2846; SPICKHOFF - DEURING (2019), p. 820 (respecto a la indemnización por daño personal).

(98) Cf. FINN (2023), p. 5, incluso para lo siguiente.

(99) Compare entre otros JANDA (2018), p. 781; THÖNS (2016), pp. 125 y ss. (nutrición artificial: lucrativa,

pero a menudo inútil).

(100) OLDENBURGER (2019), sub D.

(101) Otro punto de vista BACH (2019), p. 1918, que parece dar la bienvenida a un alivio para la profesión médica.

(102) Cf. §§ 1004, apartado 1 frase 2 (análogo), 823, apartado 1 del BGB, véase BGH (2005), p. 720.

(103) DUTTGE (2019), p. 274 (un deber genuinamente propio del médico); FINN (2019a), p. 699, al revés LORZ (2020), p. 188: era prioritariamente una tarea del cuidador.

(104) Cf. FINN (2023), p. 5.

(105) Con él, el demandante reclamaba la violación de los derechos fundamentales de su padre y de los suyos. No obstante, el Tribunal ha puesto en duda la admisibilidad del recurso y lo calificó como en parte insuficientemente fundamentado, véase BVerfG (2022), p. 469 (cons. 11^o y ss. / 14^o y ss.).

(106) Otras razones en la nota de pie anterior.

(107) Véase BVerfG (2022), p. 469 (cons. 17^o).

(108) Las siguientes observaciones proceden de BVerfG (2022), p. 469 (cons. 18^o) con más referencias.

(109) Sobre esto y lo siguiente BVerfG (2022), p. 469 (cons. 19^o).

(110) Sobre esto y lo siguiente BVerfG (2022), p. 469

(cons. 20^o).

(111) Véase referente a la inadecuación de esta solución propuesta ya anteriormente V.2.a.4.

(112) En virtud del Art. 2 apartado 2 frase 1 GG.

(113) LEITMEIER (2020), pp. 2845 y s.: numerosas incoherencias en la valoración.

(114) BVerfG (2020), p. 907 (cons. 209^o) con más pruebas.

(115) Así BVerfG (2020), p. 907 (cons. 210^o) con referencia al Art. 1 apartado 1 del GG.

(116) Para esto FINN (2019a), pp. 703 y ss.

(117) Cf. FINN (2023), p. 4.

(118) BVerfG (2022), pp. 469 y s. (cons. 21^o).

(119) No se encuentra nada al respecto, véase BVerfG (2022), especialmente cons. 6^o y 21^o.

(120) FINN (2023), p. 4.

(121) Cf. sobre el alcance de la competencia de control en las decisiones de los tribunales civiles como titulares del poder público BVerfG (1997), p. 521.

(122) BVerfG (2020), p. 905, véase para una mayor valoración de la autonomía del paciente al final de la vida también en el Derecho penal BGH (2019b), p. 3092; BGH (2019c), p. 3089: No hay deber médico de realizar esfuerzos de rescate tras intento de suicidio a pesar de asistencia previa o acompañamiento al suicidio.

(123) Véase “Hufen” (2019), p. 16.

(124) Así “Hufen” (2019), p. 16 refiriéndose (con pruebas) a la jurisprudencia reiterada del BVerfG sobre la violación del derecho general de la personalidad; según “Hufen”, sin embargo, esto también debe aplicarse a la violación de otros derechos fundamentales personales y, en particular, a la protección de la integridad física y la autodeterminación.

(125) FINN (2023), p. 4.

(126) Cf. con más detalle sobre la falta de justificación (constitucional) “Hufen” (2019), pp. 16 y ss., en particular sobre el deber de proteger la vida humana, *ibid.*, pp. 19 y ss. (la llamada concordancia práctica); “Hufen” (2021), pp. 1086 y ss.

(127) Sobre la violación de la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida en detalle “Hufen” (2019), pp. 8 y ss. / 11 y ss.; “Hufen” (2021), pp. 1082 y s. / 1083 y ss., véase también “Hufen” (2001), p. 854; BGH (2003), 516.

(128) Cf. FINN (2023), p. 4.

(129) Véase para detalles más arriba sub V.2.a.2. y 4.

(130) FINN (2023), p. 4.

(131) FINN (2019a), pp. 696 y ss., FINN (2023), pp. 7 y s.

y/o prolongar la vida, como la nutrición artificial mediante una sonda gástrica o en todo caso la respiración artificial, interfieren en la integridad física del paciente y, debido a la naturaleza de la intervención, representan jurídicamente lesiones corporales/sanitarias (132) que requieren justificación. Estas intervenciones permanentes, que se mantienen durante un cierto período de tiempo, requieren inicialmente una indicación y un consentimiento. Seguidamente, la indicación médica (133) debe ser revisada continuamente por el médico en el curso posterior del tratamiento (134). Esto puede llevar a una interrupción gradual de la indicación dada al principio, en el sentido de que al principio se planteen cada vez más dudas y finalmente se interrumpa por completo (135). El médico debe informar al paciente o a su cuidador sobre tales dudas (educación médica actualizada) antes de continuar con la medida (136), por lo que la indicación e intensidad de la educación son inversamente proporcionales (137), es decir, cuanto menos indicada médicamente esté la medida, más intensa debe ser la información.

La finalidad de este deber de información es que el paciente o su representante —de forma análoga a la situación anterior al inicio de la medida— puedan decidir sobre la continuación de forma autodeterminada; la información inicial queda obsoleta (138). En el caso de medidas permanentes como la nutrición artificial, la omisión de dicha información actualizada al paciente en incumplimiento del deber conlleva, por tanto, la invalidez del consentimiento inicialmente otorgado con efectos para el futuro (*ex nunc*) en aplicación análoga del § 630d apartado 2 BGB (139). Para un posible (nuevo) consentimiento hipotético, el médico soporta la carga de la prueba (140) si el paciente o su representante, como en el caso en litigio (141), hacen plausible un grave conflicto de decisión (142).

VI.2. Daño moral: Determinación normativa-subjetiva del daño en caso de tratamientos contra la voluntad del paciente (*unwanted life*)

En principio, el daño inmaterial es indemnizable si puede determinarse en un caso individual que el tratamiento se llevó a cabo o continuó al menos contra la presunta voluntad del paciente (*unwanted life*). Si el daño en estas situaciones se determina normativo-subjetivamente sobre la base de la autodeterminación personal del paciente, no hay necesidad de juicios —incuestionablemente inadmisibles— sobre el valor de la vida ajena (143). Solo la perspectiva del paciente es decisiva: Si el paciente ha estipulado en su testamento vital o si los deseos de tratamiento expresados (144) por él o su presunta (145) voluntad individual constatable indican que no quiere o no acepta medidas de soporte vital, esto también debe ser respetado por los médicos en la dimensión del derecho de responsabilidad (146). Los tribunales de hecho pueden determinar si el paciente ha sufrido un perjuicio, y en

qué medida, únicamente sobre la base de la autodeterminación individual (147) que debe protegerse desde la perspectiva del paciente. De este modo, la libertad de decisión del paciente puede y debe contar con una plena protección en forma de una pretensión (hereditaria) de indemnización por daño personal (148).

VI.3. Daños materiales: Resarcibilidad en caso de consentimiento invalidado

En principio, los daños materiales son indemnizables si las medidas de tratamiento para un mantenimiento y/o una prolongación de la vida se mantienen de forma ilícita sobre la base de un consentimiento que se ha vuelto inválido (§ 630d apartado 2 BGB análogo) (149), incluso si el tratamiento “solo” se mantiene *sin* la voluntad del paciente, como en el caso resuelto por el BGH (150). Los deberes médicos en el contexto de las medidas de tratamiento para mantener y/o prolongar la vida generalmente también tienen el propósito de proteger contra la continuación de dichas medidas ilícitas en términos financieros, incluso si se tratara “simplemente” de evitar una reducción de los bienes potenciales de la herencia (151). En cualquier caso, el paciente tendrá un interés digno de protección si sus hijos se ven amenazados con una carga financiera de manutención o se verían desbordados por el recurso (152) al derecho social (153). Los gastos causados directamente por un tratamiento injustificado, como los gastos de tratamiento (154) o pagos suplementarios, son susceptibles de indemnización, al igual que los gastos generales de manutención (por ejemplo, los gastos de residencias de ancianos) (155).

VII. Conclusión (156)

La jurisprudencia actual en Alemania priva al derecho de responsabilidad civil médica en el ámbito de los tratamientos para mantener y/o prolongar la vida de su importante función preventiva, ya que no prevé una protección (suficiente) de los pacientes en el Derecho civil. De hecho, los médicos tratantes no tienen prácticamente ninguna consecuencia de responsabilidad que temer, a pesar de la ausencia de indicación médica y/o consentimiento informado del paciente: Las medidas médicas invasivas para mantener y/o prolongar la vida, como la nutrición o la respiración artificiales, no desencadenan ninguna consecuencia de responsabilidad civil, aunque se lleven a cabo o continúen sin indicación médica y sin la voluntad del paciente. Incluso en el caso de tratamientos *contra* la voluntad del paciente, el afectado debería tener solo derecho, como máximo, a una reclamación de indemnización monetaria —especialmente no hereditaria— por violación de su derecho personal. Además, un paciente anciano difícilmente podrá obtener en vida una sentencia definitiva ejecutoriada.

En última instancia, esta protección insuficiente en virtud del derecho de responsabilidad va en detrimento tanto de la

autonomía del paciente como de la protección de la integridad física, y también cuestiona fundamentalmente el carácter vinculante de los testamentos vitales, al menos en el derecho de responsabilidad civil. Para hacer justicia a los derechos fundamentales de los pacientes de edad avanzada a la integridad física, la autodeterminación personal y la muerte autodeterminada, el Derecho civil requiere una amenaza efectiva de responsabilidad. Aunque las indemnizaciones en caso de responsabilidad acaben recayendo en la herencia, el efecto preventivo debe garantizarse en el interés de los pacientes.

VIII. Bibliografía citada

BACH, Ivo, 2019. “Das Leben ist kein Schaden”. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. BECK, Vol. 72, N° 27, pp. 1915-1918. ISSN: 0341-1915.

BALTZ, Petra, 2010. “Lebenserhaltung als Haftungsgrund”. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag. ISBN: 978-3-642-12730-4. eISBN: 978-3-642-12731-1.

BUNDESÄRZTEKAMMER (Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer), 2013. “Ärztliches Handeln zwischen Berufsethos und Ökonomisierung. Das Beispiel der Verträge mit leitenden Klinikärztinnen und -ärzten”. *Deutsches Ärzteblatt* 2013, Vol. 110, N° 38, pp. A 1752-A 1756. Berlin: Deutscher Ärzteverlag GmbH. ISSN: 0012-1207. Disponible en: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Zeko/KlinikVertraege2013.pdf [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

BUNDESÄRZTEKAMMER, 2015. Stellungnahme: “Medizinische Indikationsstellung und Ökonomisierung”. *Deutsches Ärzteblatt* 2015, Vol. 112, N° 18, p. A 836. Berlin: Deutscher Ärzteverlag GmbH. ISSN: 0012-1207. Disponible en: <http://d.aerzteblatt.de/BS61> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

BUNDESÄRZTEKAMMER (Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer), 2022a. Stellungnahme: “Ärztliche Verantwortung an den Grenzen der Sinnhaftigkeit medizinischer Maßnahmen. Zum Umgang mit, Futility”. *Deutsches Ärzteblatt* 2022, Vol. 119, N° 19, pp. A-888 / B-736, pp. A1-A11. Berlin: Deutscher Ärzteverlag GmbH. ISSN: 0012-1207. Disponible en: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/zentrale-ethikkommission/ZEKO_Bek_Futurity_ONLINE_final.pdf [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

BUNDESÄRZTEKAMMER, 2022b. “Thesen zur Ökonomisierung der ärztlichen Berufstätigkeit”. *Deutsches Ärzteblatt* 2022, Vol. 119, N° 39, pp. A-1664 / B-1388, pp. 1-3. Berlin: Deutscher Ärzteverlag GmbH. ISSN: 0012-1207. Disponible en: <https://www.aerzteblatt.de/pdf.asp?id=227779> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

CALVO COSTA, Carlos A., 2021. “Responsabilidad Civil Médica”. Tomo I. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Thomson Reuters. 1ª edición. ISBN 978-987-03-4098-0.

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A. - SÁNCHEZ RUBÍN, José Antonio, 2017. “Indemnizaciones por anticoncepciones fallidas en Chile. ¿A qué título?” en: CORRAL TALCIANI, Hernán - MANTEROLA DOMÍNGUEZ, Pablo (ed.), *Estudios de Derecho Civil XII. Ponencias presentadas en las XIV Jornadas nacionales de derecho civil*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Thomson Reuters, pp. 577-592. ISBN: 978-956-346-893-9.

CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo A. - SÁNCHEZ RUBÍN, José Antonio, 2018. “Acciones de *wrongful conception* en Chile: una propuesta de fundamentación”. *Acta Bioethica*. Santiago de Chile: Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética de la Universidad de Chile, Vol. 24, N° 2, pp. 237-244. ISSN: 1726-569X.

DEUTSCH, Erwin, 2008. “Die internationale Dimension des Medizinrechts”. *Versicherungsrecht (VersR)*. Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Vol. 59, N° 22, pp. 993-998. ISSN: 0342-2429.

DUTTGE, Gunnar, 2019. “Folgenlose Missachtung der Pflicht zur ärztlichen Indikationsstellung? - zu den Risiken und Folgewirkungen von BGH, Urteil v. 2.4.2019 (VI ZR 13/18)”. *Zeitschrift für Medizinstrafrecht (medstra)*. Heidelberg: Verlag C. F. Müller GmbH, Vol. 5, N° 5, pp. 266-274. ISSN: 2199-4323.

FINN, Markus, 2015. “Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética”. *Revista Chilena de Derecho Privado (RChDP)*. Santiago de Chile: Fundación Fernando Fueyo Laneri de la Universidad Diego Portales, N° 25, pp. 55-75. ISSN: 0718-0233, eISSN: 0718-8072. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200002> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

FINN, Markus, 2016. “Krankenhaustaftung” en: SCHMOLA, Gerald/RAPP, Boris (ed.), *Compliance, Governance und Risikomanagement im Krankenhaus*, Wiesbaden: Verlag Springer Gabler, pp. 341-387. ISBN: 978-3-658-10666-9, eISBN: 978-3-658-10667-6.

FINN, Markus, 2017. “Educación sobre el riesgo médico: propósito, contenido, forma y tiempo”. *Revista Derecho y Salud (DyS)*. Córdoba (Argentina): Sala de Derecho a la Salud, Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), Universidad Blas Pascal, Vol. 1, N° 1, pp. 113-122. ISSN: 2591-3468, eISSN: 2591-3476. Disponible en: <https://issuu.com/ubpascal/docs/revista-derecho-y-salud-p-issuu> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

FINN, Markus, 2019a. “Arzthaftung bei lebensverlängernden Maßnahmen: *unwanted life* und, Eltern als Schaden? — Die unwirksam gewordene Einwilligung”. *Medizinrecht (MedR)*. München: Springer (in Gemeins-

(132) Así referente a la alimentación artificial por sonda BGH (2003), p. 514; BGH (2005), p. 720; FINN (2019a), p. 697; “Hufen” (2021), p. 1085; SPICKHOFF - DEURING (2019), p. 821.

(133) Sobre el término FINN (2019a), p. 697 con más referencias.

(134) Igualmente, “Hufen” (2021), p. 1084; DUTTGE (2019), p. 272; FINN (2019a), p. 698, cada uno con más referencias.

(135) Más detallado FINN (2019a), p. 699 en el contexto del establecimiento conjunto de objetivos terapéuticos por parte del médico y el paciente como la base del establecimiento de la indicación.

(136) Véase § 630e apartado 1 frase 2 BGB (*necesidad*). Además, debe observarse la obligación de discutir en

conformidad con el § 1828 apartado 1, frase 2 BGB.

(137) Véase KATZENMEIER (2021), capítulo V., cons. 28º.

(138) FINN (2019a), p. 699.

(139) BACH (2019), p. 1916; FINN (2019a), p. 699, opinión distinta LORZ (2020), pp. 174 y ss. (solo revocación del consentimiento).

(140) Cf. § 630h apartado 2, frase 2 BGB.

(141) Confirmado por el OLG München (2017) p. 324 (sub 4.) para el asunto en litigio.

(142) El conflicto decisorio (hipotético) se solapa con el Derecho tutelar (discusión con el tutor, aprobación del tribunal tutelar dado el caso), en detalle OLG München (2017), p. 323 (sub 2.1. a 2.3.). Generalmente en el requisito de un conflicto decisorio FINN (2017), p. 116.

(143) FINN (2019a), pp. 702 y s., agudo LOER (2019), p. 189; similar OLDENBURGER (2019), sub A. y C.; MESCH (2020), pp. 211 y s., 216.

(144) §§ 1827 apartado 2, frase 1, 1828 apartado 2 BGB.

(145) *Ibid.* Detallado Bundestags-Drucksache 16/8442, pp. 11, 15 y s.

(146) Así ya FINN (2019a), p. 702; FINN (2023), p. 8.

(147) Véase también BALTZ (2010), pp. 78 y s.

(148) En el resultado, igualmente SPICKHOFF - DEURING (2019), p. 823; ZIMMERMANN (2018), p. 108.

(149) Solo en caso de tratamiento contra la voluntad del paciente BALTZ (2010), pp. 156 y ss., como aquí probablemente PRÜTTING (2018), p. 102.

(150) FINN (2019a), pp. 703, 705.

(151) Similar BALTZ (2010), pp. 157 y s.

(152) Véase, sin embargo, con una considerable restricción al respecto desde el 1 de enero 2020 § 94 apartado 1a del SGB XII.

(153) FINN (2023), p. 8.

(154) En la medida en que dichos costes hayan sido asumidos por seguros de salud (estatal como privado), estos pueden exigir el reembolso de los gastos de tratamiento incurridos mediante recurso a los prestadores de servicios médicos en virtud de la subrogación legal (*cessio legis*), véase para las normas aplicables FINN (2019a), p. 722; FINN (2023), p. 2.

(155) Así ya FINN (2019a), p. 704.

(156) Véase al respecto FINN (2023), pp. 8 y s.

chaft mit C. H. BECK), Vol. 37, N° 9, pp. 695-705 y 722. ISSN: 0723-8886.

FINN, Markus, 2019b. "Comparación normativa: aborto en Alemania y Argentina. Entrevista a Markus Finn". *Gacetilla del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Universidad de Buenos Aires (ed.). Mayo 2019, Vol. 1, N° 2, pp. 2-7. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/depto-penal-gacetilla-003.pdf> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

FINN, Markus, 2023. "Leben kein Schaden"? — Eine Kritik der Perspektiven von BGH und BVerfG. *Gesundheit und Pflege — Rechtszeitschrift für das gesamte Gesundheitswesen (GuP)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, Vol. 13, N° 1, pp. 1-9. ISSN: 2191-3595.

GEIß, Karlmann - GREINER, Hans-Peter (2022). "Arzthaftpflichtrecht". München: Verlag C. H. Beck, 8ª edición. ISBN: 978-3-406-78603-7.

GSELL, Beate, 2022. "Anmerkung [BGH, NJW 2022, p. 868 — Kohl-Protokolle II]". *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 75, N° 12, p. 871. ISSN: 0341-1915.

HUFEN, Friedhelm, 2001. "In dubio pro dignitate - Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens". *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 54, N° 12, pp. 849-857. ISSN: 0341-1915.

HUFEN, Friedhelm, 2019. "Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Urteils des Bundesgerichtshofs VI ZR 13/18, („Weiterleben als Schaden?“) und der Erfolgsaussichten einer gegen dieses gerichteten Verfassungsbeschwerde — Rechtsgutachtliche Stellungnahme", 17/05/2019. Mainz: inédito.

HUFEN, Friedhelm, 2021. "Weiterleben als Schaden? — Weiterleben als Schaden! Grundrechtsschutz gegen Übertherapie vor dem Tode" en: BUBLITZ, Jan Christoph et al. (ed.), *Recht — Philosophie — Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*. Teilband II, 2ª edición. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 1079-1089. ISBN: 978-3-428-18545-0.

JANDA, Constanze, 2018. "Überversorgung am Lebensende — Ursachen und Lösungsansätze". *Medizinrecht (MedR)*. München: Springer (in Gemeinschaft mit C. H. BECK), Vol. 36, N° 10, pp. 778-784. ISSN: 0723-8886.

KATZENMEIER, Christian, 2002. "Arzthaftung". Tübingen: Verlag Mohr Siebeck. ISBN: 978-3-16-147681-5, eISBN: 978-3-16-157894-6.

KATZENMEIER, Christian, 2021. "Aufklärungspflicht und Einwilligung" en: LAUFS, Adolf - KATZENMEIER, Christian - LIPP, Volker, *Arztrecht*, 8ª edición. München: Verlag C. H. Beck. ISBN: 978-3-406-73675-9.

LEITMEIER, Lorenz, 2020. "Neubewertung des Lebens als Schaden?" *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 73, N° 39, pp. 2844-2849. ISSN: 0341-1915.

LIPP, Volker - BRAUER, Daniel, 2022. "Übertherapie und ‚Futility‘. *Gesundheit und Pflege — Rechtszeitschrift für das gesamte Gesundheitswesen (GuP)*. Baden-Baden: Nomos Verlag, Vol. 12, N° 6, pp. 205-211. ISSN: 2191-3595.

LOER, Annette, 2019. "Anmerkung zur BGH-Entscheidung, Leben als Schaden".

Betreuungsrechtliche Praxis (BtPrax). Köln: Bundesanzeiger-Verlag, Vol. 28, N° 5, p. 189. ISSN: 0942-2390.

LORZ, Sigrid, 2020. "Lebensverlängerung durch lebenserhaltende Maßnahmen als Schadensquelle". *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*. Berlin: Duncker & Humblot, N° 2, pp. 169-189. ISSN: 0944-4521. eISSN: 2747-6480.

LOVECE, Graciela, 2020. "El Derecho a la información" en: WEINGARTEN, Celia - LOVECE, Graciela (Directoras), *Tratado de Derecho a la salud*. Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Thomson Reuters. 2ª edición. ISBN: 978-987-03-3990-8.

MARTÍNEZ MORGADO, Constanza, 2023. "Wrongful birth actions en Chile. ¿Lesión a la autodeterminación o pérdida de la chance de abortar?" Chile: RUBICÓN EDITORES. 1ª edición. ISBN: 978-956-9947-66-7.

MARTIS, Rüdiger - WINKHART-MARTIS, Martina, 2021. "Arzthaftungsrecht — Fallgruppenkommentar". Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt. 6ª edición. ISBN: 978-3-504-18079-9.

MESCH, Maria, 2020. "Behandlungsziel und medizinische Indikation am Lebensende". *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*. Berlin: Duncker & Humblot, N° 2, pp. 191-217. ISSN: 0944-4521. eISSN: 2747-6480.

MÜLLER, Gerda, 2003. "Unterhalt für ein Kind als Schaden". *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 56, N° 10, pp. 697-706. ISSN: 0341-1915.

OLDENBURGER, Marko, 2019. "Leidenschaftliches Weiterleben-Müssen grundsätzlich nicht schadensersatzfähig". *juris PraxisReport Familien- und Erbrecht (juris-PR-FamR)*. Saarbrücken: Juris GmbH, N° 12, Anmerkung 1. eISSN: 1860-1561.

PRÜTTING, Jens / HEYN, Dorothee / STUBENRAUCH, Robin, 2023. „Eltern als Schaden? — Patientenautonomie bei ärztlicher Behandlung und am Lebensende". *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*. München: Verlag C. H. Beck, Vol. 76, N° 6, pp. 321-326. ISSN: 0341-1915.

PRÜTTING, Jens, 2018. "Lebenserhaltung als Haftungsmoment - Eine kritische Analyse". *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*. Berlin: Duncker & Humblot, N° 3, pp. 94-104. ISSN: 0944-4521. eISSN: 2747-6480.

SIMMLER, Christiane (2012). "Der Aufklärungsfehler" en: WENZEL, Frank (ed.), *Der Arzthaftungsprozess. Medizinschaden. Fehler-Folgen-Verfahren*. Köln: Verlag Luchterhand, cons. 1656°-1849°. 1ª edición. ISBN: 978-3-472-07820-3.

SPICKHOFF, Andreas - DEURING, Silvia, 2019. "Haftung wegen Lebenserhaltung?". *Juristenzeitung (JZ)*. Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, Vol. 74, N° 17, pp. 815-824. ISSN: 0022-6882.

THÖNS, Matthias, 2018. "Patient ohne Verfügung. Das Geschäft mit dem Lebensende". München: Piper Verlag GmbH. ISBN: 978-3-492-31219-6.

WAGNER, Gerhard, 2023. "Behandlungsvertrag" en: SÄCKER, Franz Jürgen et al (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 5. 9ª edición. München: Verlag C. H. Beck. ISBN: 978-3-406-76675-6.

WAGNER, Gerhard, 2020. "Unerlaubte Handlungen" en: SÄCKER, Franz Jürgen et al (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 7. 8ª edición. München: Verlag C. H. Beck. ISBN: 978-3-406-72607-1.

ZIMMERMANN, Anton S., 2018. "Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive". *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*. Berlin: Duncker & Humblot, N° 3, pp. 104-109. ISSN: 0944-4521. eISSN: 2747-6480.

IX. Otros documentos utilizados

DEUTSCHER BUNDESTAG, Drucksache N° 16/8442, 6 de marzo de 2008 [citado: Bundestags-Drucksache 16/8442], Disponible en <https://dserver.bundestag.de/btd/16/084/1608442.pdf> [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

X. Normas citadas

BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), escriturado 18 de agosto de 1896, anunciado: 2 de enero de 2002 (Bundesgesetzblatt I, p. 42, 2909; 2003 I, p. 738), último cambio: Art. 1 ley de 14 de marzo de 2023 (Bundesgesetzblatt I, N° 72).

BVerfGG (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Bundesverfassungsgesetz), escriturado: 12 de marzo de 1951, anunciado: 11 de agosto de 1993 (Bundesgesetzblatt I, p. 1473), último cambio: Art. 4 ley de 20 de noviembre de 2019 (Bundesgesetzblatt I, p. 1724).

GG (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland), escriturado: 23 de mayo de 1949 (en la versión ajustada publicada en Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1), último cambio: Art. 1 ley de 19 de diciembre 2022 (Bundesgesetzblatt I, p. 2478).

Ley 27.610 de la Argentina, Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, N° 1961/21 v. 15/01/2021, Boletín Oficial N° 34.562, Primera Sección.

Ley 21.030 Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, Promulgación: 14 de septiembre de 2017, Publicación: 23 de septiembre de 2017, Versión: Única - 23 de septiembre de 2017.

SGB XII (Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch —Sozialhilfe—), escriturado: 27 de diciembre de 2003 (Bundesgesetzblatt I, pp. 3022, 3023), último cambio: Art. 7 ley de 6 de junio de 2023 (Bundesgesetzblatt I, N° 146).

StGB (Strafgesetzbuch), escriturado: 15 de mayo de 1871, anunciado: 13 de noviembre de 1998 (Bundesgesetzblatt I, p. 3322), último cambio: Art. 1 ley de 26 de julio de 2023 (Bundesgesetzblatt I, N° 203).

XI. Jurisprudencia citada

BGH (1958), 9 de diciembre de 1958, N° VI ZR 203/57, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 12, N° 18, pp. 811-814. München, 1959.

BGH (1983), 18 de enero de 1983, N° VI ZR 114/81, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 36, N° 24, pp. 1371-1374. München, 1983.

BGH (1984), 19 de junio de 1984, N° VI ZR 76/83, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 37, N° 46, pp. 2625-2627. München, 1984.

BGH (1992), 30 de junio de 1992, N° VI ZR 337/91, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 45, N° 46, pp. 2961-2962. München, 1992.

BGH (2000), 15 de febrero de 2000, N° VI ZR 135/99, *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 18, N° 7, pp. 323-326, München, 2000.

BGH (2003), 17 de marzo de 2003, N° XII ZB 2/03, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 21, N° 9, pp. 512-520, München, 2003.

BGH (2005), 8 de junio de 2005, N° XII ZR 177/03, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 23, N° 12, pp. 719-721, München, 2005.

BGH (2006), 14 de noviembre de 2006, N° VI ZR 48/06, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 25, N° 9, pp. 540-543, München, 2007.

BGH (2008), 27 de mayo de 2008, N° VI ZR 69/07, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 26, N° 11, pp. 666-668, München, 2008.

BGH (2012), 7 de febrero de 2012, N° VI ZR 63/11, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 30, N° 7, pp. 456-460, München, 2012.

BGH (2019a), 2 de abril de 2019, N° VI ZR 13/18, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 37, N° 9, pp. 722-725, München, 2019, y en: BGHZ Vol. 221, N° 21, Köln, 2020, pp. 352-363.

BGH (2019b), 3 de julio de 2019, N° 5 StR 132/18, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 72, N° 42, pp. 3092-3096, München, 2019.

BGH (2019c), 3 de julio de 2019, N° 5 StR 393/18, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 72, N° 42, pp. 3089-3092, München, 2019.

BGH (2021), 29 de noviembre de 2021, N° VI ZR 258/18, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 75, N° 12, pp. 868-871, München, 2022.

BGH (2023), 14 de febrero de 2023, N° VI ZR 295/20, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 76, N° 26, pp. 1878-1882, München, 2023.

BvF (1993), 28 de mayo de 1993, N° 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 46, N° 28, pp. 1751-1779, München, 1993.

BvF (1997), 12 de noviembre de 1997, N° 1 BvR 479/92 y 1 BvR 307/94, en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 51, N° 8, pp. 519-523, München, 1998.

BvF (2020), 26 de febrero de 2020, N° 2 BvR 2347/15 (entre otros), en: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Vol. 73, N° 13, pp. 905-921, München, 2020.

BVerfG (2022), 7 de abril de 2022, N° 1 BvR 1187/19, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 41, N° 6, pp. 468-470, München, 2023. Disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rk20220407_1bvr118719.html [fecha de consulta: 7 de agosto de 2023].

BVerwG (2017), 2 de marzo de 2017, N° 3 C 19.15, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 35, N° 10, pp. 823-828, München, 2017.

LG München I (2016), 28 de noviembre de 2016, N° 9 O 5246/14, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 35, N° 11, pp. 889-892, München, 2017.

OLG München (2017), 21 de diciembre 2017, N° 1 U 454/17, en: *Medizinrecht (MedR)*, Vol. 36, N° 5, pp. 317-326, München, 2018.

RG (1894), 31 de mayo de 1894, N° 1406/94, en: RGSt 25, pp. 375-389. Berlin.

RG (1908), 27 de mayo de 1908, N° VI 484/07, en: RGZ 68, pp. 431-438. Berlin.

La superación de la personalidad jurídica en el Derecho Brasileño

Aspectos sustantivos y procesales



Érico Andrade



Doctor en Derecho Procesal. Profesor de Derecho Procesal de la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Visitante de la Università degli Studi di Trento y de la Università degli Studi di Verona.



Leonardo Parentoni



Doctor en Derecho Comercial. Fundador y coordinador del Área de Investigación en Derecho, Tecnología e Innovación del Programa de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UFMG. Profesor de Derecho en la UFMG. Fue miembro de la composición original del Consejo Nacional de Protección de Datos Personales y de la Privacidad de Brasil (CNPd), designado por la Presidencia de la República.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Superación de la personalidad jurídica: líneas generales.— III. La normativa sustantiva del instituto.— IV. Diferencia entre el concepto de superación “tradicional” y el más reciente del instituto.— V. La crisis de la limitación de la responsabilidad de los socios.— VI. Las recientes reformas de la legislación sobre superación de la personalidad jurídica en el marco del derecho sustantivo: la reforma de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) y la Declaración de Derechos a la Libertad Económica (ley 13.784/2019).— VII. Las normas procesales del instituto en el Código de Procedimiento Civil de 2015.— VIII. Observaciones finales.

I. Introducción

Este artículo tiene como objetivo brindar un marco general de la institución de superación de la personalidad jurídica en el ordenamiento jurídico brasileño, a la luz de los cambios ocurridos en los últimos años. Más precisamente, examinaremos, por un lado, la principal disposición que regula la materia desde el punto de vista del derecho sustantivo (art. 50, Cód. Civil brasileño), por otro lado, la disciplina, relevante desde el punto de vista procesal, dictada por el Código de Enjuiciamiento Civil de 2015, y la introducida por la “Reforma de Consolidación de las Leyes del Trabajo - CLT” y la llamada “Declaración de Derechos sobre Libertad Económica” (ley 13.784/2019).

La investigación se realizará con el objetivo de ilustrar el panorama legislativo relevante, a partir del análisis de los propósitos comunes de las reformas mencionadas, tratando de demostrar que la regla de superación de la personalidad jurídica en Brasil es menos intuitiva de lo que parece, planteando, además, algunas cuestiones muy controvertidas, respecto de las cuales el debate sigue abierto hoy tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

II. Superación de la personalidad jurídica: líneas generales

En el ordenamiento jurídico brasileño —como ocurre en otros ordenamientos jurídicos— se aplica el principio según el cual quien tiene una deuda (*debitum*) es el principal responsable del pago de esta (*obligatio*) (1), sin perjuicio de la existencia de situaciones en las que la deuda pueda

ser atribuida a otra persona. La superación de la personalidad jurídica concierne, precisamente, a estas hipótesis: es una de las técnicas utilizadas en el ordenamiento jurídico brasileño para contrarrestar el abuso de derecho que ocurre en situaciones de disociación subjetiva entre deuda y responsabilidad (2).

Este instituto recibe diferentes nombres en los distintos países en los que es admitido, e incluso se encuentran varios nombres dentro del mismo Estado. Por lo tanto, con fines meramente educativos, parece útil mencionar brevemente algunos de ellos. En los sistemas jurídicos estadounidense e inglés hablamos de *doctrina del desprecio*, *desprecio de la corporación* y *desprecio de la entidad jurídica* (3). Portugal prefiere los términos *desconsideração da personalidade jurídica* (4) y *levantamento da personalidade colectiva* (5). En España y países latinoamericanos de habla hispana prevalecen los términos *devaluación de la personalidad jurídica* (6), *inadmisibilidad de la personalidad jurídica* (7) o *teoría de la penetración* (8). Finalmente, en Italia la expresión más utilizada es *superación de la personalidad jurídica*, que se encuentra en los estudios clásicos sobre el tema de los años 1960 (9).

La superación de la personalidad jurídica no opera en el nivel de existencia o validez del negocio jurídico (10), sino en el de *eficacia* (11). Esto significa que el negocio jurídico respecto del cual resulta relevante producirá efectos distintos de los originalmente previstos, determinando la responsabilidad financiera de una persona que, en circunstancias normales, no sería considerada responsable. Por tanto, el principal efecto de la superación

de la personalidad jurídica es dejar *sin efecto* la limitación de responsabilidad frente a un *acreedor concreto* y a un crédito determinado (12).

Históricamente, con la superación de la personalidad jurídica se ha atribuido al accionista una obligación contraída por una empresa: en este caso hablamos de superación *directa* de la personalidad jurídica. Sin embargo, también se admite lo contrario cuando se atribuye a la empresa una obligación contraída personalmente por el accionista: en este segundo caso hablamos de *extralimitación inversa* (13).

III. La normativa sustantiva del instituto

Pueden ser muchas, si no innumerables, las circunstancias de hecho que legitimen la utilización del instituto de la superación de la personalidad jurídica, tal como las ha agrupado el legislador brasileño —en el art. 50 del Código Civil— en dos categorías: *subjetiva* y *objetiva*.

Las presuposiciones *subjetivas* son aquellas que, como su propio nombre indica, tienen relación *directa* con la intención del sujeto que realizó el acto. Se producen en los casos en que el art. 50 del Cód. Civil habla de “abuso de personalidad jurídica” (14). Por lo tanto, incluimos los casos en los que se invoca conscientemente *de manera abusiva* el principio de limitación de la responsabilidad patrimonial. Por ejemplo, en el caso de transmisiones fraudulentas de participaciones entre un accionista y la sociedad, en las que la obligación de pago recae sobre esta última, mientras que el correspondiente beneficio económico se desvía fraudulentamente

hacia el patrimonio personal del accionista.

Los presupuestos *objetivos*, por el contrario, se dan en situaciones de hecho en las que no se encuentra (o, en todo caso, no se encuentra predominantemente) el elemento subjetivo, es decir, la intención de realizar un acto fraudulento, sino la conducta. —*considerada objetivamente*— excede los límites dentro de los cuales la ley autoriza la limitación de la responsabilidad financiera. Un ejemplo clásico —expresamente contemplado en el art. 50 del Cód. Civil brasileño— se reconoce en la confusión de patrimonio (15), que se produce cuando no se observan las formalidades contables y legales necesarias para separar el patrimonio personal de los socios del de la sociedad.

IV. Diferencia entre el concepto de superación “tradicional” y el más reciente del instituto

La normativa vigente no regula expresamente una situación importante, que ha sido objeto de un amplio debate en la doctrina y la jurisprudencia desde principios de los años 2000. Estos son los requisitos previos para el funcionamiento de la institución en cuestión, reconstruidos de manera diferente a la orientación *tradicional* en comparación con la más reciente: el enfoque clásico exige que el acreedor pruebe los requisitos previos subjetivos u objetivos antes mencionados; el más reciente considera suficiente la existencia de argumentos de carácter económico o de protección de los sujetos más débiles —como, por ejemplo, los consumidores— con repercusiones en términos de la carga de la prueba, ya que

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Véase GOMES, O. *Obrigações*, Río de Janeiro, 2000, ps. 12-13: “El deber de realizar corresponde al *debitum*, a la sujeción la *obligatio*, es decir, la responsabilidad. (...) En primer lugar, existe una coincidencia entre *debitum* y *obligatio*, ya que la responsabilidad se manifiesta como consecuencia de la deuda. Hay situaciones, sin embargo, en las que la escisión es necesaria para aclarar la exposición dogmática de diversas instituciones y puntos del derecho de las obligaciones. Hay obligaciones para las cuales los dos elementos no coinciden”. Sobre el tema, véase, si se desea, E. ANDRADE, E. - PARENTONI, L., “Advocacia pública em juízo eo cpc de 2015: intervenção de terceiros (incidente de desconsideração da personalidade jurídica e amicus curiae)”, en Ra Ribeiro, Tf Almeida, Ma Féres, Js Albergaria Neto, Ag Andrade, Lg Levate (ed.), *Advocacia pública em juízo*, Belo Horizonte, 2018, ps. 103 y ss.

(2) PARENTONI, L., *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/Estudios jurídicos empíricos)*, São Paulo, 2014, p. 49 s.: “La superación de

la personalidad jurídica puede considerarse una *derivación* de la idea de abuso de derecho, ya que es una técnica aplicable específicamente con el fin de disuadir los abusos relacionados con la limitación de responsabilidad cometidos a través de centros autónomos para el atribución de derechos y deberes, cuando esta limitación se utilice en contra de las razones históricas, económicas y sociales que la condicionan”.

(3) VANDEKERCKHOVE, K., *Perforando el velo corporativo. Un enfoque transnacional*, Aspen, 2007, 27 y ss.

(4) RIBEIRO, MF, *A Tutela dos Crederes da Sociedade por Quotas ea Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Coimbra, 2009.

(5) MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Coimbra, 2000, p. 20s.

(6) ZÁRATE, HZ, “Personalidad jurídica y su desestimación”, en http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Zarate.pdf.

(7) GRISPO, JD, “Inoponibilidad de la personalidad corporativa”, en www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf.

(8) GARRONE, J. A., “Derecho Comercial: Institucio-

nes Generales, Sociedades, Contratos, I”, Buenos Aires, 2008, 2ª ed., p. 214.

(9) VERRUCOLI, P., “La superación de la personalidad jurídica de las sociedades anónimas en el derecho común y en el derecho civil”, Milán, 1964.

(10) JUNQUEIRA DE AVEVEDO, A., “Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia”, São Paulo, 2010, 7ª ed., p. 63.

(11) PARENTONI, L. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, Porto Alegre, 2018, p. 37.

(12) Véase SALOMÃO FILHO, Calixto, *O Novo Direito Societário*, São Paulo, 2006, 3ª ed., p. 238; y ULHOA COELHO, F., *Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, en *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, n. 36, ps. 38-44, martes, 1992.

(13) Ver PARENTONI, L., *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria / Estudios jurídicos empíricos)*, ob. cit., ps. 87-91. La hipótesis de la superación *inversa* fue aceptada expresamente por primera vez en el código procesal de 2015, en el art. 133, § 2,

y posteriormente también en el Código Civil, tras la modificación del art. 50 cc por ley 13.874, de 20 de septiembre de 2019, que añadió el § 3 al art. 50 cc.

(14) El arte. 50 cc establece lo siguiente: “En caso de abuso de personalidad jurídica, caracterizado por desviación de objeto o confusión de bienes, el juez, a petición de parte o del Ministerio Público, cuando le corresponda intervenir en el proceso, puede superarlo de manera que los efectos de ciertas y determinadas relaciones obligatorias recaigan sobre el patrimonio privado de los administradores o miembros de la persona jurídica que se hayan beneficiado directa o indirectamente del abuso”. (En portugués: “Art. 50. En el caso de abuso de personalidad jurídica, caracterizado por falta de firmeza o por confusión patrimonial, de poder o de juicio, a petición de parte, o del Ministerio Público cuando el cobertor interviene en el proceso, lo ignorará para asegurar que los efectos de ciertas y determinadas relaciones de obligación se extiendan a los beneficios particulares de los administradores o miembros de personas jurídicas que se beneficien directa o indirectamente del abuso”).

(15) SCALZILLI, JP. *Confusão Patrimonial no Direito Societário*, São Paulo, 2015, p. 93.

la empresa está obligada a demostrar la no ocurrencia de las condiciones para el funcionamiento del instituto.

La *superación de la personalidad jurídica en el enfoque tradicional* fue la primera en desarrollarse y apareció en las decisiones de algunos tribunales de *common law* en el siglo XIX (16). Su principal característica es la de *presumir la igualdad formal* entre los sujetos en las relaciones contractuales, de lo que se desprende que la carga de probar la presencia acumulativa de todas las condiciones para el funcionamiento de la institución recae en quienes la invocan (17); supuestos que en el ordenamiento jurídico brasileño suelen ser identificados en la subcapitalización y el abuso de la limitación de responsabilidad. Este enfoque, por ejemplo, se ha seguido en disputas que involucran a empresas de tamaño económico similar.

La formulación más reciente del alcance de la *superación de la estructura corporativa* se ha desarrollado desde la segunda mitad del siglo XX, debido a las reglas especiales aplicables a los microsistemas regulatorios, como los derechos de los consumidores, los derechos ambientales y el derecho laboral. La principal diferencia con la teoría clásica consiste en la diversidad de *presupuestos*: la superación se invoca en realidad sobre la base de argumentos de carácter económico o de protección de sujetos débiles o de bienes jurídicos particularmente relevantes, como, por ejemplo, el derecho al medio ambiente.

V. La crisis de la limitación de la responsabilidad de los socios

El desarrollo más reciente en el derecho brasileño ha facilitado, por tanto, el reconocimiento de compensaciones a favor de determinados sujetos, considerados débiles, extendiendo la responsabilidad a los accionistas, en los casos en que la empresa no disponía de capital propio suficiente para hacer frente a sus deudas. El objetivo era proteger a individuos como consumidores (18) o trabajadores por cuenta ajena (19), así como garantizar la protección de activos jurídicos estratégicos (20).

En estos ámbitos se han aprobado específicas disposiciones normativas “siempre que” uno de estos sujetos resulte dañado, sosteniendo que la superación de la personalidad jurídica puede tener lugar incluso en ausencia de los requisitos tradicionales previos, es decir, incluso en ausencia de abuso de derecho, la personalidad jurídica, de descapitalización o confusión patrimonial.

Así, según el enfoque más reciente, basta con que el acreedor sea uno de los sujetos protegidos por las *normas especiales en cuestión* para desconocer la personalidad jurídica de la sociedad deudora y afectar directamente al patrimonio de los accionistas. El efecto principal es extender la responsa-

bilidad a los miembros de la persona jurídica deudora *simplemente* por la insuficiencia financiera de esta, incluso si *no ha existido* una conducta ilícita (subjetiva u objetiva) por parte del miembro cuyo patrimonio fue afectado. En este caso, como se explicará más adelante (21), en el momento de ejecutarse la sentencia dictada contra la sociedad, tras comprobar que esta no tiene bienes, se procedió al embargo contra los accionistas. En otras palabras, nos enfrentamos a una especie de solidaridad pasiva entre los miembros y la empresa. De esta forma, *cualquier* actividad empresarial sujeta a alguna de las citadas disciplinas especiales (como la venta de cualquier producto o servicio al consumidor final o la generalidad de las relaciones laborales) generaría este tipo de “solidaridad pasiva”, de forma totalmente contraria al principio de *separación de bienes*.

Como era de esperar, dado su amplio ámbito de aplicación, el uso de esta versión de la superación de la pantalla corporativa ha sido fuente de abuso por parte de la jurisprudencia. De hecho, hemos sido testigos de un uso indiscriminado de la institución, ya que los tribunales brasileños han comenzado, especialmente en el campo del derecho laboral, ambiental y del consumidor, a reconocer la responsabilidad de manera sustancialmente automática a los miembros, independientemente, además, por el hecho de que habrían sido partes en el proceso contra la empresa. Algunas de estas decisiones llegaron incluso a ampliar la responsabilidad a los socios con una pequeña participación en el capital social (por ejemplo, menos del 5%), socios que nunca habían participado en la gestión de la empresa, que nunca habían asistido a sus reuniones en el domicilio social y respecto del cual no existía ni el más mínimo indicio de fraude. Todos fueron *considerados responsables simplemente por ser miembros*, basándose en una aplicación irrazonable del llamado enfoque más reciente del instituto.

En los últimos años, en Brasil, se han dictado innumerables órdenes judiciales de este tipo, principalmente en conflictos laborales (22). Se trata de un planteamiento frente al cual los autores no pueden más que expresar su firme desacuerdo, por las numerosas repercusiones negativas que entraña: el aumento del precio de los productos y servicios para el consumidor, ligado a los costes de cobertura de los seguros por parte de los productores, incorporados en el precio final (23); el éxodo corporativo hacia países que ofrecen mayor seguridad jurídica a los inversores al respetar la separación de activos entre los accionistas y la empresa, en detrimento de las inversiones en Brasil (24); *el obstáculo a la innovación y la entrada de nuevos agentes al mercado nacional*, ya que muchos empresarios simplemente no están dispuestos a invertir con tal riesgo.

Las reacciones ante el uso indebido del llamado instituto de superación han sido duros no solo por parte del entorno em-

presarial, sino también de la doctrina, que ha subrayado la necesidad de recuperar los supuestos y límites tradicionales de la institución, en nombre de la seguridad jurídica y del buen funcionamiento de los mercados. Los títulos de algunos libros publicados recientemente permiten captar la actitud crítica de los autores brasileños, entre los que, por ejemplo, podemos mencionar *El fin de la responsabilidad limitada en Brasil* (25) o *La deconstrucción de la superación de la personalidad jurídica* (26). Uno de los autores de este artículo también abordó el tema de manera crítica, centrándose en las consecuencias negativas de estas interpretaciones, tanto desde el punto de vista microeconómico como macroeconómico (27). Se puede decir por tanto que se ha formado una corriente de pensamiento, encaminada a respetar la separación de bienes y el principio de limitación de responsabilidad.

Las críticas de la doctrina a la mencionada orientación jurisprudencial han llevado al legislador a modificar la regulación de la institución en cuestión, con el *objetivo de limitar su campo de aplicación, retomando sus supuestos clásicos* y, en consecuencia, facilitar la *previsibilidad y certeza del derecho* (28). Sobre todo, porque la falta de estas condiciones compromete el flujo mismo de las relaciones económicas y de los contratos comerciales (29). Es decir, hemos pasado a rechazar y combatir la solicitud formulada por la más reciente orientación, para lo cual no es necesario fraude o cualquier tipo de acto ilícito por parte de la persona jurídica deudora. Por tanto, se rechazan los argumentos deducidos de las decisiones judiciales que aplicaron de oficio la superación sin distinción hacia todos los accionistas, incluidos aquellos accionistas minoritarios o aquellos sin poder de gestión, por el solo hecho de serlo.

Hay tres cambios legislativos recientes en Brasil, que afectan tanto al ámbito del derecho sustantivo como al procesal, que merecen ser destacados: i) Desde el punto de vista del derecho sustantivo, la Reforma de Consolidación de las Leyes del Trabajo de 2017, y, más recientemente, la emisión de la Declaración de Derechos a la Libertad Económica (ley 13.784/2019); ii) En el ámbito del derecho procesal, el Código de Procedimiento Civil de 2015, que regula específicamente el incidente denominado “superación de la personalidad jurídica” (arts. 133/137).

VI. Las recientes reformas de la legislación sobre superación de la personalidad jurídica en el marco del derecho sustantivo: la reforma de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) y la Declaración de Derechos a la Libertad Económica (ley 13.784/2019)

En los últimos años, Brasil ha experimentado dos cambios profundos en la regulación *sustantiva* de la superación de la personalidad jurídica.

En el año 2017, la Consolidación de las Leyes del Trabajo - CLT —conocida como reforma CLT (ley 13.467/2017)— principal ley, de 1942, del Estado brasileño en el ámbito del derecho laboral. Los cambios realizados tenían como objetivo reducir los costos laborales para los empleadores y hacer más competitivo al Estado brasileño. Posteriormente, en el año 2019, con el objetivo de reducir la burocracia y la injerencia estatal en la iniciativa privada y favorecer la autonomía de los agentes económicos, se aprobó la ley 13.784/2019 —conocida como *Declaración de Derechos sobre Libertad Económica*— que afectó el art. 50 del Cód. Civil, en los términos que se ilustran a continuación.

Por lo que aquí resulta relevante, las dos leyes citadas tenían el propósito común de *establecer parámetros adicionales para la aplicación de la superación de personalidad jurídica, limitando su alcance* y fortaleciendo la *previsibilidad* de su aplicación, ante el deseo de ofrecer una mayor *seguridad jurídica*. Las intervenciones legislativas, por tanto, estuvieron encaminadas a limitar la aplicación excesiva de esta institución por parte de la jurisprudencia.

La “Reforma CLT” modificó el art. 2º de la Consolidación de Leyes del Trabajo (CLT) (30), al que la jurisprudencia solía referirse para justificar la aplicación de la superación de la personalidad jurídica. Esta ley insertó un párrafo 3º en el citado art. 2º, estableciendo expresamente que dos o más sociedades cuyos miembros sean los mismos no constituyen, por el solo hecho de ello, un grupo de sociedades, siendo necesario demostrar la efectiva comunidad de intereses y la actuación conjunta de las sociedades (31). La intención de *rechazar* la incidencia de la *superación en su sentido más reciente* se percibe claramente en la nueva ley, pues exige acreditar la superación de requisitos que exige la orientación tradicional, como la “comunidad efectiva de intereses” y la “acción conjunta de las empresas”, integrando un mismo grupo económico para que pueda reconocerse el abuso de personalidad jurídica y, en consecuencia, actuar contra otras empresas, distintas de la deudora, pero pertenecientes al mismo grupo. De esta manera, el legislador intentó reintroducir en la legislación laboral la necesidad de ajustarse a los requisitos previos de superación de los llamados tradicionales, según lo regula el art. 50 del Cód. Civil brasileño (32).

El segundo cambio legislativo reciente se refiere al art. 50 del Cód. Civil, que —como hemos visto— regula los aspectos *sustanciales* de la superación de la personalidad jurídica. Este artículo enumera tanto los requisitos subjetivos (incluidos en las expresiones “abuso de personalidad jurídica” y “desviación de finalidad”) como los requisitos objetivos para la superación de la personalidad jurídica (“confusión patrimonial”, por ejemplo), cuya prueba de existencia incumbe a quienes exigen superar la pantalla

(16) Como en el caso clásico de *Bank of United States v. Deveaux*, ocurrido nos Estados Unidos da América, em 1809: LAHORGUE NUNES, S.; TORRES BIANQUI, PH. “Una Consideración de la Personalidad Jurídica: Consideraciones sobre el origen del principio”. En: EVA Novaes França (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Barrio Latino, 2009, ps. 300-303.

(17) PARENTONI, L. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, ob. cit., p. 109.

(18) L. 8078/1990, la discos compactos. “Código de Defesa del Consumidor”, art. 28, art. 5.

(19) “*Consolidação das Leis do Trabalho - CLT*”, art. 2, § 2.

(20) L. 9605/1998, art. 4.

(21) Véase más abajo, § VII.

(22) Véase, por ejemplo, *Tribunal Superior do Trabalho*. 3º Turma, AIRR. nº 87969-58.2001.5.15.5555, j. 08/05/2002, Rel. Juíza Convocada Eneida Melo Correia de Araújo (en *www.tst.jus.br*); *Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul*. 9ª Câmara Cível, Al. nº 70032657991, j. 25/11/2009, Rel. Desembargadora Iris Helena Me-

deiros Nogueira (en *www.tjrs.jus.br*); *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. 7ª Câmara Cível, Al. nº 0668434-90.2006.8.13.0471, j. 15/09/2009, Rel. Desembargador Edivaldo George dos Santos (en *www.tjmg.jus.br*).

(23) ANCONA LÓPEZ, T. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, São Paulo, 2010, p. 48.

(24) LORENZETTI, R. L. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*, São Paulo, 2010, 2ª ed., p. setenta y cinco.

(25) SALAMA, B. *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil*, São Paulos, 2014.

(26) Nunes, M. TG. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo, 2007.

(27) PARENTONI, L. *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica*, ob. cit., p. 157 y ss.

(28) Ver ERIZADO, N. “El orden jurídico del mercado”, Roma, 2001, p. 5. “Nadie duda de que el mercado es un orden: algunos lo declaran explícitamente, otros lo presuponen o lo dejan a la discusión. Orden, en el sentido de *regularidad y previsibilidad*. de acción: quien entra en el

mercado —en el mercado de un determinado bien— sabe que la acción, la propia y la de los demás, está regida por reglas (...).” Más recientemente, por el propio IRTI, N. “Una ley incalculable”, Turín, 2016.

(29) FORGIONI, P. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, São Paulo, 2009, p. 75.

(30) Ver redacción original del art. 2, apartado 1 y apartado 2 de la “CLT”: “Art. 2 - Se considera empleador a la empresa, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, asume, coordina y gestiona la prestación personal de servicios. § 1 - Los trabajadores autónomos, las instituciones benéficas, las asociaciones recreativas u otras instituciones sin fines de lucro que contratan trabajadores por cuenta ajena son equivalentes a los empleadores, a los efectos exclusivos de la relación laboral. § 2 - Siempre que una o más empresas, a pesar de tener cada una personalidad jurídica propia, estén bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo un grupo de actividad industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, se-

rán, para los efectos de la relación laboral, la sociedad matriz y cada una de las filiales son solidariamente responsables”.

(31) La Ley 13.467/2017 modificó el apartado 2 del art. 2 de la “CLT” y además se inserta el nuevo apartado 3 al mismo art. 2 de la “CLT”: “Art. 2 (...) § 2 Cuando una o varias empresas, aunque cada una tenga personalidad jurídica propia, estén bajo la dirección, control o administración de otra, o incluso cuando, aunque cada una conserve su propia autonomía, formen parte de una organización económica grupo, serán solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral. § 3 La mera identidad de los miembros no caracteriza a un grupo económico, siendo necesaria, para la configuración del grupo, la demostración del interés integrado, la efectiva comunión de intereses y la actuación conjunta de las empresas que participan en el grupo”.

(32) Véase PARENTONI, L. *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, ob. cit., pp. 58-73.

corporativa. Se trata de supuestos mucho más rigurosos que los de la orientación de la denominada superación.

Sin embargo, la jurisprudencia anterior no ha dejado de “aplicarse”, a juicio de los autores, de un modo nada aceptable, al considerar posible predecir la superación de la personalidad jurídica pese a la ausencia de los requisitos previstos en el art. 50 cc.

Con la ley 13.874/2019, buscamos, entre otros objetivos, implementar la desburocratización del Estado brasileño, reduciendo el papel del Estado y creando un entorno empresarial más favorable a los negocios, reduciendo, entre otras cosas, las hipótesis de circunstancias, ya excepcionales, en que se puede aplicar la institución en cuestión. De esta forma, se espera una mayor previsibilidad en el recurso interpuesto por los tribunales, limitando el riesgo de que los accionistas o empresas pertenecientes a un mismo grupo sean llamados a responder de las deudas de la empresa principal deudora. Con ese objetivo, el legislador de 2019 intervino sobre el art. 50 cc.

En primer lugar, justo en el *caput* del art. 50, se añadió la disposición según la cual los efectos de la superación de la personalidad jurídica operan solo en detrimento de los sujetos que se benefician “directa o indirectamente del abuso” (33). La nueva norma tiene por objeto *obstaculizar las solicitudes de superación de la personalidad jurídica genérica*, que la jurisprudencia se había mostrado inclinada a aceptar frente al conjunto de los accionistas de la sociedad deudora, incluso en ausencia de alegación y prueba de la conducta abusiva o fraudulenta llevada a cabo por cada uno de ellos. Estas solicitudes alcanzaron —como se ha dicho— incluso a los accionistas minoritarios, que no tenían relación alguna con los órganos de administración de la sociedad, y que finalmente se vieron obligados a soportar la deuda de otros, por la que no habían dado causa y de la que no conocían ni siquiera la existencia. En otras palabras, la misma consecuencia de la solidaridad pasiva se aplicó indebidamente a la superación de la perso-

nalidad jurídica, ya que no existía ninguna base jurídica o contractual para el impacto de la solidaridad en estos casos. Por el contrario, los accionistas minoritarios y de buena fe se vieron sorprendidos por exigencias de pago de deudas —a menudo de importe importante— que en ningún caso deberían haberles sido atribuidas.

El nuevo texto, en los apartados 1 y 2, proporciona una *interpretación auténtica* (34) de lo que serían las hipótesis de “abuso de finalidad” y “confusión patrimonial” respectivamente, principales supuestos subjetivos y objetivos en los que puede sustentarse la superación de la personalidad jurídica. La intención del legislador aquí era aclarar la configuración exacta de estas hipótesis, con el fin de reducir el *activismo del sistema judicial* (35) mencionado anteriormente (36).

El nuevo apartado 3 del art. 50 cc, por otra parte —a pesar de que el caso ya está pacíficamente reconocido en la doctrina y la jurisprudencia desde hace algún tiempo— no ha hecho más que poner de relieve la existencia de la superación *inversa* (37).

El apartado 4 de este artículo tiene la misma finalidad que el nuevo apartado 3 del art. 2º de la CLT, antes citado, destinado a limitar el impacto de la superación de la personalidad jurídica en grupos de empresas (38). Lo que surge es que está permitido realizar una planificación empresarial de modo que una determinada empresa se organice en forma de grupo, dividiendo cada parte de sus actividades (y sus respectivas responsabilidades) en diferentes entidades jurídicas, en lugar de concentrarlo todo en una sola sociedad. Es el derecho que tiene el empresario a “no poner todos los huevos en la misma cesta”. Este derecho fue negado reiteradamente por la práctica judicial que permitió superar el filtro societario en el contexto de grupos económicos, por el simple hecho de la existencia del grupo.

Finalmente, la última disposición introducida por las recientes reformas legislativas es el apartado 5 del art. 50 cc. En cierto modo conectado con el apartado 4 antes

analizado, se destaca también *la autonomía de la voluntad del empresario* y su derecho a *modificar libremente el objeto social, tanto para excluir como para añadir nuevas actividades, sin que ello implique, en sí mismo, un requisito previo para justificar la superación de la pantalla corporativa* (39). Fue una postura adoptada por el legislador frente a aquellas decisiones judiciales que consideraban fraudulenta una simple estrategia empresarial consistente en reorganizar sus sectores empresariales, incluso en ausencia de fraude, confusión financiera o cualquier otro acto ilícito.

VII. Las normas procesales del instituto en el Código de Procedimiento Civil de 2015

En otro frente intervino el legislador, con ley 13.105, el llamado nuevo Código de Procedimiento Civil de 2015, de manera innovadora en materia de disciplina procesal, introduciendo disposiciones pertinentes, con el fin de regular los aspectos procesales de la superación de la pantalla societaria, con el principal objetivo de garantizar la efectiva observancia del *contradictorio*, preferentemente *antes* de la vía ejecutiva.

Anteriormente no existían normas que regularan los aspectos procesales de la institución de superación de la personalidad jurídica. La jurisprudencia predominante, pese a ello, normalmente lo otorgaba en el marco del proceso de ejecución o en la ejecución de una sentencia (40), autorizando el embargo de los bienes de los socios (para usar el ejemplo más común en la práctica de la superación *directa*), inicialmente ajenos, es decir, terceros respecto del proceso de ejecución o ejecución de la pena, sin garantizarles un *contrainterrogatorio* previo, que solo podría lograrse posteriormente, con el uso de medios de oposición (como los “embargos de *executado*” o “embargos de *terceros*”) (41). Es decir, primero se embargaron los bienes de los socios, como parte del juicio contra la persona jurídica y del cual el socio no era parte, y recién después del embargo quedaba la posibilidad de establecer un *contrainterrogatorio* con el socio.

sin contraprestación efectiva, con excepción de aquellos de valor proporcionalmente insignificante; y III - otros actos de incumplimiento de la autonomía patrimonial”.

En portugués: “Art. 50. (...) § 1º Para los efectos de este artículo, la finalidad debe ser utilizada por las personas jurídicas con el fin de dañar creencias y para la práctica de actos ilícitos de cualquier naturaleza. § 2º Se entienden por confusión patrimonial la ausencia de separación de destino entre los patrimonios, caracterizada por: II - transferencia de activos o pasivos sin contraprestación efectiva, excluyendo valores proporcionalmente insignificantes; y III - otros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.

(37) Véase la nueva redacción del apartado 3 introducida en el art. 50 del Cód. Civil por ley 13.874/2019: “Art. 50. (...) § 3 Lo dispuesto en el párrafo y en los párrafos 1 y 2 de este artículo se aplica también a la extensión de las obligaciones de los socios o administradores a la persona jurídica”. En portugués: “Art. 50. (...) § 3º La disposición *not caput* y nuestros §§ 1 y 2 de este artículo se aplican también en todo el alcance de las obligaciones de los miembros o administradores de la profesión jurídica”.

(38) Véase la nueva redacción del apartado 4 introducida en el art. 50 del código civil por ley 13.874/2019: “Art. 50. (...) párrafo 4. La mera existencia de un grupo económico sin el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el párrafo de este artículo no autoriza la superación de la personalidad de la persona jurídica”. En portugués: “Art. 50. (...) § 4 La mera existencia de un grupo económico sin la presencia de los requisitos a que se refiere este artículo no autoriza el menosprecio de la personalidad de las personas jurídicas”.

(39) Véase la nueva redacción del apartado 5 introducida en el art. 50 del Cód. Civil por ley 13.874/2019: “párrafo 5. La mera ampliación o alteración del objeto original de la actividad económica específica de la persona jurídica no constituye una desviación de objeto”. En portugués: “Art. 50. (...) § 5 No constituye una desviación de la finalidad de mera ampliación o alteración de la fina-

Para recuperar la necesidad de un *contrainterrogatorio efectivo* y, por regla general, *preventivo respecto del embargo de los bienes de los miembros, el código de procedimiento de 2015 establece un principio fundamental, donde establece que* “ninguna decisión se pronunciará contra una de las partes sin que sea oída previamente” (art. 9º) (42) y, con ello, regula también el incidente de superación de la pantalla societaria (arts. 133 a 137) (43). Así, en el marco del tratamiento de la responsabilidad financiera frente a terceros (art. 790, VII), se fortalece la observancia obligatoria de un procedimiento adecuado para que se pueda superar el blindaje empresarial y por tanto sea posible proceder al embargo de los bienes de los miembros (art. 795, § 4).

En resumen, el incidente de superación *directa* o *inversa*, previsto por el Código de Procedimiento Civil de 2015 (art. 133 *caput*, § 2), es posible en todas las fases del proceso de cognición, incluso ante los tribunales de apelación (art. 932), VI (44), en la ejecución de sentencias y en el proceso de ejecución basado en título extrajudicial (art. 134), y también en los “juizados especiais” (art. 1062). El juez no puede proceder de oficio, exigiendo la petición de parte, que debe satisfacer las condiciones establecidas por el derecho material (arts. 133, § 1, y 134, § 4), recayendo la carga de la prueba en quien invoca la (45) superación (46).

Con la disposición de admisión del incidente se suspende el proceso principal (art. 134, § 3) y se notifica la solicitud de responsabilidad del socio (reemplazo directo) o de la persona jurídica (reemplazo inverso) por la deuda, para que pueda defenderse (art. 135), de modo que los bienes de los socios o de la persona jurídica solo pueden ser embargados, por regla general, previa verificación de las condiciones establecidas por la ley (arts. 136 y 137), a fin de garantizar cumplimiento de proceso contradictorio frente a los accionistas (anulación directa) o a las empresas (anulación inversa). El proceso concluye con una decisión del juez (“*decisão interlocu-*

(33) Ver art. 50 cc en el texto modificado por la ley 13.874/2019: “Art. 50. En caso de abuso de personalidad jurídica, caracterizado por desviación de objeto o confusión financiera, el juez, a instancia de parte o del Ministerio Público, en los casos en que pueda intervenir en el proceso, puede superarlo para que los efectos de determinadas y específicas obligaciones de relación recaen sobre el patrimonio privado de los administradores o miembros de la persona jurídica que se hayan *beneficiado directa o indirectamente del abuso*”. En portugués: “Art. 50. En el caso de abuso de personalidad jurídica, caracterizado por falta de firmeza o por confusión patrimonial, de poder o de juicio, a petición de parte, o del Ministerio Público cuando el cobertor intervenga en el proceso, se desconocerá que los efectos de ciertas y determinadas relaciones de obligación se extienden a los beneficios particulares de los administradores o miembros de personas jurídicas que se benefician directa o indirectamente del abuso”.

(34) TARELLO, G. “La interpretación de la ley”, Milán, 1980, pp. 51-52. “Por ‘interpretación auténtica entendemos la actividad interpretativa y el producto de la interpretación llevada a cabo por el mismo autor del objeto de la interpretación con posterioridad o separadamente de la producción del objeto mismo: por ejemplo, la ley que interpreta otra ley”.

(35) RAMOS, Y. S. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo, 2015, 2ª ed., p. 131.

(36) Véase la nueva redacción de los apartados 1 y 2 del art. 50 del Cód. Civil siguiendo la ley 13.874/2019: “Art. 50. (...) 1. Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, se entiende por desviación de finalidad la utilización de la persona jurídica con el fin de perjudicar a los acreedores y cometer actos ilícitos de cualquier naturaleza. 2. Por confusión patrimonial se entiende la ausencia de separación de hecho entre los patrimonios, caracterizada por: incumplimiento reiterado por parte de la sociedad de las obligaciones del socio o administrador o viceversa; II - transferencia de activos o pasivos

original de la actividad económica específica de la persona jurídica”.

(40) En lo que respecta a la protección del ejecutivo, con la entrada en vigor del CPC de 2015, asistimos a cambios sustanciales, tras un movimiento de reforma ya en vigor desde 1994 (ver H. THEODORO JÚNIOR, H. *O Cumprimento de Sentença*, Belo Horizonte, 2006, 2ª ed.; en el derecho italiano, para una propuesta encaminada a un juicio único que se desarrolle en dos fases, cognición y ejecución, véase TAVORMINA, V. “Derecho y proceso revisitados”, ps. 16 y sigs. en www.judicium.it): las sentencias ya no se ejecutan mediante un proceso ejecutivo autónomo, sino que es el mismo juez quien preside su ejecución, como continuación natural dentro del propio proceso cognoscitivo en el que fueron pronunciadas. Así, el mismo juez de primera instancia que conoció del caso es generalmente competente para la ejecución (art. 516, párrafo II); sin embargo, el acreedor, según el nuevo código, podrá solicitar la remisión del juicio al juez del lugar donde se encuentren los bienes embargados del deudor o incluso al juez del domicilio actual del deudor (art. 516, párrafo único). La ejecución, denominada “cumplimiento de sentencia”, se configura, por tanto, como una fase del proceso cognitivo y está regulada en los artículos del libro I de la parte especial del código, dedicado al proceso cognitivo, art. 513 y ss. (sobre el llamado “cumplimiento de sentencia” en el CPC de 2015, ver THEODORO JÚNIOR, H. “Cumplimiento de la sentencia en el CPC brasileño, especialmente en casos de obligaciones de suma de dinero”, en *Rev. Proc.*, 2016, ps. 237 y ss.). Se trata de aplicar los mismos mecanismos de protección de la ejecución incluidos en el proceso de ejecución autónoma, que se mantienen en el nuevo código para las obligaciones amparadas por garantías extrajudiciales (art. 771 del libro II de la parte especial, CPC), como el embargo del patrimonio del deudor en caso de condena al pago de una suma de dinero, pero la tutela ejecutiva adquiere una nueva regulación procesal más simplificada dentro del propio proceso de cognición.

(41) Véase ANDRADE, E. - PARENTONI, L. *Advocacia pública em juízo eo CPC/2015: intervenção de terceiros (incidente de descondição da personalidade jurídica e amicus curiae)*, ob. cit., ps. 115-116.

(42) La regla fundamental del art. 9 del CPC de 2015 es —según YARSHELL, FL, *Comentários aos arts. 133 a 137*, en AP Cabral, R. Cramer, (ed.), *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 2016, p. 230— el de la “inspiración general” del incidente de denegación de personalidad jurídica.

(43) Ver YARSHELL, F. L., *Comentários aos arts. 133 a 137*, cit., p. 230: “La ley ha incluido la nueva institución como una forma de *intervención de tercero*, al mismo tiempo que la ha catalogado como *accidente*. De hecho, el concepto de *tercero* se refiere al proceso c, sin embargo, esto no estaba previsto en el código derogado: el administrador de activos que se supone aquí (y que no es deudor) no está presente en la relación procesal. Si, y cuando, sea nombrado en el juicio, perderá su condición de tercero y técnicamente será calificado como *parte*”.

(44) Los tribunales de apelación en Brasil son los federales (“Tribunais Regionais Federais”) y los estados miembros de la Federación (“Tribunais de Justiça”). En la doctrina, sin embargo, también hay quienes han sostenido la imposibilidad de aplicar el incidente de superación de la personalidad jurídica ante los tribunales superiores, es decir, solo sería posible ante los tribunales de apelación, véase DIDIER JR., F. - DA CUNHA, LC. *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador, 2016, vol. 3, p. 57.

(45) Las condiciones se encuentran en la regla “básica” de superación de la personalidad jurídica del derecho sustantivo brasileño, art. 50 del Cód. Civil y son tres: *i)* uso abusivo de la personalidad jurídica; *ii)* confusión de patrimonio entre accionista y persona jurídica; *iii)* beneficio directo o indirecto para los accionistas resultante del abuso.

(46) Véase MARINONI, L. G. - ARENHART, SC - MITI-DIERO, D. *Curso de Processo Civil*, São Paulo, 2015, vol. 2, ps. 106/107.

tória”, distinta de la sentencia), susceptible de recurso mediante el llamado “agravo de instrumento” (arts. 136, párr. único, y 1015, IV). La medida judicial es apta para cosa juzgada de fondo y también puede ser objeto de un recurso de revocación (la llamada “ação rescisória”).

VII.1 (Continuación) ...y la aplicación por la jurisprudencia laboral

El requisito de la *solicitud previa del interesado* fue incluido en el derecho procesal en respuesta al uso excesivo de la superación de personalidad jurídica por parte de la “Justiça do Trabalho” (Justicia del Trabajo) (47). En este contexto, los tribunales autorizaron el levantamiento no solo sin siquiera escuchar a los interesados, sino también *de oficio*. Incluso después de la entrada en vigor del CPC de 2015, la Justicia del Trabajo siguió —y continúa— sin garantizar el *contrainterrogatorio preventivo*. El nuevo Código se expresa en el sentido de la aplicación subsidiaria de sus disposiciones en la Justicia del Trabajo (48), sin embargo el Tribunal Superior del Trabajo —“Tribunal Superior do Trabalho - TST”— afirmó que habría obligación de cumplir con el procedimiento para la superación establecida por el CPC de 2015, pero no la necesidad de solicitud de parte. Es decir, en los conflictos laborales, el “TST” ha admitido que los jueces pueden seguir aplicando *de oficio* el levantamiento del velo societario (49). Nos encontramos, por tanto, ante una auténtica “rebelión pretoriana” contra la disposición expresa de la ley.

El argumento utilizado por el “TST” para sustentar esta postura fue el art. 878 de la CLT, que disponía que la ejecución también podría ser promovida “de oficio por el juez o el presidente de la Corte” (50). Esta interpretación fue cuestionable, ya que el citado artículo debe interpretarse en el sentido de que la iniciativa judicial para promover la ejecución solo puede tener lugar contra los ya señalados en la *orden ejecutiva*, judicial o extrajudicial, que demuestre tanto la existencia de la deuda, como quién es el deudor. Esto ocurre, por ejemplo, si los accionistas de la empresa deudora original ya eran demandados en el proceso durante la fase de descubrimiento. Cosa muy distinta es admitir la ejecución *de oficio* de la orden de ejecución *frente a terceros*.

Con base en el citado art. 878 de la CLT, el “TST” estableció que el incidente previo de superación de la personalidad jurídica sería obligatorio en los casos laborales, pero no dependería de una solicitud del interesado, y podría ser activado de oficio por el juez. Esta regla no se encontró ni en el CPC de 2015 ni en el CLT.

El argumento del TST, que ya era cuestionable por las razones expuestas anteriormente, se volvió insostenible tras la reforma CLT de 2017. De hecho, la reforma CLT revisó el art. 878 de la CLT para

disponer que la ejecución de la decisión judicial por iniciativa del propio magistrado solo puede tener lugar “en los casos en que las partes no estén representadas por un abogado”. La intención del legislador de prohibir la superación automática de la pantalla societaria en los asuntos laborales sigue siendo más que evidente, subrayando que la petición de parte constituye prerrogativa exclusiva del abogado. En otras palabras, la posición del “Tribunal Superior do Trabalho” en la aplicación de la superación de oficio no está justificada, ni por lo dispuesto en el CPC de 2015, ni por la nueva formulación del propio CLT.

VII.2 (Continuación) ...y relaciones con la llamada “ejecución de fraude”

El CPC de 2015 aclara un aspecto importante, el de la relación entre la institución de superación y la del llamado “fraude de execução” (fraude de ejecución) (51): art. 137 del Código establece que, en caso de aceptación de la solicitud de superación del velo social, se considerarán realizadas cualesquiera enajenaciones o cargas sobre el patrimonio, realizadas, por ejemplo, por el accionista imputado en el proceso. Realizado en fraude e ineficaz frente al acreedor solicitante de la superación (solo el acreedor que es parte en el proceso, normalmente no se permite la intervención de otros acreedores, excepto en el caso de quiebra). La norma se completa con el apartado 3 del art. 792 del CPC, que establece que para determinar si un acto determinado debe ser ejecutado se hace referencia a la intervención *de la propia persona jurídica*, demandada en el proceso principal, cuya personalidad se pretende superar, y no a la intervención de la compañera en el procedimiento de superación, como, además, parecería más lógico (52).

Este caso seguramente será objeto de debate: consideremos la situación en la que un tercero compra un determinado activo a un accionista, contra el cual, en el momento de la compra, no se ha presentado ninguna demanda. Posteriormente, en el marco de una acción contra la sociedad, específicamente en la fase de ejecución de la sentencia, el accionista que hasta ese momento era tercero en relación con la sentencia, se interpone el pedido con el fin de obtener la resolución judicial que supere la personalidad jurídica, por lo que *los efectos de esta intervención son retroactivos al momento de la notificación del documento constitutivo de la sociedad* (y no surten, por otra parte, efectos únicamente a partir de la notificación posterior al accionista realizada en el procedimiento de sustitución). Es decir, la intervención del miembro, por regla general, se produce *a posteriori*, después de la cosa juzgada —sin olvidar, sin embargo, que el incidente podría haber comenzado incluso antes de la cosa juzgada o en

cualquier estado del procedimiento según el art. 134 del Cód. Procesal—, cuando el juez, a petición del acreedor, involucra a los accionistas en el proceso, pero en este caso, precisamente en el incidente de superación del cerrojo societario, los accionistas podrán defenderse quedando vinculados a la sentencia, y no vinculando únicamente a la empresa. Sin embargo, el juez será llamado a determinar si los socios son o no responsables de la deuda con sus bienes.

En este caso, el contrato de compraventa entre el accionista y un tercero, celebrado de buena fe y sin que exista prueba de sentencia pendiente contra el accionista, podría ser considerado posteriormente, con carácter retroactivo, como una enajenación en *fraude de ejecución*. En este escenario, parece posible argumentar, sin embargo, que no hay margen para considerar el acto ineficaz frente al tercero de buena fe (53). Esta es la lectura que parece más aceptable para la protección de terceros; lectura que, sin embargo, es todo menos pacífica, especialmente en jurisprudencia.

VII.3 (Continuación)... y las defensas que puede gastar el tercero

Otra cuestión importante y delicada con relación al nuevo incidente es la relativa al alcance de las defensas que puede utilizar *la persona jurídica llamada a participar en el incidente* (CPC de 2015, art. 135). La cuestión que se plantea es si las defensas se limitan únicamente a la cuestión relativa a la posibilidad de superar la pantalla societaria o si el demandado en el incidente también puede defenderse en referencia al fondo de la deuda objeto de la demanda contra el *deudor principal*.

Además, el escenario se complica aún más cuando el incidente en cuestión se sitúa en la *fase de ejecución definitiva de la sentencia firme* (o incluso en el contexto de la llamada ejecución provisional, cuando la sentencia es impugnada con un medio sin efecto suspensivo), pronunciada únicamente frente al deudor principal. La cuestión es si el sujeto, que hasta ese momento *no formaba* parte del proceso, puede defenderse de forma amplia, *incluso en la fase de ejecución*, poniendo en duda *cualquier aspecto de la deuda*, o si debe *limitar* su defensa únicamente a las emisiones deducibles en la fase de ejecución.

La pregunta debe responderse positivamente, debido a que el Código de Procedimiento Civil de 2015, especialmente los arts. 7º y 9º, establece como regla fundamental el cumplimiento del *contrainterrogatorio efectivo*: el accionista podría defenderse *ampliamente* no solo en términos de la existencia de las condiciones para la extensión de la responsabilidad financiera, sino también cuestionando el crédito incluso comprobado contra el principal

demandado (54). Por lo tanto, esta posibilidad debe predicarse también *en el contexto de la ejecución de la sentencia*, teniendo en cuenta que la valoración a que se refiere la sentencia dictada contra el deudor principal no debe tener efectos perjudiciales para con un tercero respecto del proceso en el que se encuentra (art. 506, CPC de 2015) (55).

De esta afirmación se plantea otra cuestión: si la investigación sobre la existencia de las condiciones para la operación de superación del velo societario y sobre la existencia y cuantía del crédito debe llevarse a cabo conjuntamente en el contexto del incidente de superación o si debe primero resolverse el tema de la superación de la personalidad jurídica y solo en caso afirmativo, se abre la posibilidad de discutir el crédito. En mi opinión, los principios de eficiencia (CPC de 2015, arts. 4º y 8º) militan a favor de la *acumulación* en el *examen de todas las cuestiones de defensa*. Además, en el contexto del incidente es posible proceder a la investigación probatoria (CPC de 2015, art. 136), con el fin de resolver los aspectos tanto de la existencia (como del monto) de la responsabilidad del socio/tercero por la deuda original de la empresa, y de la *deuda misma* (56).

VII.4 (Continuación)... y los principios de un juicio justo

Estos son solo algunos ejemplos del amplio debate que ha suscitado la nueva regulación del incidente procesal complejo de superación de la personalidad jurídica.

El hecho es que el CPC de 2015 busca insertar el derecho brasileño en un nuevo escenario, más adecuado a la realidad de los principios del proceso, especialmente en lo que respecta al *contrainterrogatorio*, de rango constitucional y también presente en el orden (57) internacional (58). Por tanto, su valor puede afirmarse como un principio de derecho natural (59), una especie de *carta magna* (60) del proceso civil, para que el derecho brasileño no esté en desacuerdo con este movimiento de valorización del proceso acusatorio, incorporado como garantía constitucional fundamental en el contexto del proceso justo (Constitución Federal de 1988, art. 5, LIV y LV).

En este sentido, resulta claro que el incidente de superación de la personalidad jurídica trae expresamente, como gran novedad, la necesidad de asegurar un *interrogatorio preventivo* y *efectivo* con el tercero respecto del cual se pretende ampliar la responsabilidad patrimonial de que se trata en el proceso original (generalmente los accionistas de una sociedad de responsabilidad limitada), cuyo patrimonio se busca alcanzar a través del mecanismo de superación, antes de otorgar cualquier medida de restricción patrimonial contra el tercero, con el fin de dar mayor concreción a las

(47) En Brasil, los conflictos laborales son resueltos por una jurisdicción distinta de la civil ordinaria, denominada “Justiça do Trabalho”, con jueces y tribunales específicos (art. art. 111, Constitución), cuyo máximo tribunal es el “Tribunal Superior do Trabalho - TST” y están regulados por un procedimiento especial, el llamado “proceso do trabalho” (CLT, arts. 763 y ss.).

(48) Ver arte. 15 de CPC / 2015.

(49) *Tribunal Superior del Trabajo. Reglamento de Instrucción* n. 39, 10 de marzo. 2016, art. 6 (en www.tst.jus.br).

(50) Por ejemplo, *Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma*, AIRR. norte. 42040-79.1997.5.06.0011, j. 16.12.2009, Rel. Ministro Emmanoel Pereira (en www.tst.jus.br).

(51) Ver art. 792 CPC de 2015.

(52) Véase YARSHELL, F. L. *Comentários aos arts. 133 a 137*, ob. cit., p. 241.

(53) Cfr., PARENTONI, L. *O Incidente de Disconside-*

ração da Personalidade Jurídica no CPC/2015, ob. cit., ps. 127/129; y YARSHELL, FL, *Comentários aos arts. 133 a 137*, ob. cit., p. 242.

(54) YARSHELL, FL. *Comentários aos arts. 133 a 137*, ob. cit., p. 239.

(55) Ver YARSHELL, F. L. *Comentários aos arts. arts. 133 a 137*, ob. cit., p. 238; y TORRES BIANQUI, P.H. *Desconsideração da personalidade jurídica no juízo civil*, São Paulo, 2011, p. 183.

(56) GRECO, L. *Instruções de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 2015, 5ª ed., vol. Yo, p. 505. Sin embargo, en un sentido diferente cf. R. Beneduzi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2018, 2ª ed., vol. II, ps. 272/273 Véase nuevamente, sobre las cuestiones que pueden deducirse en la defensa en el accidente, PARENTONI, L. *O Incidente de Disconside-*

ração da Personalidade Jurídica no CPC/2015, ob. cit., ps. 116/122.

(57) GUINCHARD, S. - DELICOSTOPOULOS, CS,

DELICOSTOPOULOS, IS, DOUCHY-OU DOT, IM - FERRAND, F. 864: “El derecho de defensa y el principio de contradicción sobre el valor de la constitución. Toda serie de decisiones del Consejo Constitucional a bordo afirman solemnemente el respeto a los derechos de defensa, resultando así en los principios fundacionales reconocidos por la República de la República”.

(58) GUINCHARD, S. - DELICOSTOPOULOS, CS, DELICOSTOPOULOS, IS, DOUCHY-OU DOT, IM - FERRAND, F. 861/862: “Los derechos de defensa y el principio de contradicción sobre el valor europeo. Es importante insistir en el valor internacional y europeo del derecho de defensa aquí, en materia penal, pero también en materia civil, como lo afirman las disposiciones del Pacto Internacional de 1966 y el Convenio Europeo sobre la Defensa de los Derechos de la Mujer. ‘Fundamentos del hombre y de las libertades’”.

(59) GUINCHARD, S. - DELICOSTOPOULOS, CS, DELICOSTOPOULOS, IS, DOUCHY-OU DOT, IM - FE-

RRAND, F., 861: “El derecho de defensa y el principio de la contradicción valen el principio del derecho de naturaleza. El principio de los derechos de defensa es un principio natural de los derechos aquí vaut en todos los asuntos, civiles y penales. (...) C’est Motulsky qui, le premier, sans doute, a le mieux dégagé l’importance de ce prince et sa valeur de droit naturel. (...) El derecho de naturaleza, el principio de los derechos de defensa es el patrono que debe tener una sociedad civilizada en estos procesos: respetar los argumentos de los demás, donde no hay necesidad de que los colegas comuniquen piezas, escritos, etc. Au-delà, respetar a la persona, al adversario en materia civil, al imputado en materia penal, los tiempos de un juicio”. En el mismo sentido, cf. PERRON, R. “Instituciones judiciales”, París, 2008, 13ª ed., p. 460.

(60) CHIZZINI, A., “Legitimación por Verfahren. El nuevo párrafo segundo del art. 101 CPC”, en *Giusto Proc. Civ.*, 2011, p. 43 y ss.

reglas fundamentales del procedimiento contradictorio efectivo o dinámico, incluido en el CPC de 2015 (arts. 7º y 9º). Con ello se pone fin al escenario anterior, en el que el juez procedía primero el embargo de los socios y solo posteriormente estos podían defenderse sobre la existencia de las condiciones para el sometimiento a la ejecución.

VII.5 (Continuación)... y arbitraje

Cabe señalar que las cuestiones analizadas anteriormente también se refieren a sentencias dictadas en arbitraje. De hecho, habitualmente la superación del tamiz societario se requiere en la fase de ejecución del laudo arbitral, fase que se desarrolla ante el juez del Estado (art. 515, CPC de 2015; ley 9307/1996). Por tanto, si se dan las condiciones, la sentencia, aunque provocada por el laudo, puede extenderse al accionista, con independencia de que

haya dado su consentimiento a la cláusula compromisoria, como una especie de sanción (61). Sin embargo, teniendo en cuenta lo anterior, queda abierta la posibilidad de que el accionista se defienda también en cuanto al fondo (62).

VIII. Observaciones finales

Pietro Perlingieri ya había subrayado la importancia de comprender el ordenamiento jurídico de manera unitaria (63) evitando visiones sectoriales que se centren solo en una parte del problema, así como discusiones que aborden por separado el aspecto sustantivo o procesal de las diferentes instituciones jurídicas y crea que el derecho debería servir para *resolver problemas concretos* (64). La superación de la personalidad jurídica es sin duda uno de los temas que confirma bien la justeza de esta posición: solo analizando todos sus as-

pectos sustanciales y procesales es posible comprender cómo se manifiesta esta institución en la práctica. Y así, si es necesario, sugerir correcciones y mejoras.

En Brasil, el problema de las últimas décadas se puede ver en el uso excesivo, y a veces inadecuado, de la institución de superar el velo societario por parte de la jurisprudencia. En respuesta a esta actitud de los tribunales, se ha desarrollado un movimiento empresarial, con el apoyo de la doctrina, en apoyo de la necesidad de limitar el alcance de la institución, llevándola a un límite aceptable y predecible, como por ejemplo garantizar la legalidad y la certidumbre a los agentes del mercado. Este movimiento fue la base de tres recientes y profundos cambios legislativos, dos de los cuales estuvieron dedicados a los aspectos sustantivos (Reforma de la CLT de 2017 y Declaración de Derechos a la

Libertad Económica de 2019) y el tercero a los aspectos procesales de la institución (Código de Procedimiento Civil, 2015). El objetivo del legislador fue común a las tres intervenciones: introducir parámetros claros, limitando el alcance de la superación de la personalidad jurídica, retomando sus presupuestos clásicos y garantizando que el contrainterrogatorio sea previo y eficaz frente a terceros.

Este artículo no tenía la ambición de realizar un análisis exhaustivo de la institución, sino solo presentar un panorama del marco actual de la materia en el derecho brasileño, que sigue, a pesar de las intervenciones del legislador, todavía caracterizado por algunas interpretaciones no resueltas.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/336/2024

(61) PARENTONI, L., *O Incidente de Disconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, ob. cit., p. 192s.

(62) Otra cuestión diferente, que surge con referencia al arbitraje, es si los principios que extienden la responsabilidad, desde un punto de vista sustancial, al superar la pantalla corporativa pueden invocarse para respaldar la extensión del acuerdo de arbitraje a quienes no son partes firmantes. El tema, debido a su complejidad,

no se puede analizar completamente aquí: consulte el tema en MARQUES, RD, ALMEIDA, FD, DALMAS, FM, *Os Grupos de Empresas e seus Reflexos quantum aos Efeitos da Convenção de Arbitragem*, in F. L. Yarshell, FL Pereira, G. Setoguti (ed.), *Processo Societário II: Adaptado ao Novo CPC - Lei nº 13.105/2015*, São Paulo, 2015, p. 671, así como, si se desea, a PARENTONI, L., *O Incidente de Disconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, ob.

cit., p. 192s.

(63) PERLINGIERI, P., "El "remedio justo" en el derecho civil, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 2: "Hay que añadir también que, en Italia, debido a la rígida separación entre los sectores del derecho procesal y del derecho sustantivo, la relación entre reglas de conducta y reglas de decisión (*rectius* entre derecho y proceso) nunca ha sido *particularmente rentable*".

(64) Véase PERLINGIERI, P., "El derecho civil en la legalidad constitucional", ob. cit., p. 140 s. para lo cual "El estudio del derecho no debe hacerse por sectores preestablecidos sino por problemas, con especial atención a las necesidades que surjan de vez en cuando (...)".

Comité Científico de Árbitros

Prof. Dr. Guido Alpa, Università di Roma-Sapienza, Italia.
 Prof. Dra. Úrsula C. Basset, Universidad Católica Argentina, Argentina.
 Prof. Dr. Luis María Bunge Campos, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Juan Carlos Cassagne, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Giuseppe Conte, Università degli Studi Firenze.
 Prof. Dra. Irene Coppola, Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia.
 Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Gregor Christandl, Universität Graz, Austria.
 Prof. Dra. Carmen Domínguez, Pontificia Universidad Católica de Chile.
 Prof. Dr. Anatol Dutta, Ludwig Maximilians Universität, Alemania.
 Prof. Alfredo Ferrante, Università di Pisa, Italia.
 Prof. Dr. Hugues Fulchiron, Université Jean Moulin Lyon 3, Francia.

Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.
 Prof. Dr. Carlo Granelli, Università degli Studi di Pavia, Italia.
 Prof. Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana, Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
 Prof. Dr. Jérémy Houssier, Université de Reims Champagne-Ardenne, Francia.
 Prof. Dra. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Dr. Nenad Lhaca, Sveučilište u Rijeci, Croacia.
 Prof. Dr. Carlos Martínez de Aguirre, Universidad de Zaragoza, España.
 Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dra. Silvia Nonna, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Prof. Dra. Romana Pacia, Università degli Studi di Trieste, Italia.
 Prof. Ubaldo Perfetti, Università degli Studi di Macerata, Italia.
 Prof. Dr. Carlo Pilia, Università degli Studi di Cagliari, Italia.
 Prof. Dra. Beatriz Ramos Cabanellas, Universidad de la República Oriental del Uruguay y Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.
 Prof. Dr. Pablo Sanabria, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Dr. Fulvio Santarelli, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Dr. Francesco A. Schurr, Universität Liechtenstein, Liechtenstein.
 Prof. Dr. José W. Tobias, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Dr. Stefano Troiano, Università degli Studi di Verona, Italia.
 Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Angelo Vigliani Ferraro, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, Italia.
 Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia.
 Prof. Dr. Alessio Zaccaria, Università degli Studi di Verona, Italia.

Árbitros sorteados para seleccionar las publicaciones de este número



Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.



Prof. Dr. Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.



Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia.



Prof. Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana, Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.



Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.



Prof. Dr. Jérémy Houssier, Université de Reims Champagne-Ardenne, Francia.

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
 Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi
 Valderrama
 Jonathan A. Linovich
 Elia Reátegui Hehn
 Érica Rodríguez
 Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
 Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
 Bs. As. República Argentina
 Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
 Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444