RCyS

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Año XXII | Agosto 2020 | 8

DIRECTOR:

ALBERTO J. BUERES

Thomson Reuters

ISSN 1666-4590

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 1666-4590
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de julio de 2020, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Thomson Reuters

RCyS REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Año XXII | Agosto 2020 | 8

DIRECTOR:
ALBERTO J. BUERES

SUBDIRECTOR
MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

DIRECTOR FUNDADOR
ATILIO ANÍBAL ALTERINI
(Universidad de Buenos Aires)
(1937-2012)

COMITÉ ACADÉMICO
Ameal
Calvo Costa
Casiello
Compagnucci de Caso
Messina de Estrella Gutiérrez
Müller
Parellada
Picasso
Pizarro
Saux
Vázquez Ferreyra

ÁREA DERECHO DE SEGUROS
Stiglitz G.

ÁREA PROCESO DE DAÑOS
Kiper

ÁREA RESPONSABILIDADES ESPECIALES
Cafferatta
Galdós
Kraut
López Herrera
Márquez
Vergara

Thomson Reuters

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

CONSEJO ASESOR Y DE REFERATO

PROF. ROBERTO M. LÓPEZ CABANA
(Universidad de Buenos Aires)
(1945-2000)

PROF. GRACIELA MESSINA
DE ESTRELLA GUTIÉRREZ
(Universidad Nacional de Mar del Plata)

PROF. RAMÓN DANIEL PIZARRO
(Universidad Nacional de Córdoba)

PROF. RUBÉN S. STIGLITZ
(Universidad de Buenos Aires)
(1934-2018)

COMITÉ ACADÉMICO

PROF. JORGE A. MAYO
(Universidad de Buenos Aires)
(1942-2012)

PROF. FÉLIX A. TRIGO REPRESAS
(Universidad Nacional de La Plata)
(1928-2016)

PROF. ANÍBAL NORBERTO PIAGGIO
(Universidad de Buenos Aires)
(1945-2018)

PROF. CARLOS A. GHERSI
(Universidad de Buenos Aires)
(1945-2018)

CORRESPONSALES EXTRANJEROS

Brasil: Prof. Cláudia Lima Marques
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

Prof. Judith Martins Costa
(Universidad de San Pablo)

Uruguay: Prof. Gustavo Ordoqui Castilla
(Universidad Católica del Uruguay)
Prof. Arturo Caumont
(Universidad de la República del Uruguay)

Paraguay: Prof. Ramón Silva Alonso
(Universidad Nacional de Asunción)

Chile: Prof. Claudia Schmidt Hott
(Universidad de Chile)

Perú: Prof. Carlos Fernández Sessarego
(Pontificia Universidad Católica del Perú)

Colombia: Prof. Javier Tamayo Jaramillo
(Universidad del Externado)

Venezuela: Prof. José Melich Orsini
(Universidad Central de Venezuela)

Costa Rica: Prof. Víctor Pérez Vargas
(Universidad de Costa Rica)

Estados Unidos de América: Prof. Alejandro M. Garro
(Columbia University)

España: Prof. Mariano Yzquierdo Tolsada
(Universidad Complutense de Madrid)

Prof. Ricardo de Ángel Yágüez
(Universidad de Deusto)

Prof. Eugenio Llamas Pombo
(Universidad de Salamanca)

Francia: Prof. Christian Larroumet
(Université de Panthéon-Assas Paris II)

Italia: Prof. C. Massimo Bianca
(Università di Roma)

Prof. Guido Alpa
(Universidad de La Sapienza de Roma)

Portugal: Prof. António Pinto Monteiro
(Universidade de Coimbra)

Alemania: Prof. Wilfried Schlüter
(Münster Universität)

Suiza: Prof. Pierre Widmer
(Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung)

Thomson Reuters

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala
Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria
José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo
Carlos F. Balbín
Fernando R. García Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional
Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal
Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil
Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Crovi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional
María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

Thomson Reuters

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

Editores
Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

Thomson Reuters

ÍNDICE

DOCTRINA ESENCIAL

Responsabilidad de los magistrados por la actividad judicial
José N. Taraborrelli 3

Aproximaciones a la responsabilidad civil por la utilización de inteligencia artificial y derecho de los robots. Una mirada jurídica
Carlos A. Fossaceca (h.) - Pilar Moreyra 20

Configuración del daño y deber de reparar ante las devoluciones intempestivas de niños, niñas y adolescentes bajo guarda preadoptiva
Carlos A. Bado 38

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

DAÑOS EN LOCAL BAILABLE
Agresión sufrida dentro de una confitería nocturna. Responsabilidad civil. 47

Acerca de la obligación de seguridad
Mariano Gagliardo 47

DAÑOS OCASIONADOS POR LA COSA INERTE
Incidencia en el daño a la víctima. Escalera. Camión destinado a publicidad turística. Responsabilidad de la provincia de Salta. Responsabilidad del dueño y del guardián del vehículo. Falta de legitimación pasiva de la aseguradora. Nulidad del pago de la prima. 50

Cosa inerte. ¿Cosa riesgosa? El acto riesgoso
Pedro Mollura 51

Thomson Reuters

RESPONSABILIDAD DEL PORTAL DE VENTAS ONLINE
Venta de un bien registrable. Error en la publicación. Año de fabricación. Análisis de la participación en el negocio. Daño punitivo 61

DAÑOS POR DERRUMBE DE PUENTE PEATONAL
Caída de una persona por el desmoronamiento del piso de un puente. Encargo de colocar cartelería proselitista. Responsabilidad de la concesionaria y de la municipalidad. Obligaciones concurrentes 67

FALLECIMIENTO POR CAÍDA DE MONTACARGAS
Hecho previsible y evitable. Obligación de seguridad. Indemnización del valor vida. Rechazo. Contrato de seguro. Delimitación del riesgo 73

DERECHO A LA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD
Publicación de fotografías de un futbolista y una cantante en una revista dentro de las instalaciones de un hotel sin su consentimiento. Libertad de expresión. Ausencia de interés público que justifique la intromisión en el derecho a la intimidad. Daño moral 79

SERVICIO DE ASISTENCIA AL VIAJERO
Hijo de los actores que se enferma a días de arribar a sus vacaciones. Falta de atención médica. Regreso anticipado del viaje por grave enfermedad. Contratos de adhesión. Daño moral. Daño punitivo 86

VENTA POR INTERNET. GENERACIÓN DE CONFIANZA
Plataforma digital de comercio electrónico. Sanción administrativa por infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor. Derecho a la doble instancia 100

DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Facturación por líneas telefónicas no solicitadas. Prestación deficiente del servicio prestado para la anulación. Responsabilidad. Violación al deber de información. Daño moral. Daño punitivo. Procedencia. Derecho aplicable. Tramitación de contrataciones no realizadas. Consumidor de hecho. Promulgación del nuevo Código Civil y Comercial. Excepciones al principio de irretroactividad de la ley. Momento de la denuncia del error. Cargas probatorias dinámicas. Información del estado de morosidad. Maniobras tendientes a confundir al consumidor. Responsabilidad de la empresa de informes crediticios 111

LESIONES POR AGRESIÓN EN FIESTA PRIVADA
Responsabilidad del agresor. Responsabilidad del organizador. Deber de seguridad. Rechazo. Caso fortuito. Hecho imprevisible. Cobro de la entrada. Difusión del evento a través de las redes sociales. Servicio de seguridad privada. Acreditación del hecho dañoso. Existencia de sentencia penal absolutoria. Declaración del testigo. Aplicación de las normas de defensa del consumidor 128

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS
Lesiones sufridas por un policía en cumplimiento de sus funciones. Operativo de seguridad desplegado en un club de fútbol. Rechazo de la acción 139

MALA PRAXIS EN CIRUGÍA ESTÉTICA
Cirugía estética abdominal realizada para eliminar colgajos cutáneos producto de un abrupto descenso de peso. Responsabilidad del profesional médico y de la obra social. Ausencia de responsabilidad de la clínica donde se efectuó la intervención 142

Thomson Reuters

ACCIDENTE DE TRÁNSITO
Colisión entre auto y moto. Prioridad de paso. Vehículo embistente. Falta de carnet de conducir... 155

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS
Accidente ocurrido durante el recreo. Responsabilidad objetiva. Eximentes de responsabilidad. Caso fortuito 165

PEATÓN LESIONADO POR VEREDA EN MAL ESTADO
Mujer que sufrió una caída provocada por el estado irregular de la vereda. Dueño o guardián. Acreditación del hecho dañoso. Responsabilidad del municipio y de la empresa de telefonía 171

DAÑOS OCASIONADOS POR POLICÍA
Disparo de arma reglamentaria realizado por un policía un día de franco. Responsabilidad civil del autor del hecho y de la institución policial. Indemnización..... 180

RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO ANESTESISTA
Operación cesárea. Falta de colaboración del paciente. Responsabilidad del anestesista por la elección de la técnica empleada. Requisitos para el desplazamiento de una pericia. Historia clínica deficiente. Resolución en las actuaciones penales. Archivo de la causa. Gastos médico-asistenciales y de traslado. Indemnización por pérdida de chance. Rechazo. Lucro cesante. Procedencia 184

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. PRIORIDAD DE PASO
Colisión entre vehículos. Cruce de semáforo en rojo. Responsabilidad. Carga probatoria. Rechazo de la demanda 199

DAÑOS DERIVADOS DEL DERECHO DE FAMILIA
Rechazo de la acción. Deber moral que no genera responsabilidad. Disidencia parcial. Costas por su orden 202

DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Orden de poner a disposición del cliente los resúmenes de tarjeta de crédito y de enviar los siguientes en formato papel al domicilio indicado en el contrato. Abstención de remitir los resúmenes a personas no vinculadas contractualmente con la entidad..... 210

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

AMPARO COLECTIVO DE SALUD
Tratamiento de diálisis a pacientes con insuficiencia renal crónica terminal durante la emergencia sanitaria decretada a raíz de la propagación del virus COVID-19. Ausencia de conflicto entre las partes. Posibilidad de acudir al Poder Judicial. Requisito de antijuridicidad. Intromisión en la actividad del Poder Ejecutivo. Rechazo 219

HABILITACIÓN DE FERIA JUDICIAL
Afectación y agravamiento del estado de salud de la peticionante y de su hijo por falta de mantenimiento y reparación de espacios comunes del edificio. Deterioros en la unidad funcional de la accionante. Habilitación de feria. Facultad del juez de adoptar medidas distintas a las peticionadas..... 224

Thomson Reuters

TRANSFERENCIA BANCARIA A LETRADO APODERADO
Solicitud de efectivización de transferencia en su cuenta. Vigencia del poder otorgado. Facultades suficientes para cobrar y percibir dinero reconocido judicialmente a favor de su representado. Procedencia 225

EXPEDIENTE ELECTRÓNICO
Trabajo del Poder Judicial en forma remota. Complejidades del expediente electrónico. Protección de la integridad física. Pautas para su cuantificación. Determinación del monto indemnizatorio ... 227

VALOR PROBATORIO DE PERICIA TARDÍA
Sentencia dictada en contexto de emergencia económica por coronavirus COVID-19 con plazos procesales suspendidos. Fallo con firma digital. Reducción de indemnización 233

SEGUROS

Comentarios Jurisprudenciales

PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO
Ley aplicable. Normativa más favorable al consumidor. Ordenamiento consumeril. Leyes especiales. Protección integral del ser humano 243

Aplicación del plazo de prescripción quinquenal a contratos de seguros aplicables a consumidores. Un abordaje *pro homine*
María Agustina Otaola 246

Jurisprudencia

RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE LA PÓLIZA
Continuación del contrato de prenda. Falta de pago de la cuota. Rescisión automática 255

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

Perfil estructural de la estipulación a favor de tercero
Juan Carlos Rezzónico 267

Thomson Reuters

DOCTRINA ESENCIAL

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Responsabilidad de los magistrados por la actividad judicial

José N. Taraborrelli

Sumario: I. Introducción.— II. Responsabilidad disciplinaria.— III. La responsabilidad penal.— IV. Responsabilidad civil del magistrado.— V. Derecho comparado.— VI. Visión y enfoque jurídico del "error judicial" en nuestra jurisprudencia.— VII. Epílogo referente a los fallos citados en que son parte solamente el Estado como demandado y condenado.

Thomson Reuters

I. Introducción

Una de las obligaciones legales de mayor importancia y relevancia jurídica que pesan sobre los jueces es la de dictar sentencia, y ello es un acto jurisdiccional con el que el juez resuelve y da solución a las pretensiones deducidas en un proceso judicial, sin perjuicio del rol que asume como director del proceso, suscribiendo resoluciones simples, proveyendo a los medios probatorios y/o dictando sentencias interlocutorias, etc., y así hasta llegar al fallo definitivo, después de producidas las distintas etapas del juicio voluntario o contradictorio, a través de las distintas secuelas procesales. El magistrado no debe negarse a fallar, ni dilatar sin término o demorar la tramitación del pleito o del dictado de resoluciones judiciales. El proceso debe tener una duración razonable y las sentencias y demás resoluciones deben dictarse en tiempo oportuno, es decir el fijado por la ley de procedimientos. Si sucediera lo contrario, se lesionaría el derecho subjetivo a la jurisdicción, el acceso a la justicia del justiciable se vería frustrado y el debido proceso, violado, incurriéndose en retardo y/o en denegación de justicia, vulnerándose la garantía de la defensa en juicio. De este modo, cuando la actividad judicial ilícita —expresada a través de la conducta voluntaria o el comportamiento jurisdiccional manifestado por el juez en sus resoluciones dictadas en el expediente— cause un daño al justiciable, aquel responde —si corresponde— en forma disciplinaria, penal y civilmente. A tal efecto, dispone el art. 168 del Cód. Proc. Civ. y Com. Nac. que la imposición de la multa establecida en el art. 167, es sin perjuicio de la responsabilidad penal, o de la sujeción del juez al tribunal de enjuiciamiento, si correspondiera. Ocurre, pues, que el juez estaría sujeto a tres clases de responsabilidades, que serán objeto de tratamiento en los ítems que siguen.

II. Responsabilidad disciplinaria

En este aspecto de la cuestión, objeto de estudio, exponen Colombo-Kiper **(1)** que, fuera de supuestos de excepción, el control de las conductas de indisciplina de los jueces en el ejercicio de su actividad jurisdiccional y dentro de sus incumbencias judiciales, lo ejerce el Consejo de la Magistratura. Cuando la falta es menor interviene la Comisión de Disciplina y, cuando la falta es más grave o el juez supuestamente cometió un delito, interviene la Comisión de Acusación. Para acusar a un magistrado la decisión del plenario requiere de una mayoría de dos tercios de los presentes, mientras que para la aplicación de una sanción disciplinaria es suficiente la mayoría absoluta (ley 24.937, modif. por leyes 24.939 y 26.080). En cuanto a la potestad disciplinaria, entiendo que deben respetarse las garantías funda-

(1) COLOMBO, Carlos J. – KIPER, Claudio M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, ps. 298.

mentales de la defensa en juicio y el debido proceso que asegura la Constitución Nacional.

La ley 24.937 del Consejo de la Magistratura en su art. 14, referente a la Comisión de Disciplina, contempla las conductas que constituyen faltas disciplinarias en que pueden incurrir los magistrados. Las faltas disciplinarias de los magistrados, por cuestiones vinculadas a la eficaz prestación del servicio de justicia, podrán ser sancionadas con advertencia, apercibimiento y multa de hasta el treinta por ciento de sus haberes.

Constituyen faltas disciplinarias: a) las infracciones a las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de incompatibilidades y prohibiciones, establecidas por la magistratura judicial; b) las faltas a la consideración y el respeto debido a otros magistrados; c) el trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes; d) los actos ofensivos al decoro de la función judicial o que comprometan la dignidad del cargo; e) el incumplimiento reiterado de las normas procesales y reglamentarias; f) la inasistencia reiterada a la sede del tribunal o el incumplimiento reiterado en su juzgado del horario de atención al público; g) la falta o la negligencia en el cumplimiento de sus deberes, así como de las obligaciones establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional **(2)**.

III. La responsabilidad penal

Los delitos que puede cometer un magistrado serían de dos clases: a) Entran en esta primera clasificación los delitos cometidos por el juez en el ejercicio de su función judicial o jurisdiccional; entre ellos podemos citar, a título de ejemplos: cohecho pasivo y agravado (arts. 256 y 257, Cód. Penal); tráfico de influencias (art. 256 bis, Cód. Penal); cohecho activo (art. 258, Cód. Penal); soborno transaccional (art. 259, Cód. Penal); prevaricato (arts. 269 y 270; Cód. Penal); denegación y retardo de justicia (arts. 273 y 274, Cód. Penal) **(3)**, entre los más importantes y, obviamente vinculados a la tarea del juez. b) En cuanto a los delitos comunes se trata de la comisión de delitos que comete el común de la gente, sin necesidad de ostentar el cargo de juez, y sin estar vinculados a la función judicial. En tal sentido nos relatan Colombo y Kiper el caso en el que el Consejo de la Magistratura promovió la destitución de un magistrado —quien renunció antes de someterse al procedimiento de remoción — que fue sorprendido hurtando objetos en un supermercado de un país extranjero, y donde el juez que intervino estableció que se había cometido un delito **(4)**. Nos enseñan los autores citados que debe tratarse de delitos en sentido estricto, en alusión constitucional a "crímenes", no incluye otro tipo de infracciones, como pueden ser las contravenciones. Todo lo demás puede ser juzgado desde la óptica del mal desempeño **(5)**. Es el jurado de enjuiciamiento, el que analiza si el juez o magistrado, carece de aptitudes exigidas legalmente para desempeñarse en la función judicial, y ello nos lleva a preguntarnos cuándo se pierde esa aptitud; la respuesta, como resultado de ello es, cuando un magistrado deja de ser idóneo por haber incurrido en "mala conducta" **(6)**.

(2) SANTIAGO, Alfonso (h), "Grandezas y miserias en la vida judicial", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2003, p. 67.

(3) Establece el art. 15, Const. Prov. Bs. As., que "El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave". Y el art. 166 del mismo cuerpo legal determina que la ley establecerá un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia. Conceptualmente dispone el art. 167, Cód. Proc. Civ. y Com., que el juez o tribunal que no remitiere oportunamente a la Suprema Corte con diez días de antelación al vencimiento del plazo para dictar sentencia o no sentenciare dentro del plazo legal, o que habiéndolo efectuado no pronunciare el fallo dentro del plazo que se le hubiere fijado, perderá automáticamente la jurisdicción para entender en el juicio, y deberá remitir el expediente al Superior para que este determine el juez o tribunal que deberá intervenir. Será nula la sentencia que se dicte con posterioridad. Por su parte el art. 168, Cód. Proc. Civ. y Com. Pcia. de Bs. As. estatuye que la pérdida de jurisdicción en que incurrieren los jueces o tribunales de cámara si se produjere tres veces dentro del año calendario los someterá a la ley de enjuiciamiento. Y su artículo homónimo de la Capital Federal señala la responsabilidad penal, o de la sujeción del juez al tribunal de enjuiciamiento, si correspondiere, sin perjuicio de la aplicación de una multa establecida en el art. 167.

(4) COLOMBO – KIPER, ob. cit., p. 300.

(5) *Ibid*.

(6) En este aspecto de la cuestión, expone Giuliani que "lo único que asegura la estabilidad de los magistrados es su 'buena conducta'". Y agrega que el Código italiano de Ética de los Magistrados dispone en el art. 8º que: "El magistrado garante y defiende el ejercicio independiente de sus propias funciones y mantiene una imagen de imparcialidad e independencia. Evita cualquier forma de involucrarse en centro de poder político o cuestiones

Thomson Reuters

La conducta impropia del juez, su mala conducta, es severamente censurada por la opinión pública, al afectar la investidura judicial que posee, en cuanto genera descrédito en la institución, desconfianza en el criterio del magistrado, en su independencia, su imparcialidad y su objetividad.

Finalmente, respecto de la "mala conducta del magistrado", Giuliani **(7)** reseña en el fallo que comenta el caso del magistrado sorprendido con posesión ilegal de estupefacientes (16 g de marihuana) en un lugar público, lo que resulta constitutivo de un grave caso de inconducta o mal desempeño.

Lo cierto es que, al tener los jueces inmunidad penal —señalan Colombo y Kiper en la obra citada— y mientras no sean removidos, los únicos que pueden decidir si se cometió o no un delito son los jueces con competencia penal. Cuando se acusa a un magistrado de la comisión de un delito, en realidad de lo que se trata es de la exigencia de una fuerte apariencia de que ello ha ocurrido, pero no significa que así sea. Además los autores citan como ejemplo que en el supuesto caso de la comisión de ciertos delitos que requieren una figura dolosa (como ocurre con el prevaricato), sin que se presuma su existencia, es necesario que se pruebe con suma verosimilitud tal estado de apariencia. Si el juez es removido, recién después interviene la jurisdicción criminal competente y el magistrado destituido es sometido al proceso penal como cualquier ciudadano o habitante, y puede ser condenado o absuelto.

Este criterio de la destitución previa del juez, para luego ser enjuiciado criminalmente —según mi opinión— ha cambiado con la sanción de la ley 25.320, que en su art. 1º dispone que cuando se abra una causa penal a un magistrado en la que se le impute la comisión de un delito, el tribunal seguirá con el juicio adelante hasta a su total conclusión, sin perjuicio de las inmunidades que le concede la ley. El juez penal solicitará al órgano que corresponda el desafuero o la remoción. Sobre este tema, me referiré con mayor amplitud, más adelante en el tópico 4.b), al cual me remito por honor a la brevedad.

Los autores citados *supra* indican que la destitución previa no implica necesariamente una posterior condena en sede penal, sino solamente la posibilidad de que quien fue juez sea sometido al proceso hasta su conclusión. En cambio, aunque no de manera definitiva, el Consejo de la Magistratura valora especialmente aquellos casos en que el juez denunciado es absuelto por la justicia penal (res. 344/2000 del 22/11/2000; 114/2001, del 10/04/2001, entre otras). A su vez, si un juez es destituido solo por mal desempeño, ello tampoco impediría un juzgamiento en sede criminal si hubiese motivos para hacerlo.

La Constitución Nacional prevé en el art. 53 tres causas para la destitución de un magistrado; ellas son: a) mal desempeño en sus funciones; b) delitos cometidos en el ejercicio de la función y c) delitos comunes. Sin embargo, la primera de las tres puede englobar las otras, en el entendimiento de que la comisión de un delito (Comisión que deberá estar probada judicialmente) configura una forma de desempeñar mal la magistratura **(8)**.

El mal desempeño del art. 53 de la CN —nos indica Alfonso Santiago (h) **(9)**— es la contratara de la buena conducta que el art. 110 exige al magistrado para que continúe ejerciendo su cargo.

A mi juicio, constituyen mal desempeño de las funciones, entre otros: 1) el desconocimiento o la ignorancia absoluta e inexcusable del derecho (recuérdese que el juez es un perito en derecho), reiteradamente demostrada en la actuación judicial; 2) el incumplimiento reiterado de los deberes legales impuestos imperativamente e inherentes a su cargo, que constituyen obligaciones legales y de resultado.

que puedan condicionar el ejercicio de sus funciones o de cualquier modo empañar su imagen. No acepta encargos ni desarrolla actividad que obstaculice el pleno y concreto desarrollo de su propia función, o que por la naturaleza, la fuente y la modalidad puedan de cualquier modo condicionar la independencia" (GIULIANI, Carlos A., "Inconducta de los magistrados como causal de remoción", Supl. Penal 2040, junio, 38; LA LEY, 2010-C, 651).

(7) *Ibid.*

(8) CÁRDENAS, Emilio J. – CHAYER, Héctor M., "Corrupción judicial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 81.

(9) SANTIAGO, Alfonso (h), ob. cit., p. 38.

Thomson Reuters

Implica —entonces— desorden de conducta del magistrado: 1) el grave desarreglo de las buenas costumbres, impuestas por la moral y las reglas de ética judicial; 2) el ejercicio de toda actividad vedada a los jueces por las leyes de la Nación o de las provincias o incompatible con la dignidad, la austeridad y el decoro judicial que la investidura del cargo de juez le impone.

IV. Responsabilidad civil del magistrado

IV.1. Evolución histórica de la doctrina de la responsabilidad civil de los jueces. Sus fundamentos

En el año 1947 escribía Leonardo A. Colombo **(10)** que la responsabilidad de los jueces, en su carácter de funcionarios públicos, tiene modalidades *sui generis,* dado el modo como deben desempeñar sus funciones, la delicadeza de estas y los intereses en juego. Decía el recordado autor que, se ha resuelto que las resoluciones y sentencias pueden ser revocadas por vía de apelación y que por eso el daño que causaren es fácilmente reparable por los tribunales de segunda instancia **(11)**, pero hay que reconocer que no siempre esa reparación puede efectuarse de manera tan sencilla. A veces los fallos y las providencias son inapelables, y al causar daño a alguno de los justiciables, la investidura del magistrado no será suficiente para excusarlo de su culpa, porque el ejercicio del cargo no autoriza jamás a excluir la imputabilidad dentro de un régimen social y jurídico regularmente constituido **(12)**. Por nuestra parte dejamos a salvo la posibilidad de que el juez acredite la existencia de un error excusable, por ejemplo por haber sido inducido a error, con pruebas y/o testimonios falsos aportados por alguna de las partes en el proceso y posteriormente declarados como tales en el juicio de responsabilidad.

A su turno, el autor Luis María Rezzónico decía allá por el año 1957 que, vinculado con el punto que estudiamos está el tema de la reparación a las víctimas de los errores judiciales causadas por deficiencias procesales, insuficiencia de conocimientos científicos, deficiencia de las pruebas, negligencia o ligereza en su apreciación, error o parcialidad de los peritos, pruebas falsas o fraguadas, viciadas por el error o por el odio o los prejuicios o influenciada por la pasión publica, que perturba a veces a los jueces **(13)**.

Sociólogos, filósofos y juristas como Montaigne, Montesquieu, Voltaire, Beccaria, etc., abogaron por el principio de la reparación a la víctima de los errores judiciales **(14)**.

Se expresaba en esa época de evolución de la responsabilidad civil por los errores judiciales (en la década de 1950) que la responsabilidad personal del juez o de un tribunal colegiado (cámaras de apelaciones) debe observarse: 1) que tal responsabilidad no procede sino en caso de dolo de los jueces y no por sus decisiones simplemente erróneas por razones de apreciación o de información, dictadas de acuerdo con su leal saber y entender (JA 13-345; 11-246, Moreno, R., Cód. Penal, t. 6, p. 278); 2) tampoco procede si el daño es fácilmente reparable por los tribunales de segunda instancia, que puedan revocar la sentencia injusta o errónea, por vía de apelación o de nulidad (Fallos de la CCiv. Cap. Fed. 9-137, 2ª serie); 3) la responsabilidad del juez no podría hacerse efectiva sin previa separación del mismo por juicio político **(15)**.

Cuando se trata de la imputación de simples errores, nos adoctrinaba Salvat **(16)** que la demanda de daños y perjuicios no podría en ningún caso prosperar, porque esos errores deben

(10) COLOMBO, Leonardo A., "Culpa aquiliana", Ed. TEA, Buenos Aires, 1947, p. 296.

(11) Un viejo fallo de la Cámara Civil de la Federal dispuso: "Los actos de los jueces contra los cuales existan recursos previstos por la ley, no pueden fundar una acción por daños y perjuicios mientras la parte que se considere damnificada no haga uso de dichos recursos en el modo y forma que fija la ley" (CCiv. Cap. Fed. Fallos 9-137, 3ª serie, cit. por COLOMBO, Leonardo A., ob. cit., p. 296).

(12) Por su parte agregaba Salvat que, en principio, es indudable que los jueces no puedan quedar excluidos de la responsabilidad consagrada en él artículo que estudiamos —se refería al art. 1112, Cód. Civ.— porque ello sería contrario a las bases fundamentales del gobierno republicano representativo que la Constitución ha consagrado (SALVAT, Raymundo M., "Tratado de Derecho Civil", Ed. TEA, Buenos Aires, 1958, t. IV, p. 308).

(13) REZZÓNICO, Luis M., "Estudio de las obligaciones", Librería Editora de Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1957, ps. 712-723.

(14) *Ibid*., p. 714.

(15) *Ibid*., ps. 715-716.

(16) SALVAT, Raymundo M., ob. cit., p. 308.

Thomson Reuters

ser remediados por los recursos que la ley establece y si ellos no han prosperado, eso quiere decir que no se trata de errores de los jueces sino de interpretaciones individuales del damnificado, contra las cuales se levanta la presunción de verdad derivada de la autoridad de la cosa juzgada. La acción de daños y perjuicios sería con mayor razón improcedente en el caso de haberse consentido por el damnificado las resoluciones que dice perjudiciales, sin interponerse contra ellas los recursos que la ley autoriza **(17)**.

En este aspecto de la cuestión, Bustamante Alsina **(18)** señalaba que puede ocurrir que con motivo de una decisión judicial de primera instancia que resulta luego revocada el juez hubiese adoptado medidas como embargos, secuestros, etc., con el consiguiente perjuicio para cada una de las partes. Si la decisión judicial no se halla debidamente fundada y demuestra un irregular incumplimiento de las obligaciones legales por parte del magistrado, su responsabilidad es evidente en los términos del art. 1112 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield.

Cuando la sentencia que se pronuncia es definitiva y ha pasado en autoridad de cosa juzgada en sentido material, esa decisión tiene una presunción de verdad y legalidad irrefutables (*res judicata pro veritate habetur*) y por lo tanto quien se sienta perjudicado no podrá articular o afirmar que ello ha sido causado por un error del juez. Sin embargo, existen situaciones extremas que han dado lugar a la acción da revisión de la cosa juzgada, y quien se ha ocupado de estudiar este tema es el Dr. Juan C. Hitters **(19)**, que enumera entre otros el siguiente caso, bajo el subtítulo "Actividad del juez". La revisión puede ser causada por la actividad anómala del juez, ya que este, al ser uno de los sujetos procesales, puede desarrollar una conducta antifuncional, o dolosa, que lleve a la sentencia írrita. La actividad disvaliosa del órgano jurisdiccional estaría configurando genéricamente lo que el código italiano llama justamente el dolo del juez (art. 395, nº 6.). Dentro de este mismo orden de ideas, opino que como consecuencia de la acción de nulidad de la cosa juzgada írrita que prospera y nulifica ese fallo írrito, debería prosperar también la acción de responsabilidad directa en contra del juez que pronunció ese fallo írrito.

Los jueces hablan por sus sentencias y estas deben ser dictadas conforme al derecho positivo, la jurisprudencia, la doctrina de los juristas y las buenas costumbres, cuando corresponde su aplicación. La interpretación o la hermenéutica jurídica de las normas legales o del derecho aplicable a cada caso *in concreto* puede diferir de juez a juez y más cuando el derecho atraviesa una etapa de crisis evolutiva, en búsqueda de la resolución o sentencia judicial más justa, en la cual influyen la situación y los fenómenos sociales, económicos, culturales, históricos, financieros, políticos, etc., siendo una herramienta esencial el método de interpretación histórico-evolutivo **(20)**. Vale recordar a este efecto que está bien que sea así, pues el derecho no es una ciencia exacta —donde dos más dos es cuatro—, como es la matemática; es una ciencia que constantemente busca su

(17) Véase también en igual sentido la opinión de BORDA, Guillermo A., "Manual de obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1966, ps. 571-572.

(18) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 442.

(19) HITTERS, Juan C., "Revisión de la cosa juzgada", Ed. Platense, La Plata, 1977, p. 231. Puede consultarse también el libro de AMADEO, José Luis, "La cosa juzgada según la Corte Suprema", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, y en especial en su anexo, que se transcribe la sentencia de la CS en "Campbell Davidson, Juan C. c. Pcia. de Bs. As." (Fallos 279:94). En este caso la Corte dejó sin efecto la sentencia apelada. En dicha causa se pretendía obtener la declaración de nulidad de un juicio que siguiera contra el actor la provincia de Buenos Aires, sobre expropiación de un inmueble de propiedad de aquél, el cual fue fallado en todas las instancias ordinarias, fijando un precio que el propietario consideraba irrisorio.

(20) En este aspecto de la cuestión el nuevo Cód. Civ. y Com. trata este tema en tres disposiciones legales, a saber: "Art. 1º.– Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rigen deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la Republica sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos y en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

"Art. 2º.– Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

"Art. 3º.– Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

Thomson Reuters

verdad y está en continua evolución. Obsérvese por ejemplo que la compraventa de los esclavos por medio de escritura pública era un acto lícito antes de 1853 y que al abolirse para siempre la esclavitud se incorpora en la Constitución Nacional una cláusula que dice: "En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución (...). Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen que serán responsables los que los celebren y el escribano o funcionario que lo autorice" (art. 15, CN).

Si la conducta o el comportamiento judicial expresado voluntariamente con dolo (delito) o culpa grave (cuasi-delito) por el magistrado a través de sus resoluciones o sentencias, dentro del ámbito de sus incumbencias o actuación judicial y ello causa un daño a uno de los justiciables, el juzgador debería responder por la comisión de un acto ilícito. En el caso de que se le impute al juzgador una conducta dolosa, le incumbe la carga de la prueba del dolo a la víctima del daño y, en el supuesto de un comportamiento culposo y grave del juez, la culpa grave surgirá *in re ipsa*, pues se trata de una culpa presumida por la demostración del cumplimiento irregular o anormal de las funciones que imperativamente le impone la ley como deberes jurídicos y obligaciones de resultado. Vale decir que los expedientes, las resoluciones y las sentencias judiciales hablan por sí mismas, y si ellas constituyen o configuran un "error judicial culposo (culpa grave)" e inexcusable por parte del magistrado que la dictó y causan daño a alguno de los justiciables, se presume su culpa, pues estamos en presencia de una culpa cantada. Se trata de un daño producido por el hecho y acto propio del magistrado, pudiendo este eximirse de responsabilidad acreditando (como contraprueba): a) el hecho o culpa exclusiva de la propia víctima; b) el hecho o la culpa de un tercero por quien no debe responder; c) el caso fortuito o la fuerza mayor; d) la falta de culpa de su parte, demostrando que actuó judicialmente con razonabilidad, prudencia, con cuidado, previsión y con debida diligencia, con lo cual justifica que fue un error excusable.

En este tópico especial de la cuestión abordada, Sagarna **(21)** —siguiendo a Kemelmajer de Carlucci— ha expuesto las características especiales que contiene la responsabilidad civil de los jueces: a) si la resolución es apelable y la parte perjudicada por ella no la recurre, se supone que renunció a los daños que se le hubieran ocasionado; b) si bien el error posee especiales connotaciones por las diferentes interpretaciones, será excusable y no configurará culpa (p. ej., las distintas interpretaciones de los hechos, de las pruebas y del derecho que realizan los jueces y expresan a través de sus sentencias); c) la acción puede incoarse luego del desafuero o renuncia del magistrado.

Finalmente, otro autor de nuestro tiempo —Carlos A. Ghersi **(22)**—, al referirse a la función judicial del Estado, señala que responde a una necesidad de la sociedad y que su ejercicio requiere, por parte del funcionario que la ejerce, de un título habilitante. Por eso se ha dicho que el Poder Judicial es el único poder profesionalizado del Estado. Este fue el último campo en el que se reconoció la responsabilidad estatal. Los factores de atribución son diversos: a veces, el servicio está mal organizado (p. ej., el Estado no cubre, dentro de plazos razonables, una vacante producida en un juzgado unipersonal y el sistema de subrogancias es tan defectuoso que la causa queda sin resolver durante largo tiempo); en otras, es la culpa grave o el dolo del juez que resuelve una cuestión con notoria impericia o con el propósito de beneficiar a la parte a la que el derecho no la asiste (p. ej., funda todo su razonamiento en una ley que fue derogada mucho tiempo antes de su sentencia). En otras se trata simplemente de la consagración o del principio de la igualdad de las cargas públicas (p. ej., si una persona fue condenada, sufrió pena de prisión y luego se reabre el proceso y prueba su inocencia). La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 10 dispone: "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

(21) SAGARNA, Fernando A., en BUERES – HIGHTON (dirs.), "Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3-A, ps. 461-462; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, en BELLUSCIO – ZANNONI (dirs.), "Código Civil comentado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, ps. 406-407.

(22) GHERSI, Carlos A., en MOSSET ITURRASPE – KEMELMAJER de CARLUCCI (dirs.), "Responsabilidad civil", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, ps. 437-438.

Thomson Reuters

IV.2. Responsabilidad civil del magistrado. El desafuero previo

La doctrina nacional, entre otros Colombo **(23)**, Salvat **(24)**, Llambías **(25)**, Rezzónico **(26)**, Sagarna **(27)**, Kemelmajer de Carlucci **(28)**, Borda **(29)**, González **(30)**, Jofré **(31)**, Colombo y Kiper **(32)**, Vannosi **(33)** y Paolini **(34)** han sido favorables a la denominada "habilitación de enjuiciamiento". Otro autor contemporáneo, Gallo Quintián, escribió sobre este tema objeto de estudio, bajo el título: "Responsabilidad por error judicial" y también concluyó: "Entendemos así, que sólo en ese especialísimo supuesto y previa destitución podrá —en las condiciones referidas— ser el magistrado demandado en forma directa por la víctima del "error judicial" **(35)**.

A mi modo de ver la cuestión del juicio de responsabilidad civil del magistrado supone un antejuicio o juicio previo de calificación de la conducta del juez, que constituye una cuestión prejudicial para lo civil. Si el juez se mantiene en el desempeño de su función es improcedente la demanda de daños y perjuicios en su contra. Al cesar en el cargo procede el examen de dicha responsabilidad civil, que deberá estimarse comprometida si se lo considera incurso en dolo o culpa.

En cambio, respecto a para la justicia penal, la ley 25.320, que establece el régimen de inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados, en su art. 1º dispone: "Cuando, por parte de juez nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se abra una causa penal en la que se impute la comisión de un delito a un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión. El llamado a indagatoria no se considera medida restrictiva de la libertad pero en el caso de que el legislador, funcionario o magistrado no concurriera a prestarla el tribunal deberá solicitar su desafuero, remoción o juicio político. En el caso de dictarse alguna medida que vulnera la inmunidad de arresto, la misma no se hará efectiva hasta tanto el legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político no sea separado de su cargo. Sin perjuicio de ello el proceso podrá seguir adelante hasta su total conclusión. El tribunal solicitará al órgano que corresponda el desafuero, remoción o juicio político, según sea el caso, acompañando al pedido las copias de las actuaciones labradas expresando las razones que justifiquen la medida. No será obstáculo para que el legislador, funcionario o magistrado a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tenga derecho, aun cuando no hubiere sido indagado, a presentarse al tribunal, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan serle útiles. No se podrá ordenar

(23) COLOMBO, Leonardo A., ob. cit., p. 297.

(24) SALVAT, Raymundo M., ob. cit., p. 309.

(25) LLAMBÍAS, Jorge J., "Derecho Civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1980, t. IV-B, ps. 116-117.

(26) REZZÓNICO, Luis M., ob. cit., ps. 715-716.

(27) SAGARNA, Fernando, ob. cit., p. 462.

(28) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, ob. cit., ps. 406-407.

(29) Decía Guillermo Borda que no es posible intentar en contra de los jueces la acción de daños y perjuicios, si previamente no han cesado en sus cargos, sea por haber sido removidos conforme al procedimiento legal, sea por haber renunciado o terminado sus funciones; cit. por MOSSET ITURRASPE, Jorge – PIEDECASAS, Miguel Á., "Responsabilidad por daños", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. VII, "El error judicial", p. 214.

(30) GONZÁLEZ, Joaquín V., "Manual de la Constitución Nacional Argentina", actualizado por QUIROGA LAVIÉ, Humberto, quien desarrolla el tema del desafuero, que significa allanar el fuero, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 298.

(31) JOFRÉ, Tomás, "Manual de procedimiento penal", t. I, p. 182, y nota de JA II-977, cit. por MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, ob. cit., p. 214.

(32) COLOMBO – KIPER, ob. cit., p. 301.

(33) VANNOSI, "La responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones", LA LEY del 20/12/2001, cit. por COLOMBO – KIPER, ob. cit., p. 301.

(34) PAOLINI, Jorge O., "El enjuiciamiento de magistrados y funcionarios", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, ps. 27-28.

(35) GALLO QUINTIÁN, Federico J., "Responsabilidad por error judicial", 2003, *www.saij.jus.gov.ar*, SAIJ: DACF030015.

Thomson Reuters

el allanamiento del domicilio particular o de las oficinas de los legisladores ni la intercepción de su correspondencia o comunicaciones telefónicas sin la autorización de la respectiva Cámara". Por el art. 6° se derogan los artículos 189, 190 y 191 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984).

Por su parte el art. 97 de la Const. Bs. As., referente al tema de la "inmunidad personal", prevé una excepción, disponiendo que los senadores y diputados gozarán de completa inmunidad desde el día de su elección hasta el día en que cese su mandato, y no podrán ser detenidos por ninguna autoridad sino en caso de ser sorprendidos en la ejecución flagrante de algún crimen, dándose inmediatamente cuenta a la Cámara respectiva, con la información sumaria del hecho, para que resuelva lo que corresponda, según el caso, sobre la inmunidad personal. La garantía de inmovilidad e independencia de los jueces revisten el reconocimiento de inmunidades y prerrogativas en el cargo de los magistrados (art. 16, CN), traducida en la independencia de toda restricción a su libertad y en el reconocimiento de la autoridad, acatamiento de sus órdenes y distinción de trato. En tal sentido expone Paolini que el reconocimiento de las inmunidades y prerrogativas tiene su respaldo en la propia naturaleza de la función judicial. Las prerrogativas reconocidas a los magistrados comprenden: 1) el respeto debido para mantener incólume la dignidad y decoro de la función; 2) la improcedencia de la citación a juicio **(36)**, sin el previo desafuero; 3) la improcedencia de su citación como testigo, pudiendo declarar por oficio. El actual Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires ha introducido modificaciones a este principio; 4) prohibición de disminuir sus remuneraciones; 5) facultad para la designación de sus colaboradores; 6) ejercicio del Poder de Policía para mantener el orden interno y corregir la conducta de litigantes, etc.; tutelan las garantías enumeradas en los arts. 18, 53, 60 y 115 de la CN y 74 de la Const. Bs. As., y puede reclamarse el reconocimiento de dichas inmunidades, mediante el recurso de hábeas corpus **(37)**.

(36) Por nuestra parte entendemos, que se refiere a la citación a juicio en causa civil, cuando se demanda al juez por error judicial.

(37) PAOLINI Jorge O., ob. cit., p. 27.

Con respecto a la "habilitación del enjuiciamiento" de los magistrados, también se ha expedido favorablemente la doctrina judicial, citando al efecto los autores Mosset Iturraspe y Piedecasas, los siguientes fallos: a) de la CS, 06/09/1910, Fallos 113:317, íd., 17/04/1913, Fallos 116:409, b) del STJ de Córdoba, 14/10/1925, cit. por Aguiar, ob. cit., t. II, p. 464, nro. 70; c) de la SCBA, 01/06/1920 en "Jackson c. Uzal Deheza", con cita de la Constitución de EEUU y de Hamilton, JA IV-1920-435 **(38)**.

Finalmente, el abogado constitucionalista Gregorio Badeni, en un artículo publicado en el diario *Clarín* del día sábado 08/07/2017, afirma que esta prerrogativa tiene carácter institucional y no personal. La prerrogativa no es de la persona sino del cargo.

IV.3. El Poder Judicial corrige sus errores. Necesidad de agotar la vía recursiva

Bajo el título: "El poder judicial corrige sus errores (necesidad de agotar la vía recursiva), los autores Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecasas **(39)** exponen al efecto que los jueces de la instancia superior corrigen los errores de derecho de los jueces de instancia inferior. Es decir que a través de los recursos que van abriendo las distintas instancias —y dentro del mismo proceso— el error pueda encontrar la corrección. Hay errores que detecta el propio juez que se equivocó, a través del planteo del recurso de revocatoria; otros, del inferior, que descubre y corrige el superior, con base en el recurso de apelación **(40)**.

(38) MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, ob. cit., p. 214.

(39) MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, ob. cit., ps. 265-273.

(40) Salvat, Aguiar y Colombo entendían que si se trataba de la imputación de simples errores, la demanda de daños y perjuicios no podría en ningún caso prosperar, porque esos errores deben ser remediados por los reparos que la ley establece y si ellos no han prosperado, eso quiere decir que no se trata de errores de los jueces sino de interpretaciones individuales del damnificado, contra las cuales se levanta la presunción de verdad derivada de la autoridad de la cosa juzgada. La acción de indemnización sería con mayor razón improcedente, en el caso de haberse consentido por el damnificado las resoluciones que se dicen perjudiciales, sin interponerse contra ella los recursos que la ley autoriza (SALVAT, Raymundo M., ob. cit., p. 308).

Thomson Reuters

Pero estos no son todos, puesto que el superior, siguiendo al inferior, puede mantener la equivocación e insistir en ella, y el juez encerrarse en los límites de su resolución y rechazar la revocatoria procesal. Agregan los autores citados, concluyendo, que hay errores que no son salvados por el sistema: a) porque la actividad judicial que los origina no es recurrible; b) porque aun siendo recurrible el daño causado, es ya definitivo y la resolución definitiva, cualquiera sea llega tardíamente (a título de ejemplo, al suscripto de esta monografía se le ocurre el siguiente caso: piénsese de modo abstracto en el daño psicológico que se le causaría a un niño cuya madre voluntariamente entrega a un matrimonio en guarda con fines de adopción y —permaneciendo esa guarda durante dos años—, estos últimos se presentan ante el juez de familia para regularizar la situación, disponiendo el magistrado que por violarse la lista de inscriptos con fines de adopción se resuelve separar al niño de sus padres de crianza y otorgárselo en guarda a otro matrimonio inscripto. La parte afectada —los originarios guardadores, quienes también estaban inscriptos en la lista de espera— deducen recurso de apelación ante el tribunal de alzada y, concedido este, el niño permanece con sus actuales guardadores. La Cámara de Apelaciones resuelve revocar el fallo de primera instancia y otorgar la guarda a los padres de crianza originarios a los cuales la madre se los entregó. El fallo es justo, empero el tiempo y la demora van en contra del niño; en suma, el daño psicológico que se le causó resultaría irreparable); c) porque el resultado de los recursos es confirmatorio del error y no superador de este. Los juristas Mosset Iturraspe y Piedecasas, con cita de Diez Picasso, afirman que "La finalidad es inherente a toda empresa humana, y con mayor motivo, a algo tan complejo como administrar justicia. El derecho prevé esa eventualidad como algo normal. En consecuencia, si el error del juez no es fortuito sino culpable y de él podría derivarse responsabilidad civil, es lógico que el ordenamiento exija que previamente a la vía de la responsabilidad, se intente la vía ordinaria del recurso" **(41)**.

Finalmente, para cerrar este aspecto de la cuestión tratada, indican Mosset Iturraspe y Piedecasas **(42)**, referente al tema del porqué de la causa de eximición de responsabilidad del juez que dicta una resolución o sentencia definitiva y es consentida por las partes en el proceso —sin apelar estas—, habría —recordando a Kemelmajer de Carlucci **(43)**— una presunción *iuris tantum* de consentimiento del daño producido por una decisión perjudicial no recurrida, y señalan los dos primeros autores **(44)** que equivale a decir: en la aceptación de la decisión errónea dañosa, y la culpa de la propia víctima o la imposibilidad de alegar su torpeza o volver sobre sus propios actos.

IV.4. Responsabilidad del juez, asimilado a un funcionario público

Dispone el art. 1766 del Cód. Civ. y Com., con referencia al funcionario y empleado público (en este supuesto, léase jueces o magistrados) que por los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y los principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Esta norma legal del código de fondo se complementa e integra con el art. 9º de la ley 26.944, que regula la actividad o inactividad de los funcionarios y los agentes públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.

Las obligaciones legales que les imponen imperativamente a los magistrados el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los de las provincias, como normas de orden público procesal, son todas esas obligaciones (deberes legales) de resultado, en donde el mero incumplimiento hace presumir la culpa grave del funcionario-juez, y que paso a enumerar, siguiendo las directivas del Código Procesal Civil y Procesal de la Nación, entre otras, a saber: 1) asistir a las audiencias de prueba, bajo pena de nulidad en

(41) MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, ob. cit., ps. 265-272.

(42) Ibid., p. 266.

(43) KEMELMAJER de CARLUCCI A., ob. cit., p. 75, cit. por MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, ob. cit., p. 266.

(44) *Ibid.*, p. 267.

Thomson Reuters

los supuestos en que la ley lo establece o cuando cualquiera de las partes lo pidiera con anticipación no menor de dos días a su celebración, y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviera autorizada. Fijar audiencia en los juicios de nulidad de matrimonio en la providencia que ordena el traslado de la demanda a la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del ministerio público, en su caso; 2) decidir las causas en lo posible de acuerdo con el orden en que hayan quedado en estado, salvo las preferencias establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional; 3) dictar las resoluciones con sujeción a los siguientes plazos: a) las providencias simples, dentro de los tres días de presentadas las peticiones por las partes o del vencimiento del plazo conforme a lo prescripto en el art. 36, inc. 1º, e inmediatamente, si deberían ser dictadas en una audiencia o revistieran carácter urgente; b) las sentencias definitivas en juicio ordinario, salvo disposición en contrario, dentro de los cuarenta a sesenta días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado; c) la sentencia definitiva en el juicio sumario, salvo disposición en contrario, dentro de los treinta o cincuenta días, según se trate de juez unipersonal o tribunal colegiado; d) las sentencias definitivas en los juicios sumarísimos, dentro de los quince a veinte días de quedar el expediente a despacho en el caso del art. 312, inc. 1º, y de los diez o quince días en los demás supuestos, según se trate de juez unipersonal o tribunal colegiado; 4) fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia; 5) dirigir el procedimiento, debiendo dentro de los límites establecidos en este Código: a) centrar en lo posible, en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar; b) señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos o las omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije y disponer de oficio todas diligencias que fueren necesarias para evitar nulidades; c) mantener la igualdad de las partes en el proceso; d) prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe; e) vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal (art. 34, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Las sentencias interlocutorias resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el proceso. Los requisitos legales de estas son: deben constar por escrito, con indicación de la fecha, lugar y la firma del juez o presidente del tribunal o del secretario, en su caso (art. 160), y además deberán contener: 1) los fundamentos; 2) la decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas; 3) el pronunciamiento sobre costas (art. 161, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Por su parte el art. 163 del Cód. Proc. Civ. y Com. dispone que la sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: 1) la mención del lugar y la fecha; 2) el nombre y el apellido de las partes; 3) la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio; 4) la consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior; 5) los fundamentos y la aplicación de la ley; las presunciones no establecidas por la ley constituirán pruebas cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por número, precisión, gravedad y concordancia produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica; la conducta observada por las partes durante el proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones; 6) la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificando según correspondiera por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte; la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubieren sido invocados oportunamente como hechos nuevos; 7) el plazo que se otorgue para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución; 8) el pronunciamiento sobre las costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del art. 34, inc. 6º; 9) la firma del juez (art. 163, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Las sentencias definitivas de segunda o ulterior instancias deberán contener, en lo pertinente, las enunciaciones y los requisitos establecidos en el art. 163 y se ajustarán a lo dispuesto en los arts. 271 (acuerdo y votación), 272 (sentencia), 277 (prohibición de fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia) y 281 (sentencias de la Corte Suprema), según el caso.

Thomson Reuters

Como se desprende del texto de estas normas del derecho positivo procesal, ellas constituyen en su gran mayoría deberes legales impuestos a los magistrados, y como excepción algunas facultades concedidas a ellos.

Ahora bien, se advierte a todas luces que el factor de atribución o de imputación de responsabilidad civil al magistrado actuante es subjetivo, a título de culpa, consistente en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (art. 1724, Cód. Civ. y Com.) **(45)** o, a título de dolo, que se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724, Cód. Civ. y Com.). De este modo habría una conducta dolosa —en el funcionario público— por acción u omisión de sus deberes y obligaciones legales. Quizá la simple omisión de deberes u obligaciones legales que le son impuestas imperativamente al funcionario, que surge de su "manifiesta indiferencia por los intereses ajenos" hablaría por sí misma de una conducta dolosa en el agente público, pues no hizo —como obligación de resultado— lo que debía haber hecho o realizado ante tales circunstancias de personas, tiempo y lugar que se le presentan.

De manera que la acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración de un acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación (art. 271, Cód. Civ. y Com.). El dolo esencial causa la nulidad del acto, si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes (art. 272, Cód. Civ. y Com.). A su vez, el dolo incidental no es determinante de la voluntad; en consecuencia, no afecta la validez del acto (art. 273, Cód. Civ. y Com.). Ahora bien, el autor del dolo esencial y del dolo incidental puede ser una de las partes del acto o un tercero (art. 275, Cód. Civ. y Com.); previendo este último artículo que el autor de dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero.

Dolo esencial es el que vicia el consentimiento porque fue la causa determinante del acto, al inducir a la víctima a que lo consienta en condiciones desventajosas para ella; siempre será esencial cuando reúne los requisitos establecidos por el art. 272, Cód. Civ. y Com. Y el dolo incidental se refiere a la maniobra engañosa que proviene de la parte o de un tercero pero que no ha sido la causa determinante del acto. Es decir, el engaño no determina la realización del negocio, pero ha logrado que la víctima consienta condiciones que le son más gravosas o perjudiciales **(46)**, y da lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

IV.5. La culpa del magistrado debe ser grave **(47)**

De acuerdo con la doctrina mayoritaria, en los arts. 1112 del Cód. Civ. y 1766 del Cód. Civ. y Com. —integrándose este último con el art. 9º de

(45) Que a los efectos de la valoración de la conducta culposa del agente habrá de tenerse en consideración que, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (repárese que se trata de un magistrado, que se presume que es un perito en derecho y que cuenta con los conocimientos teóricos, técnicos, jurídicos, legales y empíricos suficientes como para administrar justicia), mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Y cuando existe una confianza especial se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes (art. 1725, Cód. Civ. y Com.).

(46) LLAMBÍAS, Jorge. J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. II, p. 449; HERRERA – CARAMELO – PICASSO (dirs.), "Código Civil y Comercial. Comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, ps. 454-256.

(47) La culpa grave consiste en "no prever o comprender lo que todos prevén o comprenden, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes". Es decir, que en el acto judicial se debería prestar la diligencia de un buen juez, o sea que se toma como cartabón o prototipo la figura *in abstracto* del buen juez y se lo compara con el juez que actuó jurisdiccionalmente en perjuicio de un justiciable. Sin embargo a mi juicio se recomienda hacer uso de los dos sistemas, el de la culpa *in abstracto* y el de la culpa *in concreto*, este último como se hubiera desempeñado el juez en sus propios actos o negocios jurídicos. Pues, según el criterio de apreciación de la culpa en abstracto o objetivo ha de tomarse en consideración la previsibilidad general de un sujeto-modelo "el buen juez", el juez diligente, en cambio, en el criterio de apreciación de la culpa en concreto o subjetivo podría compararse también el proceder del mismo juez actuante ante circunstancias similares a las del hecho dañoso, cómo procedió ese juez en otros procedimientos o procesos similares en los que ha intervenido como magistrado.

Thomson Reuters

la ley nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal— se inscribe la responsabilidad de los jueces dentro de los factores subjetivos de imputación. Santos Cifuentes y Sagarna sostienen que "desde los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta los jueces de primera instancia, como personal administrativo del Poder Judicial, podrían ser demandados. Pero para ir contra un juez se exige el desafuero previo, siempre y cuando la acción verse por daños por el cumplimiento irregular de sus funciones" **(48)**. En la especie, la culpa judicial está dentro del capítulo de la culpa profesional. Opinamos que la culpa debe ser valorada con cierto criterio estricto y que no cualquier inobservancia puede ser tenida como factor subjetivo de imputación, sino la que sea de tal entidad y gravedad que sea inexcusable. Por ello se ha dicho que para eximirse de responsabilidad deberá acreditar que cumplió con lo que en la responsabilidad profesional llamamos *lex artis* con un sentido estrictísimo **(49)**. Acreditado el cumplimiento irregular, la culpa se presume, surge *in re ipsa* de esa conducta antijurídica, los hechos o el expediente hablan por sí mismos, estamos frente a una culpa cantada. Para desvirtuar el juez esa presunción de culpa, tiene a su alcance la contraprueba de justificar que su conducta fue diligente y que actuó con cuidado y previsión. En suma, la conducta culposa del juez tiene que ser de tal entidad que sea determinante del daño, de manera que si hubiese actuado con la debida diligencia, observando y aplicando las normas legales, el error inexcusable no se hubiese cometido. Debe ser el resultado del desconocimiento, la ignorancia, la falta de pericia jurídica y la debida diligencia a la hora de resolver.

IV.5.a. Teoría del error judicial

Antes de entrar a estudiar la teoría del error judicial, el buen método aconseja precisar algunos conceptos de los siguientes términos, que se utilizarán en el tratamiento de este tópico, a saber:

- *El error y la ignorancia:* constituyen error un pensamiento, una idea o una opinión contrarios a la verdad. Consiste en la discordancia de las ideas con la realidad o verdad de las cosas. En cambio, la ignorancia se caracteriza por la falta de ciencia o de conocimientos, por la carencia de ideas adquiridas acerca de una determinada materia, de un hecho o de todo un orden de ellos.

- *Error accidental o indiferente:* así llamado porque no ejerce influencia sobre la suerte del acto (p. ej., si en una sentencia en vez de condenar al pago del capital por la suma de $10.000 se condena por $1.000, o en la equivocación del nombre y apellido de alguna de las partes al sentenciar. Es susceptible de ser corregido por el propio juez que dictó la sentencia, mediante un recurso de aclaratoria que no altera lo sustancial del fallo, invocando en tal sentido un error material.

- *Error culpable:* es el error evitable, cuando se procede con la debida diligencia. Se configura cuando se actúa con negligencia, imprudencia e impericia.

- *Error inculpable:* es cuando se ha incurrido en él, no obstante haber puesto en el acto, en la acción, la normal diligencia requerida por la naturaleza de los hechos, de los actos y/o de las cosas (p. ej., testigos que declaran que el procesado cometió el delito de homicidio o el dictamen de los peritos calígrafos al informar que la grafía es del imputado y posteriormente se nulifica, inducen a error al juez).

- *Error de derecho:* la ley se presume conocida por todos, y con mayor razón por el juez, que es perito en derecho. Reposa en su carácter obligatorio (presunción *iuris et de iure*), su ignorancia no es excusa, hace a la seguridad jurídica. Se basa en el principio de la inexcusabilidad del error de derecho: *error iuris nocet*, como regla general.

- *Error radical, obstáculo o impropio:* es el error que recae sobre la naturaleza del acto efectuado (*error in negativo*) (p. ej., una sentencia de Cámara, que debe dictarse mediante acuerdo y votación, si se pronuncia mediante una resolución impersonal, es nula) o sobre la identidad del objeto (*error in corpore*); resulta un acto jurídico inexistente.

(48) Al comentar el art. 1112, en "Código Civil de la Nación, Anotado y comentado", La Ley, Buenos Aires, 2003, t. I, p. 885; GASPAROTTI, Viviana I., "Algunas consideraciones sobre el factor de imputación subjetivo en la responsabilidad civil de los jueces", RDD 2009-2, "La Culpa – II", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 314.

(49) *Ibid.*, p. 315.

Thomson Reuters

- *Errores esenciales:* el error en la persona (o *in persona*) recae sobre la persona, mientras que el error sobre la cualidad substancial de la cosa es error *in substancia* porque recae sobre la sustancia de la cosa.

- *Errores ligeros:* son los accidentales e indiferentes, estudiados *ut supra*.

- *Error* in procedendo*:* se refiere al procedimiento mismo (p. ej., al juicio que debe tramitar por vía ordinaria, se le imprime el procedimiento sumario) y es subsanable por la vía de los recursos de revocatoria o de apelación.

- *Error* in judicando*:* consiste en aplicar mal la ley o en no aplicar la ley que corresponde o en la absurda apreciación de las pruebas, al sentenciar. En la provincia de Buenos Aires se corrige con el recurso de inaplicabilidad de la ley o de la doctrina legal de la Suprema Corte que se considere violada, y en la absurda apreciación de las pruebas.

- *Errores de la sentencia:* son los defectos de la sentencia, por omisión o por equivocación, entre ellos: a) falta de firma; b) falta de fecha; c) omisión de palabras que la hagan ininteligible; d) omisión de pronunciarse sobre planteos o peticiones de las partes; e) omisión de pronunciarse sobre pretensiones, defensas o excepciones articuladas por las partes; f) omisión de tratar cuestiones esenciales, etcétera.

IV.5.b. Error judicial (como vicio)

El acto jurisdiccional (judicial o procesal) con sus modalidades y formas propias tiene un sujeto (el juez), objeto y forma. Y dentro de los vicios que pueden afectar la voluntad del juzgador así como su declaración impulsada por su voluntad jurídica (al resolver) cabe consignar al error judicial, cuando se equivoca o yerra en su pronunciamiento. De manera, pues, que el error puede ser propio, espontáneo o inducido. Se les reconoce a los jueces la posibilidad legítima de discrepar en la interpretación de las normas o en la apreciación de los hechos y de las pruebas; sin embargo deberían respetar los criterios jurídicos de los tribunales superiores, pudiendo apartarse de ellos con debida fundamentación al efecto. Puede haber error con o sin culpa. La diligencia del juez debe ser considerada caso por caso, es decir *in concreto*. A nosotros nos interesa el error-vicio, o sea aquel que influye sobre la formación de la voluntad del juez en el acto judicial. De este modo tenemos: a) error-vicio de derecho y; b) error-vicio de hecho. El error de derecho se configura con la mala aplicación del derecho y el error de hecho se constituye con la deficiencia o en la mala interpretación de los hechos y de las pruebas que conforman el caso resuelto. De este modo, el error enfocado hacia el orden del objeto puede ser de hecho y de derecho. De allí que el error del juez puede ser espontáneo o bien inducido por dolo de un tercero, cuando las partes tratan de engañar al juez, en los hechos o en el derecho aplicable al caso y en consecuencia inducen a error al juez.

En cuanto al error de derecho, el Código Civil y Comercial en su art. 8º **(50)** sienta el principio: que resulta inexcusable la ignorancia de las leyes, al disponer que no sirve de excusa para su cumplimiento. Se agrega a ello que el juez debe resolver los asuntos que son sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) y los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables (art. 1º, Cód. Civ. y Com.).

En nuestro caso del error del acto jurisdiccional unilateral y recepticio, el error debe además ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad y: 1) debe tratarse de un error esencial **(51)** y; 2) ser el móvil determinante de la voluntad de quien ha errado. Al ser reconocible por el destinatario, se protegen la buena fe y la seguridad en el tráfico jurídico, que es compatible con el deber de información. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto y las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 266, Cód. Civ. y Com.).

IV.5.c. Excusabilidad del error. La inexcusabilidad. La reconocibilidad

En lo atingente a la fuerza del error —como justificación del comportamiento— afirma Mos-

(50) Véase el art. 34, inc. 1º, Cód. Penal, que se refiere al error o ignorancia de hecho no imputables.

(51) El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto (art. 265, Cód. Civ. y Com.).

Thomson Reuters

set Iturraspe **(52)** que, en la medida en que se carece de esa virtud, estamos frente un obrar culposo del funcionario-juez, al cual se le aplican las reglas comunes sobre la responsabilidad civil. Entonces interesa saber si el error que llevó a esa decisión injusta es excusable o inexcusable. Dice el citado jurista, si ha habido o no razón para errar, en los términos del art. 929, Cód. Civil. Allí se evidencia una distinción nítida del error en un acto jurisdiccional o judicial. Puede ocurrir que, como objetivo-fin para lograr el fin buscado, las partes traten de engañar al juez, con referencia a los hechos o al derecho aplicable a cada caso y, en consecuencia, ello tenga que ver con el error en el cual puede caer el juez.

En el proceso judicial existen las partes; empero, el error que nos ocupa no es el de una de esas partes, sino todo lo contrario, el error es del juez que dirige el proceso. No obstante ello —dice Mosset Iturraspe **(53)**— puede aludirse al conocimiento o no por una de las partes, del beneficiario del error judicial, que perjudica a la otra, aunque aquí las consecuencias sean diferentes. La relación es de tipo judicial entre el juez del proceso y las partes, es de tipo vertical, pues estas últimas se someten a la jurisdicción judicial, a su decisión.

En cuanto a la novedosa idea de la reconocibilidad del error por el destinatario o receptor de la manifestación y la no excusabilidad por el emisor de ella reflexionan Jorge e Ignacio Alterini **(54)** que ya aparece en la caracterización del error de hecho del artículo anterior y es disonante con otros textos que mantienen la noción de excusabilidad (arts. 427 y 1918, Cód. Civ. y Com.).

Con el muestreo apuntado, se genera el interrogante acerca de si en los casos especiales de los arts. 427 y 1918 la excusabilidad del errante es un requisito que se suma a la reconocibilidad, o si la excusabilidad es una excepción a la regla general que tiene en miras al errante o si debe entenderse que allí basta tanto la reconocibilidad del destinatario como la excusabilidad del errante **(55)**.

El acto puede ser declarado nulo cuando hay error de hecho y para que ello sea invocado, además de ser esencial (art. 265, Cód. Civ. y Com.) debe ser reconocible. El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración pudo conocerlo según la naturaleza del acto y las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 266, Cód. Civ. y Com.). Se exige solo que el destinatario o receptor esté en condiciones de advertir al error *in abstracto*.

Como es sabido, en el caso de los actos ilícitos adquiere perfiles especiales, no obstante que como principio se encuentra sujeto a las reglas jurídicas generales que se estudian en el cap. I del tít. IV, en materia de actos voluntarios lícitos y negocios jurídicos. Ahora bien, en tal sentido concluye María Isabel Benavente, referente al tópico de la reconocibilidad del error y los actos ilícitos, que "[e]n ese orden específico, el error se desprende para su configuración de la regla de la reconocibilidad para concretarse en dos requisitos: la esencialidad y la falta de culpa del agente. En efecto, en materia de hechos ilícitos, si el agente actuó con negligencia culpable causando un daño tiene la obligación de indemnizar (arts. 1716 y 1721 del Cód. Civ. y Com.)" **(56)**.

El acto jurídico (la sentencia o resolución judicial) es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, la modificación o la extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259, Cód. Civ. y Com.), y cuando ese acto voluntario es ejecutado (por el sujeto-juez), con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior (materializada en el pronunciamiento judicial). La exteriorización de esa manifestación de la voluntad del magistrado se canaliza en forma y modo escrito (art. 262, Cód. Civ. y Com.).

IV.5.d. Excusabilidad del error judicial de hecho. Las partes ponen los hechos y aportan las pruebas. Las pruebas de la excusabilidad

Analizaremos ahora si hubo rezón para errar o fue un actuar judicial culposo. En el proceso civil son las partes que intervienen en el juicio las que denuncian su versión de los hechos que invocaron y asumen la carga de la prueba. El juez soluciona el

(52) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, t. VII, ps. 36-37.

(53) *Ibid*., p. 37.

(54) ALTERINI, Jorge H. – ALTERINI, Ignacio R., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), "Código Civil y Comercial comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 228.

(55) *Ibid*.

(56) BENAVENTE, María I., en HERRERA – CARAMELO – PICASSO, ob. cit., p. 447.

Thomson Reuters

diferendo judicial, resolviendo el caso sobre la base de lo alegado y probado por las partes en la contienda, demostrando jurisdiccionalmente, en búsqueda de la verdad objetiva, a quién le asiste razón en sus dichos, condenado o absolviendo a alguna de las partes al pronunciar la sentencia.

Sobre la base del principio de la congruencia judicial, el juez se encuentra ligado o atado por los hechos que las partes denunciaron, a los cuales aplica el derecho. Y de allí que los errores sobre la apreciación judicial de los hechos y de las pruebas rendidas pueden ser excusables, si había razón para errar. La carga de la prueba está en cabeza de quien demanda la revisión y el resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por el error judicial, y es el que debe demostrar que el acto judicial se encuentra viciado por error de hecho del juez, y es al juez demandado a quien le cabe aportar los elementos probatorios de la razón para errar, que es equivalente a decir que ha sido justificado su proceder y, por ende, su excusabilidad.

IV.5.e. Consecuencias del error judicial inexcusable

Cuando el error judicial es inexcusable, o sea que el juez actuó judicialmente con culpa grave o dolo, ello compromete el deber de indemnizar el daño causado, que está a cargo del funcionario-juez, siendo responsable directo y personal (art. 1749, Cód. Civ. y Com.) por no cumplir una obligación u ocasionar un daño injustificado por acción u omisión (arts. 1724, 1725 y 1766, Cód. Civ. y Com., y 9º, ley 26.944), siempre que se encuentren reunidos los cuatro elementos o extremos legales que configuran el acto ilícito y que son: a) el daño resarcible (arts. 1737 y 1744, Cód. Civ.), siendo sus requisitos legales la existencia de un perjuicio directo o indirecto, actual, o futuro, cierto y subsistente (art. 1739, Cód. Civ. y Com.); b) el factor subjetivo de atribución o imputación de responsabilidad en cabeza del magistrado a título de culpa grave o dolo (arts. 1721 y 1724, Cód. Civ. y Com.); c) la relación de causalidad adecuada (arts. 1726 y 1727, Cód. Civ. y Com.), siendo reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo de causalidad con el hecho productor del daño y que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, denominadas como consecuencias inmediatas; las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto se llaman consecuencias mediatas (art. 1727, Cód. Civ. y Com.); d) la antijuridicidad: cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada (art. 1717, Cód. Civ. y Com.), o como lo conceptuaba la doctrina nacional, que la antijuridicidad consistía en la violación de todo el ordenamiento jurídico, en sentido material, sobre la base de no dañar al prójimo del art. 19 de la CN (*alterum non laedere*), que tiene raíz religiosa.

Agregamos a ello que la persona del juez tiene el deber, en cuanto de él dependa de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un daño; c) no agravar el daño, si ya se produjo (art. 1710, Cód. Civ. y Com.).

IV.5.f. Efectos del error judicial excusable

Nos adoctrina Mosset Iturraspe **(57)** acerca de que el error excusable es causa de inculpabilidad; al decir de Orgaz, desaparece la ilicitud, al no haber culpabilidad, en palabras de Brebbia. De allí concluimos por nuestra parte que nos sitúa fuera de la responsabilidad civil, quedando eximido de responsabilidad el funcionario-juez.

V. Derecho comparado

V.1. Derecho positivo italiano

Exponen Colombo y Kiper que en Italia esta cuestión está regulada por la ley 117 de 1988, disponiendo al efecto el art. 2º que en el ejercicio de las funciones judiciales no puede dar lugar a responsabilidad la actividad de interpretación de normas de derecho ni la de valoración de hecho y de las pruebas. Constituyen culpa grave: a) la grave violación de la ley determinada por negligencia inexcusable; b) la afirmación, determinada por negligencia, de un hecho cuya existencia está incontrastablemente excluida de los actos de procedimiento; c) la negación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia surge incontrastablemente de los actos del procedimiento; d) la emisión de proveídos relativos a la libertad de la persona fuera de los casaos permitidos por la ley o sin motivación (autores y ob. cit.).

(57) MOSSET ITURRASPE, ob. cit., ps. 41-42.

Thomson Reuters

V.2. Derecho positivo colombiano

Los juristas de la provincia de Santa Fe Dres. Mosset Iturraspe y Piedecasas **(58)** escriben que el Código de Procedimientos Civiles de Colombia, en su art. 40, regula el tema del "error judicial" y dispone respecto de la responsabilidad del juez que además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: 1) cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad; 2) cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto; 3) cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiera podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer.

VI. Visión y enfoque jurídico del "error judicial" en nuestra jurisprudencia

Es reducido el número de causas en las que nuestros tribunales han considerado configurado el error judicial, en que habrían incurrido muy pocos magistrados, generando la consecuente responsabilidad civil del Estado.

VI.1. Desvalorización de un depósito judicial por culpa del juzgado

Frente a la admisión de la demanda por un tribunal del trabajo, la demandada vencida interpuso recurso extraordinario local, depositando como recaudo de admisibilidad del recurso el monto de la condena en BONEX. Si bien de las constancias de autos surgía la posibilidad de depositar esos títulos, en el oficio finalmente librado al banco se consignó la orden de conversión de las rentas o posibles rescates a moneda nacional. Como esto sucedió en una época de inflación, se produjo la depreciación de la moneda, por lo cual esa conversión llevó a la desvalorización del capital depositado, invocando la desvalorización la recurrente como daño indemnizable, imputando el irregular funcionamiento de sus tribunales. La CS, por mayoría, consideró configurada la irregularidad causante del perjuicio al actor, declarando la procedencia del reclamo. La irregularidad consistió en la conversión a moneda argentina los bonos depositados en un tribunal **(59)**.

VI.2. Entrega de un cheque a una persona distinta del destinatario

Este caso consistió en la entrega de un cheque judicial a una persona distinta del beneficiario de este, lo que frustró la oportuna cancelación de un crédito de índole laboral. Quedó probada en la causa la falta del debido control por parte del secretario del juzgado, al momento de librarse el cheque, en contravención de la norma aplicable. El tribunal consideró que el Estado debía responder, en virtud de la doctrina de la "falta de servicio", citando como fundamento la doctrina legal del art. 1112 del Cód. Civ. y la causa "Hotelera Río de la Plata c. Provincia de Buenos Aires" **(60)**.

VI.3. Continuación de una ejecución por un monto incorrecto

En un caso se resolvió que incurre en falta grave el juez que descubre un error aritmético en la liquidación practicada en la sentencia —en el caso indemnización por despido— no lo modifica, pues ello importa tolerar el nacimiento o la lesión de un derecho que solo reconocería como causa el error **(61)**.

VI.4. Responsabilidad del Estado y del juez en razón de una equivocada declaración de quiebra

La Corte se ocupa a partir del consid. 9º del análisis —en la sentencia— de la responsabilidad que puede caber al representante de la Sra. Ángela Granati que inició ante la justicia comercial de la Capital Federal un juicio ejecutivo contra Mario Tortorelli, en cuyo expediente el profesional manifestó que había tomado conocimiento de la existencia de un pedido de quiebra ante el Juzgado de Lomas de Zamora en el que "se pudo establecer que el Sr. Mario Tortorelli se llama Mario Nicolás Tortorelli" y efectuó una inusual petición: que se dictara un auto de identidad de persona. El Juzgado Comercial actuante concluyó que Mario Nicolás Tortorelli era el deudor y dispuso que se entendiera que la sentencia había sido dictada en su contra. Luego pidió la quiebra ante el Juzgado de Lomas de Zamora acompañando una certificación del secreta-

(58) MOSSET ITURRASPE – PIEDECASAS, ob. cit., p. 265.

(59) CS, 04/06/1985, "Hotelera Río de La Plata c. Pcia. de Bs. As.", LA LEY 1986-8, 108, cit. por TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, ob. cit., p. 184.

(60) CNCont. Adm. Fed., sala II, "Lusquiños, H. R. c. Estado Nacional", 11/09/1999, JA del 02/02/2000, ps. 45 y ss., cit. por TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, ob. cit., p. 185.

(61) ST Jujuy, 01/09/2000, "Pascutini, J. L., Agrícola Jujeña SRL", LL NOA, 2001-27, cit., por TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, ob. cit., p. 186.

Thomson Reuters

rio del juzgado de Capital Federal en el sentido de que "Tortorelli Mario y Tortorelli Mario Nicolás son la misma y única persona". El juez provincial, finalmente dictaría la quiebra. En este sentido la Corte considera que el citado profesional debió examinar los recaudos necesarios, ante las evidencias que surgían del informe de la Cámara Nacional Electoral, acerca de las diferencias entre los datos de identidad del deudor y de Mario Nicolás Tortorelli y entiende que la ligereza culpable con la que obró el abogado compromete su responsabilidad civil. No parece dudosa la existencia de la culpa profesional de parte del representante y que parece claro que sus peticiones y manifestaciones han tenido una indudable gravitación en la declaración de quiebra y consecuencias consiguientes. Sigue explicando la Corte que no tiene responsabilidad su representada. Con una precisa cita de Colombo, señala que si el representante por falta de diligencia dirige la acción contra un homónimo, es el mandatario quien debe cargar con las consecuencias de los daños que provoque. El alto tribunal fundamenta el juicio de reproche que le dirige al magistrado actuante destacando, entre otros aspectos que, pese a las diferencias que surgían entre el nombre del deudor, domicilio y demás datos del denunciante en los pedidos de quiebra, con relación al resultado del informe que había dado la Cámara Nacional Electoral, decretó la quiebra de Mario Nicolás Tortorelli.

Lo cierto es que se ha incurrido en una culpa grave, conducta que calificó como negligente, imprudente y con impericia, condenándose concurrentemente a la Pcia. de Bs. As. y al juez de la quiebra **(62)**.

VI.5. Pérdida de una lámina de un título de deuda pública

Se produce la pérdida de una lámina de un título de la deuda pública que fue depositado en un Juzgado de la Justicia Nacional del Trabajo. La responsabilidad se origina en el ejercicio anormal de una actividad administrativa del órgano jurisdiccional **(63)**.

También fue condenado el Estado por la pérdida de títulos ejecutivos en un juzgado **(64)**.

VI.6. Responsabilidad del Estado por prisión preventiva ordenada ilegítimamente

El actor estuvo privado de su libertad desde el 3 de octubre de 1996 hasta el 30 de diciembre de ese año, por orden del juez Federal de Dolores. El juicio giró en torno a que si la orden de prisión preventiva que se dispusiera era legítima. En efecto, resultó probado que la orden que dispusiera la presión preventiva del accionante fue ilegítima y el Estado fue condenado por daños y perjuicios **(65)**.

VII. Epílogo referente a los fallos citados en que es parte solamente el Estado como demandado y condenado

En estos juicios de daños y perjuicios, por mal desempeño o mala praxis del Poder Judicial que causa daño por su actividad jurisdiccional, en que solo se demanda y condena el Estado, puede resultar a —mi juicio— frente a una acción regresiva de repetición de daños y perjuicios que le promoviere el Estado al juez que intervino en la causa o juicio mediante el cual se dañó al justiciable, este último podría y estaría facultado para oponer la defensa o *exceptio male gesti processus*, sobre la base de que la derrota fue a consecuencia de la deficiente defensa.

En otras palabras, estaríamos frente al caso típico de intervención obligada de terceros (art. 94, Cód. Proc. Civ. y Com. Nac.). La parte que pide la citación de un tercero contra quien tiene una acción de regreso, para evitar que al ejercerla —por haber sido vencido en el juicio—, el tercero (juez), alegue que la derrota fue consecuencia de la deficiente defensa del Estado - Poder Judicial. De este modo, la intervención del tercero procede en principio cuando la acción de regreso surge del derecho material mismo.

(62) Fallo comentado por ANDRADA, Alejandro D., "Responsabilidad del Estado y del Juez en razón de una equivocada declaración de quiebra", LA LEY, 2006-D, 342.

(63) CNCont. Adm. Fed., sala IV, 09/06/1994, "Bodegas y Viñedos Giol c. Estado Nac.", JA, 1995-IV-152, cit. por TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, ob. cit., p. 185.

(64) Véase en tal sentido el fallo de la CNCiv. y Com. Fed., sala I, 27/05/1999, "Bini, Oscar c. Estado Nacional", LA LEY, 1999-F, 691.

(65) Este fue el caso "Coppola", cuyo fallo fue comentado en BARRAZA, Javier I., "La responsabilidad del Estado por prisión preventiva ordenada ilegítimamente", LA LEY, 2006-C, 386, y en TRIGO REPRESAS, Félix (dir.), *Doctrinas esenciales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. IV, p. 1365.

Thomson Reuters

Aproximaciones a la responsabilidad civil por la utilización de inteligencia artificial y derecho de los robots

Una mirada jurídica

Carlos A. Fossaceca (h.)

Pilar Moreyra

Thomson Reuters

Sumario: I. Introducción.— II. La inteligencia no humana y la conciencia huérfana.— III. Algoritmo: uno de los conceptos clave de nuestra realidad.— IV. La humanización de las máquinas.— V. El factor humano.— VI. Cómo aprenden a pensar las máquinas.— VII. Hacia nuevas miradas en el derecho.— VIII. La democratización de la ciencia.— IX. Humanidad digital.— X. El dataísmo y la privacidad.— XI. La singularidad de los robots.— XII. El derecho de daños y las nuevas tecnologías.— XIII. Los presupuestos de la responsabilidad civil frente a las nuevas tecnologías: el daño.— XIV. Los presupuestos de la responsabilidad civil frente a las nuevas tecnologías (continuación): la relación causal.— XV. Los presupuestos de la responsabilidad civil frente a las nuevas tecnologías (continuación): los factores de imputación.— XVI. El derecho del consumidor y la responsabilidad civil por productos defectuosos.— XVII. La importancia del *logging by design*.— XVIII. Ciertos supuestos especiales: la responsabilidad objetiva del productor y del operador.— XIX. La prescripción liberatoria.— XX. Los seguros obligatorios y los fondos de indemnización.— XXI. La eventual personalidad jurídica de los robots.— XXII. La ética, una disciplina olvidada que siempre hay que traer a colación.— XXIII. Conclusiones.

I. Introducción

El humano siempre ha *temido* a lo *diferente, a las nuevas circunstancias que no puede encuadrar en sus esquemas preexistentes, preconcebidos*. Ve en los cambios amenazas. Sin embargo, el transcurso del devenir histórico implica modificaciones constantes que exigen un esfuerzo de adaptación a la inteligencia humana.

Cada época presenta una *cosmovisión* que lo caracteriza. Son productos de su época. El pun-

to medular de los tiempos actuales radica es nuestra *creencia* en el humanismo y el reconocimiento de la dignidad humana; sendos aspectos se reflejan en las modernas ideas del *antropocentrismo* moderno.

El ser humano se ha posicionado en lo más alto de la Creación, encarna el papel *de una especie* dominante, merced a su capacidad innata de crear herramientas, sociedades y redes de *comunicación* globales.

Grandes beneficios se han obtenido gracias a la ciencia, superando innumerables barreras como consecuencia de la avidez de conocimiento. En este punto nos detenemos, tomamos aire, pues cabe recordar siempre la presencia de Dios a fin de evitar caer bajo un defecto grave de la modernidad: el relativismo moral.

Un nuevo producto, resultado del increíble desarrollo científico, estriba en la irrupción de la inteligencia artificial (en adelante, "IA") **(1)**, la cual suscita cuestiones de difícil ponderación **(2)**, no exclusivamente jurídicas; tal como lo es en el caso de su análisis ético **(3)**.

II. La inteligencia no humana y la conciencia huérfana

Existe cierto consenso en que el ser humano resulta ser diferente a otras formas de vida. Nos describimos usualmente como seres *racionales* (tal como lo indicaba el mismo Aristóteles en la Grecia clásica)*, pensantes, conscientes* de nuestro ser y de la existencia de otros. No cabe concebir la *inteligencia* sin el correlato de la *conciencia*, atributo *exclusivo* de la humanidad. Pero, notablemente, el mentado escenario ha *cambiado, fincando la mirada en otros tipos de inteligencia que no requieren de consciencia*.

Entre ellas, se destaca la *inteligencia artificial,* herramienta propia del siglo XXI que merece *especial* atención. El matemático John McCarthy, conocido como el padre de la IA, en un documento publicado por la Universidad de Stanford explicó que la IA es "La ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, especialmente programas de computación inteligentes. Está relacionada con la tarea similar de utilizar ordenadores para comprender la inteligencia humana, pero la IA no se limita a métodos que sean observables biológicamente" **(4)**.

Cabe definirla como la *ciencia* e *ingeniería* que permite *diseñar* y *programar* ordenadores de forma tal que lleven a cabo tareas que requieran *inteligencia*, o como la ciencia e ingeniería, *replicar* la inteligencia humana mediante

(1) El jurista Demetrio Chamatropulos, quien ha estudiado el fenómeno de la I.A. por varios años, ha indicado en este punto: "Solo diré que el abanico de aplicaciones es de lo más diverso y permite, p. ej., detectar el cáncer de piel [2], mejorar significativamente la predicción de terremotos, tsunamis y otros desastres naturales [3], conducir vehículos [4], pintar cuadros (con estilos de artistas célebres) [5], escribir guiones o historias [6], componer música [7], detectar enfermedades en cultivos con la finalidad de evitar su contagio [8], reconocer emociones en fotografías [9)] y en la voz humana [10], entre otras ilimitadas posibilidades que crecen día a día" (CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Inteligencia artificial, prevención de daños y acceso al consumo sustentable", LL AR/DOC/2550/2017, pto. 1). Se torna recomendable leer las notas de pie dado que ilustra sobre aplicaciones prácticas de la IA.

Por otra parte se ha expresado que "El desarrollo de la robótica y de la inteligencia artificial tiene potencial para transformar el modo de vida y las formas de trabajo, aumentar los niveles de eficiencia, ahorro y seguridad y mejorar la calidad de los servicios, y que se espera que, a corto y medio plazo, la robótica y la inteligencia artificial traigan consigo eficiencia y ahorro, no solo en la producción y el comercio, sino también en ámbitos como el transporte, la asistencia sanitaria, las operaciones de salvamento, la educación y la agricultura, permitiendo que los seres humanos dejen de exponerse a condiciones peligrosas, como, p. ej., las que entraña la limpieza de lugares contaminados con sustancias tóxicas" (res. Parlamento Europeo, de 16/02/2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica —2015/2103 [INL]—, *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html#title1*.

(2) "I. es necesario evaluar los cambios económicos y los efectos en el empleo ocasionados por la robótica y el aprendizaje automático; que, a pesar de las innegables ventajas de la robótica, su utilización puede entrañar una transformación del mercado de trabajo y la necesidad de reflexionar en consecuencia sobre el futuro de la educación, el empleo y las políticas sociales.

"K. a la vista de las crecientes fracturas sociales y el declive de la clase media, conviene tener en cuenta que el progreso de la robótica podría traducirse en una elevada concentración de la riqueza y el poder en manos de una minoría" (*ibid.*).

(3) No debe perderse de vista que la finalidad de toda IA es complementar las capacidades humanas y no desempeñar un rol de mera sustitución.

(4) McCARTHY, John, "What is Artificial Intelligence?", Computer Science Department, Stanford University, *http://www-formal.stanford.edu/jmc/*, 12/11/2007, p. 2.

Thomson Reuters

el uso de máquinas en los supuestos más avanzados **(5)**. Es entonces que la IA se ha consolidado como la gran *promesa* del futuro, que trae consigo la posibilidad de *reemplazar* al humano en sus tareas.

A pesar de ello, muchos autores destacan el haber logrado el *desarrollo de* la *capacidad* de *imitar* tareas en las máquinas, sin que ninguna probara ser *consciente*. Por otro lado, el tiempo ha demostrado —al menos hasta hoy— que la cuestión no versa sobre la *conciencia* con la que se lleven a cabo las tareas, sino sobre la *eficacia* con la que se ejecute el patrón que conforma aquella labor. Por ende, la inteligencia y la conciencia, que se creía que constituían una dualidad inescindible, en la actualidad se muestran *independientes* una de otra.

Ejemplo de lo aludido se constata a través de la Revolución Industrial del siglo XVIII y lo que ella significó en cuanto al *destino* de los *caballos*. Bien podemos decir que los citados cuadrúpedos *sienten, reconocen* y son hasta *mejores* que un modelo Ford en ciertas habilidades. Pero no fueron reemplazados por ser los autos mejores, sino como consecuencia de la manera de *ejecutar* de forma más *eficiente* sus tareas. Consecuentemente, parece que en esta carrera no ganará quien demuestre ser más humano sino quien demuestre ser más útil **(6)**.

Hoy la inteligencia es *mandataria* y la conciencia *optativa*. No es necesario que una máquina *sienta* para completar su entrenamiento (*machine learning*). Un *algoritmo* basta para que el aprendizaje sea *exitoso* y hasta resulta ser menos costoso que una vida de estudios.

Se trata, entonces, de un futuro presente, inminente, pero no actual.

III. Algoritmo: uno de los conceptos clave de nuestra realidad

Un *algoritmo* resulta ser una serie metódica de pasos que caben ser empleados para realizar *cálculos,* resolver *problemas* y tomar *decisiones* **(7)**. El concepto no refiere al cálculo en sí, sino al *método* utilizado para llevarlo a cabo, tal como es el caso de una *receta*. Si bien la idea suele ser familiar en el ámbito informático o matemático, no debe considerarse ajena a otras áreas, como nuestra composición orgánica.

El investigador Yuval Noah Harari **(8)** habla de los algoritmos *orgánicos* como aquellas *sensaciones, emociones* y *pensamientos* que nos llevan a tomar decisiones y nos habilitan a realizar tareas. Concluye que los organismos *son* algoritmos en cierta forma y por ello no resulta una sorpresa que una computadora sea capaz de *aprender* a realizar tareas humanas siguiendo la *misma* estructura de pensamiento. Tal fue el renombrado caso en 1980, cuando la máquina Deep Blue de IBM venció al campeón mundial de ajedrez Garry Kaspárov, logrando, inclusive, desarrollar estrategias que *nunca* antes había pensado un jugador humano **(9)**.

Lo mismo acaece con las *profesiones*. V.gr., una máquina que logre detectar tumores y ofrecer un diagnóstico podría amenazar con *reemplazar* a los médicos. Tal orden de ideas demuestra que no importa de qué material esté compuesta la máquina, en comparación al humano, sino que mientras los patrones y cálculos sean *correctos,* el resultado obtenido será el mismo. Ergo, no hay razón para esgrimir causa-

(5) LÓPEZ DE MÁNTARAS BADÍA, Ramón – MESEGUER GONZÁLEZ, Pedro, «Inteligencia artificial», Ed. CSIC, Madrid, 2017, p. 8.

(6) HARARI, Yuval N., "Homo Deus, a Brief History of Tomorrow", Vintage - Penguin, London, 2017, p. 363.

(7) Tal como ha expresado Corvalán, que ha intervenido activamente en el desarrollo del sistema Prometea para el Ministerio Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, «La IA se sustenta en algoritmos inteligentes o en algoritmos de aprendizaje que, entre muchos otros fines, se utilizan para identificar tendencias económicas, predecir delitos, diagnosticar enfermedades, predecir nuestros comportamientos digitales, etc. Un algoritmo puede ser definido como un conjunto preciso de instrucciones o reglas, o como una serie metódica de pasos que puede utilizarse para hacer cálculos, resolver problemas y tomar decisiones. El algoritmo es la fórmula que se emplea para hacer un cálculo» (CORVALÁN, Juan Gustavo, «La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea», LL AR/DOC/2520/2017, pto. II).

(8) HARARI, Yuval N., ob. cit., ps. 97-99 y 370-372.

(9) "Hace 24 años la computadora Deep Blue le ganaba a Garry Kasparov y a toda la humanidad", diario *La Nación*, 10/02/2020, *https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/hace-24-anos-computadora-deep-blue-le-nid2332356.*

Thomson Reuters

les obstativas de que una máquina lograra imitar o realizar de mejor forma una tarea humana. Como se ha explicado, cada operación sigue un algoritmo, es decir, un *método* de aprendizaje que puede ser enseñado mediante los usos de la IA a una máquina o robot.

IV. La humanización de las máquinas

Reconociendo la existencia de *múltiples* tipos de inteligencia, corresponde primero definir su concepto: es la capacidad de actuar de acuerdo con lo que percibimos en nuestro ambiente. Cabe graficarlo en el actuar diario, dado que se percibe, se desea, y, en consecuencia, se actúa. Por ende, uno se comporta de acuerdo con lo que quiere y uno quiere aquello que percibe. El proceso que implica llevar a cabo esta serie de pasos se encuentra a cargo de las neuronas, que a través de la sinapsis logran *conexiones* que se traducen como razonamientos análogos.

Con base en las apuntadas conexiones, se desarrolla un aprendizaje *adaptativ*o que ha servido como atajo hacia la *evolución*. Sin aquel, nuestra inteligencia no lograría mayores cambios. Pensar en una inteligencia sin aprendizaje sería postular una inteligencia sin conocimiento, lo que replicaría —de alguna manera— a una biblioteca sin libros. Por el contrario, como producto del aprendizaje adaptativo, se incorporan nuevas operaciones. Como resultado, las civilizaciones han avanzado a medida que se han extendido el número de operaciones que se realizan, sin pensar demasiado en la estructura del propio proceso.

En otras palabras, a partir de la automatización de las operaciones se crece en utilidad y eficiencia. Sin embargo, la IA como nuevo competidor amenaza con su rapidez y capacidad de procesar información, mayor a las que el ser humano ha logrado. Ahora bien, la apuntada habilidad, ¿acaso prueba en las máquinas más inteligencia o más rapidez para obtener respuestas erróneas? Y volvemos a reflexionar mediante otra hipótesis, ¿se torna legítimo considerar una máquina "inteligente" en el sentido humano?

Alan Turing **(10)** fue uno de los primeros en creer que las computadoras serían capaces de procesar todo tipo de información de forma *ilimitada*, formulando el principio de universalidad. De esta forma, ellas eliminarían toda necesidad de crear sistemas especializados, los cuales serían reemplazados por la creación de otros con propósitos generales y amplios en toda materia. No obstante, a nuestro juicio, el matemático no opinaría lo mismo en el presente, donde las computadoras, si bien logran cumplir un gran número de tareas, siguen presentando limitaciones para imitar de manera perfecta el *razonamiento* humano análogo.

V. El factor humano

En 1996, luego del triunfo de Deep Blue **(11)**, la sociedad creía que las máquinas habían logrado ser humanas. El mentado suceso significó un gran avance para los desarrolladores de IA, pero también recordó lo lejos que se encontraban de crear una máquina que simulara el razonamiento análogo humano. Como explicamos anteriormente, nuestra inteligencia se compone de una interacción *constante* con factores exteriores y una forma de asimilarlos. Se resuelven problemas sobre la marcha y se aprenden operaciones constantemente. Se obtiene un razonamiento lógico a partir de la analogía que nos permite *interrelacionar experiencias e ideas* y, de esa manera, se adoptan comportamientos de agentes inteligentes.

Sin embargo, la IA aún no ha logrado simular un aspecto fundamental con el que convive la racionalidad humana: la impredecibilidad del ambiente. El hecho de que una computadora lograra ganar un juego cuyas reglas están determinadas y que contiene muchas jugadas predecibles, no significa que la IA sobreviva a los azares de la vida. Se torna posible desarro-

(10) Alan Mathison Turing nació el 23/06/1912; matemático, científico en computación, lógico, criptoanalista, filósofo y biólogo teórico. Su principio de universalidad hoy se reconoce en las UTM (Universal Turing Machines) o Máquinas Universales de Turing, introducidas en 1936-1937.

(11) Deep Blue fue una computadora desarrollada por el fabricante estadounidense IBM para jugar al ajedrez. Fue la primera que venció a un campeón del mundo vigente, Gary Kaspárov, tal como se ha indicado en el pto III.

Thomson Reuters

llar formas de inteligencia más *rápidas, eficientes* y *acertadas*, pero nunca se podrá obtener la racionalidad perfecta, dado que ella no existe. Cabe encontrar problemas reales de tipo de características que exijan disímiles operaciones. Consecuente con ello, el objetivo de la IA no consiste en imitar el razonamiento humano; su finalidad será lograr, entonces, abarcar la mayor cantidad de problemas posibles y solucionarlos.

Desarrollar un método universal que sea aplicable a todo tipo de problema resulta ser la idea de los desarrolladores de IA. Un sistema que no necesite ser de ingeniería específica, sino uno que aprenda de su ambiente y logre adaptarse a las circunstancias del momento. Expresado de otra manera, la única pared que en la actualidad separa la IA de la humana resulta ser *la pared de los imprevistos y la carencia de la habilidad de adoptarse a ellos.* El ser humano goza de la facultad de establecer relaciones entre temas y no pensar de forma lineal. Y si bien suena imposible crear una IA que lo abarque todo, sí se han inventado diferentes tipos de programas para diferentes modalidades de problemas, que logran imitar de cierta forma la racionalidad humana. Un ejemplo de tal aserto lo constituyen los *sistemas* expertos.

Estos son *redes* que emplean *conocimiento humano* volcado a una computadora para resolver problemas que normalmente requieren experiencia humana. Los sistemas más avanzados imitan el *proceso de razonamiento* que los expertos utilizan para solucionar tales problemas específicos. Se trata de *programas de computación*, basados en conocimientos humanos, sobre tareas que solo un *experto* lleva a cabo, es decir, un programa que *imita* el comportamiento humano a partir de la *información* que le es proporcionada para poder dar una *opinión* sobre un tema en especial. Por ejemplo, *sistemas expertos legales* que buscan otorgar posibles resoluciones al usuario que presenta un conflicto **(12)**.

(12) CABRERA, Romina F., "Inteligencia artificial y su impacto en la justicia", *Rev. Iberoamericana de Derecho Informático, Fiadi,* 2ª época, 2º semestre, 2018, nro. 5, p. 90.

VI. Cómo aprenden a pensar las máquinas

Se torna posible clasificar los agentes inteligentes artificiales como IA débil o fuerte. Los primeros buscan simular un comportamiento humano inteligente; los segundos tienden a pensar de manera inteligente. Serán estos últimos los objetos de ponderación dado que solo ellos logran tomar decisiones de manera autónoma. Ahora bien, ¿cómo obtienen las máquinas el mecanismo de aprender a pensar?

En primer lugar, debe destacarse al *machine learning* como el conjunto de técnicas de aprendizaje automático a partir de algoritmos. En otras palabras, resulta ser la técnica por la cual las máquinas logran su aprendizaje. Este último se entiende como la adquisición de una conducta duradera a través de la práctica. Como bien se ha señalado anteriormente, el aprender conductas no hace a una máquina necesariamente inteligente. La pared limitativa radica en el aprendizaje adaptativo, rasgo exclusivamente humano. Sin embargo, con la llegada del *deep learning* como método de aprendizaje, puede que la pauta indicada se torne endeble.

El *deep learning* consiste en un sistema que imita al cerebro humano basado en redes neuronales. A partir de la búsqueda, representación y análisis de datos, este sistema logra un aprendizaje adaptativo por el cual realiza tareas luego de un entrenamiento, empleando su conocimiento, producto de experiencias previas. Su secreto se encuentra en las redes neuronales que buscan imitar el funcionamiento del cerebro humano. Un ejemplo de estos agentes son aquellas máquinas de IA que han logrado crear obras artísticas de manera autónoma, situación que trae aparejados nuevos cuestionamientos dentro del derecho de patentes.

Aquellas máquinas que poseen la cadena de aprendizaje explicada son clasificadas como *creativity machines* o como *robots autónomos inteligentes*. Muchos autores **(13)** se pregun-

(13) P. ej., MORAVEC, H., "Robot: Mere Machine to Transcendent Mind", Oxford University Press, New York, 2000.

Thomson Reuters

tan si las primeras deberían ser consideradas autores o agentes dentro del derecho comercial. De esta forma, su autonomía interpela decidir acerca de si las *creativity machines se tornan instrumentos* al servicio del hombre, o más bien, se transforman en los futuros responsables de nuevas invenciones.

VII. Hacia nuevas miradas en el derecho

El derecho es tan *humano* como quienes lo *escriben, estudian, ejercen* y *critican*. Resulta ser en su faz positiva el reflejo de una cosmovisión y la impronta de cualquier sociedad. Por ende, el derecho como ciencia, evoluciona junto al hombre, *adaptándose* a sus necesidades y enfrentándose a sus desafíos contemporáneos. Sin embargo, hay algo que nunca ha cambiado en el derecho y es el marco de las *relaciones* que regula y todo aquello que pertenece al derecho natural.

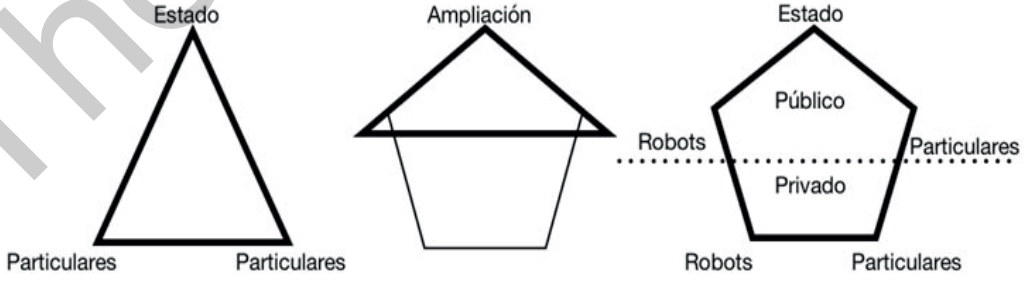
Tradicionalmente se representa las relaciones jurídicas en la figura de una *pirámide,* tributo al pensamiento de Kelsen. En su vértice superior se emplaza el *Estado* y en sus vértices inferiores se indica a los *particulares*. Se analiza a partir de ella la *convivencia* entre particulares (derecho privado) y la convivencia entre estos últimos y el Estado (derecho público). Si bien este esquema representa las ideas tradicionales del orden jurídico y social, resulta ser cuestionado (y cuestionable) y pensamos que seguirá siéndolo en el futuro.

Pero, también, cabe introducir otras aristas dignas de análisis...

Por ejemplo, resulta posible que —en el marco de las relaciones jurídicas descritas— se amplíen las bases de los vértices de aquella tradicional pirámide. Los robots tendrían *incidencia* en diversas áreas académicas, inclusive la legal y supondrían un reto para el derecho moderno. Quizá sea necesario hablar de un esquema *diferente* que incluya estos nuevos actores que, si bien aún no han sido definidos concretamente en el mundo jurídico, han suscitado controversias.

Una posible *propuesta que hacemos,* digna de atención, radica en la figura del *pentágono*. En sus *cinco* vértices se incluiría no solo a los particulares y al Estado, sino *también* a los robots. Se diferenciaría de igual forma el derecho privado del derecho público, a pesar de que su *relación* sea cada vez más *cercana* y albergaría —en esas *nuevas* relaciones— novedosas ramas del derecho, emergentes de estos nuevos paradigmas, v.gr., el *derecho informático*, el *derecho de internet* y, por qué no, un *derecho de los robots.*

Graficando:



Thomson Reuters

VIII. La democratización de la ciencia

Frente el gran impacto que tiene la IA en la sociedad irrumpe la necesidad de *diseñar* un *marco* regulatorio. El desafío principal estriba en determinar si nuestras bases son suficientes para contener el fenómeno informático o si esta demanda *genera* nuevas ideas jurídicas.

Dentro de la *comunidad* internacional, han tomado iniciativa los Estados Unidos y China, países que se han inclinado por la *autorregulación* de la IA, lo cual puede resultar un problema obedeciendo a la circunstancia de que las mismas empresas que se ven beneficiadas son quienes se *autolimitan*.

Otro eje de influencia de índole supranacional se encuentra en la Unión Europea. Con una visión diferente, define el problema como un conflicto social que suscita el interés de todos los ciudadanos y, por ende, su *plena* participación. Sumado a ello, la *pérdida* de confianza de los ciudadanos en los procesos de *control* y *regulación* sobre las nuevas tecnologías ha llevado a cambios en las políticas *públicas* europeas de ciencia y tecnología. En consecuencia, los sistemas de regulación dejan de funcionar según las pautas de gobierno y asumen *ciertas características* de *autogobierno*. Para lograrlo, la Comisión Europea está introduciendo modificaciones que pretenden *democratizar* la toma de decisiones y el uso de conocimiento *experto* y con ello *intensificar* la relación entre los actores sociales **(14)**. Simultáneamente, se aspira a reorganizar el proceso de plataformas tecnológicas e integrar el principio de *precaución* en las políticas europeas **(15)**. Lógicamente, el desarrollo efectivo de estas iniciativas dependerá de la actuación de los mismos ciudadanos y de la manera en que ellos aprovechen la oportunidad de hacer escuchar sus puntos de *vista, valores* y *objetivos* en cada decisión que colectivamente arriben.

(14) Res. Parlamento Europeo del 16/02/2017, cit.; res. Parlamento Europeo del 12/02/2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088[INI]), *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0081_ES.html.*

(15) TODT, Oliver, "La gobernanza tecnocientífica en la Unión Europea", Instituto de Filosofía Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), España, *Rev. CTS, n*ro. 7, vol. 3, 2006 (sept.), p. 25.

IX. Humanidad digital

En la época actual de la revolución industrial 4.0 aparece en el horizonte la necesidad de diseñar nuevas políticas industriales. La sociedad que por décadas alimentó la industria hoy es causante de tecnologías e innovaciones que miden el avance cultural y el perfeccionamiento de las naciones. El mundo se estructura alrededor de las sociedades de la información, donde las técnicas de información y comunicación (TIC) son el medio indispensable para entrelazar vínculos en todos los campos y el "dato" se posiciona como el activo más valioso en el mercado. La integración de *información* y *conocimient*o caracterizan a los grupos sociales que conviven con sistemas inteligentes como internet de las cosas (*big data*).

Tradicionalmente se ha expresado que todo cambio acarrea oportunidades (mal llamadas "crisis"). Los formatos digitales se han expandido en todo el mundo profesional y cultural, requiriendo la necesidad de recordar principios inviolables para la tutela de la dignidad humana y adaptar ideas en las nuevas estructuras. Lo que se concebía tradicionalmente como dos mundos diferentes, el de las ciencias y humanidades, están en la actualidad más cercanos que nunca frente al nacimiento de una nueva cultura: la de las *humanidades digitales*. En ella, se busca el estudio de la tecnología, no solo desde una rígida perspectiva técnica sino también mediante la inclusión de las ciencias sociales. Indudablemente, irrumpen nuevas perspectivas y cuestionamientos en el horizonte próximo.

La sociología ha tomado la *iniciativa* frente al mentado desafío y presenta una nueva rama conocida como la *sociología de la tecnología:* aquella que analiza, a través de la mirada del constructivismo social, los sistemas y constata hasta dónde la tecnología se ve influenciada por la sociedad y viceversa, a través de la teoría del *actor-red.* Entre sus autores, una idea remarcable es la que desarrolla Ogburn **(16)**, quien describe un retraso cultural en las actuales so-

(16) OGBURN, W. F. – GILFILLAN, S. C., "The Influence of Invention and Discovery", in *US President's Research Committee on Social Trends, Recent Social Trends in the United States,* McGraw-Hill, New York, 1933, vol. 1, ps. 122-166.

Thomson Reuters

ciedades por problemas de adaptación, negativa a asumir responsabilidades y reformular las estructuras sociales paralelamente al que han presentado las innovaciones tecnológicas.

Otra novedad se encuentra en la teoría *reduccionista* del determinismo tecnológico. Sus autores sostienen que la tecnología en una sociedad determina su estructura social y valores culturales. Ergo, ella se emplaza en una realidad *autónoma* e *independiente* del de las sociedades, manteniendo una relación unidireccional entre ellas, que solo afecta el marco social en el que opera. Bajo una postura adversa, la sociología de la tecnología ha presentado críticas al determinismo **(17)**. Esta última línea de pensamiento no considera que los cambios sociales devenguen exclusivamente de los cambios tecnológicos, sino que tanto la tecnología como la sociedad y sus actores conviven en una relación mutua de *constante* intercambio.

Consecuentemente, la tecnología se construye de forma social y la sociedad crece gracias a ella y sus constantes cambios. Esta tesis puede resumirse en el concepto de actor-red, el cual no circunscribe como protagonista a la red ni al actor social, sino que refleja la *convivencia* de ambos, que conectados realizan actividades de manera conjunta. Sumado a ello, la ciencia y la tecnología también se unifican en el concepto de *tecnociencia* como el estudio de ambas disciplinas. Tales pautas generan nuevas formas de entender la revolución 4.0, en donde se analiza el impacto recíproco de la tecnología y la sociedad entre sí.

X. El dataísmo y la privacidad

Se torna posible alertar sobre el peligro de que se pierda de vista el justo medio ante la presencia constante del flujo de datos que nos rodean. El *dataísmo* se presenta como una *nueva* religión que rinde culto a la información digital y cree ciegamente en los algoritmos para que tomen decisiones por nosotros. Cada búsqueda, opinión, publicación y actividad en internet queda registrada en la gran red global accesible a todo el mundo. El gran volumen de datos disponibles en la web constituye en la actualidad la fuente principal de información para toda empresa u organización que requiera un estudio de mercado; sin embargo, su procesamiento y complejidad hacen su análisis tedioso, difícil y costoso.

La *big data* refleja esta realidad, como concepto que se refiere a un conjunto de datos o combinaciones de conjuntos de datos de tamaño, complejidad y velocidad en crecimiento. Si bien puede existir data estructurada, la mayor parte de esta es de naturaleza no estructurada, como lo son los sitios web y otras tecnologías modernas. Se constituye en un elemento de vital importancia para desarrollar estrategias empresariales, mercados, campañas publicitarias e, inclusive, políticas. En su procesamiento, mayormente a cargo de algoritmos y programas con inteligencia artificial, se busca discriminar la data redundante y preservar la *smart data*, es decir, la información de calidad.

La exposición continua de datos presenta una cuestión ética sobre la privacidad y el derecho a objetar decisiones automatizadas y el libre uso de la información. Lo que antes se concebía como privacidad era el derecho a no ser visto, mientras que hoy campean otras ideas de contenido más amplio, el derecho a ver a otro. Sumado a ello, desafíos como la *ciberseguridad* ubican el foco del análisis en un campo *extraño donde se busca la protección de datos, redes informáticas*, *ordenadores* y *programas* que tienen gran implicancia tanto en la vida de personas como en la seguridad de naciones enteras.

Se torna insoslayable proceder a la reflexión sobre la dinámica de los datos con el objetivo de preservar los apuntados derechos. Resulta menester arribar a un acuerdo internacional sobre su reglamentación, tal como procedió la Unión Europea con su GDPR (General Data Protection Regulation).

XI. La singularidad de los robots

Desde los inicios de la tecnología se ha destacado el interés por las máquinas y la robótica, como consecuencia de la capacidad que tienen ambos agentes para *imitar* las complejas es-

(17) "El punto de partida básico de la sociología de la tecnología es la crítica a la tesis del determinismo tecnológico y a los supuestos teóricos y metodológicos en que se sustenta" (AIBAR, Eduardo, "La vida social de las máquinas: orígenes, desarrollo y perspectivas actuales en la sociología de la tecnología", *Reis,* nro. 76, p. 146).

Thomson Reuters

tructuras del pensamiento humano, que durante tantos años fueron una especie de caja negra que no permitía ponderación alguna. Muchas veces, los términos "máquina" y "robot" resultan ser empleados como *sinónimos*, aunque ello no es del todo correcto. Si bien todo robot puede ser considerado una máquina (en referencia a su origen no vivo o inanimado), no toda máquina puede considerarse robot, dado que este último es una máquina *especial* que presenta cierta singularidad.

La IA es lo que contribuye a los robots el mentado rasgo, por otorgarles un razonamiento simbólico con el cual adquieren, a diferencia de una simple máquina, mayor autonomía. Cabe definir un robot como "aquella máquina provista de cierta complejidad, tanto en sus componentes como en su diseño o en su comportamiento, que manipula información acerca de su entorno y así interactuar con él" **(18)**.

Durante el siglo XVII, dentro de la *teoría del control* surgen las *primeras* máquinas. Adentrándonos en la Revolución Industrial, se caracterizaban por ser *tele-manipulados* o *servo-manipulados*, es decir, requerían de un *operador* humano para funcionar y carecían de inteligencia. El panorama en la actualidad resulta ser complemente diferente. A partir de la invención de *sensores*, *ordenadores* personales, *plataformas* de información, el *desarrollo* de la informática y la IA, es dable descartar la apuntada teoría por la idea central de una *automatización masiva*.

A pesar de los *grandes* beneficios que han traído los robots, se ha constatado que existen ocasiones en las que, durante el desarrollo de sus tareas, pueden suscitar un *riesgo* para otros. En ciertos casos, los algoritmos se alejan de lo dispuesto por el diseñador del *software* o programador, tomando sus propias decisiones, asumiendo una autonomía completa e, inclusive, accediendo al propio diseño del programa.

A la hora de querer registrar la *trazabilidad* de las decisiones tomadas, los programadores se encuentran frente a *nueva* caja negra **(19)** que no es en esta ocasión la mente humana. El nuevo problema consiste en la incógnita de comprender qué llevó al algoritmo a tomar las decisiones que ha tomado, cuando no se le ha enseñado esa alternativa en particular. Por ejemplo, los robots que *aprenden* por patrones o ejemplos han demostrado gozar de la habilidad de resolver problemas para los que aún no habían sido entrenados, deduciendo su solución de lo aprendido anteriormente.

Ello provoca que los *comportamientos* de los robots no sean del todo predecibles y sean altamente riesgosos, inclusive para su diseñador.

XII. El derecho de daños y las nuevas tecnologías

Toda estructura jurídica aspira a contener los cambios que tiendan a romper la convivencia social o amenace sus cimientos básicos. Desde ya los ordenamientos jurídicos tradicionales, de rango decimonónico, no pueden absorber las nuevas realidades y problemas que tanto la IA como los robots presentan como generadores de nocimientos.

A lo largo de la historia, el derecho ha logrado adaptarse a los cambios, evolucionando junto con el hombre y sus necesidades, muchas veces de manera tardía. El derecho de daños desempeña un papel fundamental para la sociedad de la humanidad digital, la cual podría sufrir consecuencias nocivas de no adecuar sus actuales sistemas legales a los riesgos creados por la tecnología. Sumado a ello, una falta de prevención de daños en materia informática provocaría dificultades que obstaculizarían el disfrute de los grandes beneficios que ofrece la revolución 4.0.

La Unión Europea ha trabajado desde el año 2017 en la regulación de la tecnología en materia de daños **(20)** y ha redactado en el año 2019 un documento de gran valor que refleja la investigación de un equipo de expertos en tecnología y derecho **(21)**. Entre los puntos más relevantes, los reportes analizan:

(18) BARRIO ANDRÉS, Moisés, "Derecho de los robots", Kluwer Wolters, Madrid, 2018, p. 38.

(19) Se afirma, también, la existencia de cajas blancas en los robots, que permiten el uso indebido por parte del operador. Se torna posible que este último sea responsable por su incorrecto empleo y no el programador.

(20) Res. Parlamento Europeo del 16/02/2017, cit.

(21) Res. Parlamento Europeo del 12/02/2019, cit.

Thomson Reuters

- los desafíos que presentan las nuevas tecnologías a los presupuestos de la responsabilidad civil: el daño, la relación causal y los factores de imputación;

- la aplicación del derecho del consumidor y el sistema de responsabilidad por productos defectuosos;

- la importancia de registrar el *logging*;

- la responsabilidad objetiva del productor;

- la responsabilidad objetiva del operador;

- la prescripción;

- los seguros obligatorios y los fondos de indemnización;

- la personalidad legal de los robots.

A continuación, desarrollaremos en profundidad cada punto.

XIII. Los presupuestos de la responsabilidad civil frente a las nuevas tecnologías: el daño

No todo daño tiene la entidad suficiente para alcanzar relevancia jurídica en materia de responsabilidad civil. El derecho practica distintos recortes que enmarcan y restringen el carácter jurídico del fenómeno dañoso, diferenciándolo de un concepto naturalístico. El daño es el primer presupuesto para concebir un deber de reparación, visto no desde el punto de vista cronológico, sino lógico, dado que la responsabilidad civil se plantea a partir del acaecimiento de un nocimiento. En consecuencia, sin daño no hay posibilidad de despliegue de la virtualidad de la responsabilidad civil, como tampoco habría prevención de no existir la posibilidad de la ocurrencia de un daño. Nuestro Código Civil y Comercial define el daño en su art. 1737 como la lesión a un derecho o un interés, reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Se trata de un concepto amplio y superador de la ponderación tradicional que circunscribe al daño solo a lo patrimonial o subjetivo. El estudio del mentado presupuesto en relación con las nuevas tecnologías debe ser amplio y no limitativo.

No existe consenso doctrinal respecto del nocimiento que puede provocar la inteligencia artificial; v.gr., la hipótesis de datos, para algunos puede ser considerada propiedad de una persona, ergo un daño patrimonial, para otros un perjuicio a la persona, obedeciendo a la circunstancia de que se conculcaría el derecho a la privacidad. Sin embargo, existe en la ley de GDPR (*General Data Protection Regulation*) de la UE en su art. 82 una postura armónica sobre el tema **(22)**.

El artículo dispone en su inc. 1º el derecho de compensación a toda persona que hubiera sufrido daño material o no material, como resultado de infringirse la regulación (GDPR). En su inc. 2º se refiere a la responsabilidad de todo controlador involucrado en el proceso que conculque el citado ordenamiento; un procesador será responsable por el daño causado por procesar solo cuando no hubiera cumplido con las obligaciones de la regulación, especialmente dirigida a procesadores, o cuando actuara fuera y de manera contraria a las instrucciones legales del controlador.

A pesar de estas dificultades, cabe destacar que las nuevas tecnologías no amenazan ni cuestionan la noción de daño recogida en el art. 1737 del Cód. Civ. y Com., sino que exigen la concurrencia de una mentalidad *abierta* y *predispuesta* a incluir de forma flexible nuevos conceptos en el listado de nocimientos que merecen tutela jurídica.

XIV. Los presupuestos de la responsabilidad civil frente a las nuevas tecnologías (continuación): la relación causal

Constituye uno de los elementos *primordiales* de la responsabilidad civil. Desde el punto de vista material, la causalidad resulta ser una cadena de *causas* y *efectos* que se rigen por las leyes de la física. Sin embargo, la llamada pro-

(22) EUROPEAN UNION, "Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies", Report from the Expert Group on Liability and New Technologies — New Technologies Formation, 2019, p. 19, nota al pie 42. Art. 82 of the GDPR for a harmonised claim for compensation in cases of data breach.

Thomson Reuters

piamente *causalidad jurídica* es un juicio de imputación **(23)** en virtud de la cual el intérprete selecciona ciertas condiciones de un resultado, a instancias de criterios normativos predefinidos, y los califica como causas de un daño.

En consecuencia, la causalidad desempeña una doble función, dado que, por un lado, permite determinar la *autoría* y, por el otro, logra determinar la *extensión* del resarcimiento, es decir, las *consecuencias* que deberán ser resarcidas. Es decir, *imputar* y *medir el resarcimiento*.

Presenta la relación de causalidad ciertos matices en cuanto al ámbito de la IA:

En primer lugar, será la multiplicidad de actores uno de los factores que afecte al apuntado presupuesto. Los *dispositivos* que responden a IA y otras tecnologías no solo son de gran complejidad, sino que se encuentran interconectados con otros dispositivos y con la interactuación de otros de agentes, *programadores, productores, usuarios, operadores y otros.* No resulta difícil afirmar que encontrar la causa del detrimento puede significar ir detrás de una *red* interminable de actores.

Hay que adicionar la circunstancia de que el análisis de data implica no solo la asistencia de profesionales, sino enormes erogaciones que debe afrontar el damnificado. Tampoco debe perderse de vista la cualidad de autonomía de los robots que pueden tomar decisiones *independientes* de las intenciones de programación que su productor habría diseñado. Lograr comprender el motivo de aquellas resulta muchas veces imposible, debido a los conocidos algoritmos de caja negra donde se torna harto dificultoso rastrear el proceso completo de la operación **(24)**.

En este sentido, se torna muy útil recurrir a la teoría de las cargas dinámicas, merced a la cual se aligera la labor probatoria del damnificado, emplazándola en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones para ello. En estos casos, serán, sin duda, *programadores, productores, entre otros.*

En segundo lugar, hay que ponderar los dispositivos que operan según el *input* (data) que recolectan de manera externa. Resulta posible que una mala operación no provenga de la falla de la máquina en su *software* o *hardware*, sino que se originara en una data falsa o incorrecta. Una vez más, rastrear su origen, si esta fue malintencionada por quien la produjo e inclusive encontrar quién fue el responsable, devendría una tarea cuasidiabólica. Lo mismo sucedería con un *hacker*, que opera en el cibercrimen.

Es por ello que la teoría de las cargas dinámicas ofrece una insustituible ayuda en el área de las nuevas tecnologías, obedeciendo a la circunstancia de que acreditar probar una relación causal podría llegar a ser tortuoso.

XV. Los presupuestos de la responsabilidad civil frente a las nuevas tecnologías (continuación): los factores de imputación

La *imputación* de la responsabilidad no debe ser estimada como una labor arbitraria, sino que por el contrario debe fundarse en la idea de justicia. Se trataría del fundamento por el cual se le adjudica a cierta persona la responsabilidad por producir consecuencias dañosas **(25)**.

Según el Código Civil y Comercial, en su art. 1721, la atribución de un daño al responsable podrá basarse en factores de carácter objetivo o subjetivo y, en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa, operando como cláusula de cierre del sistema.

A pesar de su cercanía y su relación con el nexo causal, cabe concluir que las nuevas tecnologías no acarrearán grandes cambios para este presupuesto donde deben primar criterios de imputación objetivos; en ciertos supuestos,

(23) Por ello, la doctrina moderna prefiere referirse al instituto bajo la designación de "imputabilidad objetiva".

(24) "Cuando la IA se canaliza a través de sistemas más sofisticados, la injerencia de sus programadores disminuye (y, así, sus potenciales sesgos), pero le abre la puerta a otro inconveniente: la incapacidad de explicar por qué se llega al resultado emitido" (ARGERICH, Guillermo – JORGE, Juan, "La inteligencia artificial en la toma de decisiones. ¿Hacia el determinismo arbitral?", LL AR/DOC/268/2020, pto. III.2.b).

(25) A diferencia de la imputación causal, que identifica al autor del daño y delimita sus consecuencias reparables, los criterios de imputación justifican la razón por la que se debe responder.

Thomson Reuters

se tratará de actividades especialmente peligrosas.

Especial atención merece la situación jurídica de los robots dependiendo de la solución que se adopte respecto de su personalidad jurídica **(26)**. En el caso de los factores de imputación subjetivos, conceptos como culpa, dolo negligencia, impericia o imprudencia parecen ser inaplicables a una máquina que, si bien ha logrado tomar decisiones de manera autónoma, no por ello debería ser considerada humana.

Sumado a ello, en la hipótesis de aplicar los criterios de culpa y dolo a la IA, se partiría del presupuesto de que los robots gozan de la capacidad no solo de *actuar* sino de *responder*, algo que por el momento resulta inaudito, atendiendo a su falta de personalidad/patrimonio para cubrir el perjuicio ocasionado. En consecuencia, resultaría que la responsabilidad deberá siempre recaer en una persona humana o jurídica, titular del *software*, por ejemplo.

XVI. El derecho del consumidor y la responsabilidad civil por productos defectuosos

No debe sorprender que el desarrollo de las nuevas tecnologías encuadre en el campo de operatividad de la ley 24.240. De acuerdo con su art. 1º, se considera consumidor la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Asimismo, queda equiparado a él quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Irrumpe en la escena la figura de los *usuarios* que, por ejemplo, emplean los programas para su profesión o con fines meramente lúdicos. Muchas veces se les exigirán que los actualicen.

Se constata una novedosa categoría en este ámbito: *prosumers,* personas que desempeñan el rol de un consumidor y un productor, como consecuencia del vínculo que se crea entre ellos y las empresas. Aportan de manera personal datos y generación de información.

Tradicionalmente, se ha distinguido en el ámbito del consumidor la noción de producto y servicio. El primero es una cosa creada o fabricada de cuya comercialización se obtienen ganancias. El segundo consiste en el conjunto de actividades de carácter general que una persona (estatal o privada) realiza con el fin de suministrar prestaciones a otras personas.

La tradicional dicotomía ha quedado difusa ante la presencia de la IA. El mismo *software* no encasilla tan sencillamente en ninguna de las dos. Por otro lado, hay una interconexión entre los productos y los servicios de las nuevas tecnologías.

En una segunda instancia, el análisis debe centrarse en la figura de productos *defectuosos y su relación con la IA y los robots.* Cabe predicar un concepto amplio: su falta de seguridad, no como "estropeados" en el sentido coloquial de la palabra, sino por resultar más peligroso para el adquirente de lo que un hombre razonable pudiera esperar dadas sus características.

Como hemos aseverado anteriormente, la *interconectividad* y la *multiplicidad* de actores ocasionan arduos problemas para establecer la causa del defecto. Muchas veces, tal cuestión se simplificará como consecuencia de la materialidad del producto. Otras veces su origen se encontrará en la propia conducta del usuario; por ello, es de vital importancia la redacción clara y precisa del manual de uso del producto.

No hay que descartar la responsabilidad por parte de los productores, programadores o fabricantes que deben cumplir con deberes de colaboración, tal como el mantenimiento y las actualizaciones que necesite el programa para funcionar correctamente.

Inclusive, no hay que eliminar la hipótesis del comportamiento de un tercero ajeno: el empleo de una *fake data* por parte de un *hacker* en IA que obtiene su información de fuentes externas.

Por último, se ha indicado la posibilidad de que la IA constituye un capítulo central del *consumo sustentable:* "Así vistas las cosas, las

(26) La cuestión de la personería de los robots se estudia en EUROPEAN UNION, "Liability…", ob. cit.

Thomson Reuters

distintas derivaciones de IA permiten a los proveedores existentes bajar significativamente costos que otrora eran mucho más altos y, en paralelo, dar nacimiento (casi a diario) a 'nuevos proveedores' que, explorando aquel mundo, encuentran servicios originales y útiles para consumidores que están dispuestos a pagar por ellos. Esa dinámica de mercado con aparición de nuevos jugadores que ofrecen algo distinto contribuye indudablemente a lograr el acceso al consumo de una manera sustentable" **(27)**.

El apuntado espectro de posibilidades indica que el operador jurídico deberá esforzar sus facultades de análisis.

XVII. La importancia del *logging by design*

La multiplicidad de nocimientos que se pueden conjugar y la necesidad de precisar su causa han motivado que se exija que pese sobre los *productores* el deber de equipar sus sistemas con medios de grabación para registrar la información y procesamientos en cada operación tecnológica realizada, ya sea por un robot, ya sea por un algoritmo o cualquier otro producto con IA.

Tal sistema se conoce con la denominación de *logging by design*. Se tornará de vital importancia en el ámbito del presupuesto de la relación de causalidad. Permitirá colegir la influencia y materialidad que han tenido las nuevas tecnologías en el resultado dañoso.

Cabe emplear un razonamiento típico de la escuela económica del derecho: si bien hay costos de instalación y operación, se proyectará ganancias a la empresa ya que, en ciertas ocasiones, podrán acreditar la interrupción del nexo causal adjudicado.

El *logging* debe cumplir las reglas que atañen a los datos personales y secretos comerciales. Se debería permitir el acceso al damnificado, a los productores y a la compañía aseguradora. También debería gozar de sistemas de seguridad que previniesen la alteración de datos.

En el caso de que los productores no cumplieran con este deber, se les asignaría una responsabilidad objetiva y deberían responder por los daños ocasionados, no solo materiales, sino también por la falta de colaboración al no equipar la tecnología con el sistema de *logging* necesario.

En resumidas cuentas, el *logging* cumpliría una función de documentación: trazaría los eventos para determinar su sucesión y su relación con el resultado dañoso. V.gr., en el supuesto de un accidente entre vehículos automatizados permitiría reconstruir la cadena causal y descubrir qué rodado ocasionó el choque al no responder a una señal que el otro vehículo habría mandado.

XVIII. Ciertos supuestos especiales: la responsabilidad objetiva del productor y del operador

La novedad de las nuevas tecnologías propicia la ponderación cuidadosa de tales sujetos:

XVIII.1. Productor

La responsabilidad objetiva de los productores adquiere un papel destacado, más allá de la materialización del daño, dado que facilita la carga probatoria.

Deberán responder de manera *objetiva* por los defectos que aparecieran en los productos, inclusive luego de que estos hayan sido puestos en el mercado; más aún, cuando tuvieran el *control sobre las actualizaciones y las mejoras* del dispositivo. Consecuentemente, cabe predicar supuestos de responsabilidad poscontractual.

Se encuentran en mejor posición para enfrentar los costos y las complejidades técnicas que puede conllevar la labor demostrativa de los perjuicios ocasionados.

No se presenta ninguna dificultad en aplicar la doctrina autoral sobre los productos y los servicios estándares siempre que se adecuen a las circunstancias de uso de las nuevas tecnologías. Por ejemplo, el productor será responsable por el defecto que encuentre su origen en un componente digital del producto o servicio que ofreciera al mercado; también, por la falta de suministro de la actualización del *software*, a fin de evitar un error en el sistema o preservar el nivel requerido de seguridad en el tiempo.

(27) CHAMATROPULOS, Demetrio A., ob. cit., pto. III.

Thomson Reuters

Por último, se torna necesario ponderar ciertos deberes de cuidado que pesan sobre el productor: la elección correcta de un sistema para llevar a cabo las tareas de control y la redacción de un manual de uso en donde se explique de manera clara y precisa la manera de emplear el producto o el servicio digital.

En la hipótesis de que hubiera más de un productor involucrado, responderían de manera *solidaria*, pudiendo el damnificado entablar su pretensión contra cualquiera de ellos.

XVIII.2. Operador

Es dable definir este sujeto como aquel que ejerce el control sobre el riesgo conectado con la operación realizada por la tecnología y de la cual se ve beneficiado al realizarla.

Se distingue entre operador *primario*, la persona que toma las decisiones sobre el uso de la tecnología, y el *operador secundario,* es decir aquel que contribuye al desarrollo del producto, dispositivo o producto, definiendo y especificando caracteres relevantes de la tecnología.

Cabe incluir en este elenco a los usuarios, que en muchas ocasiones provocan nocimientos a través de acceso a internet en lugares públicos.

La premisa de la responsabilidad objetiva de los operadores obedece a la circunstancia de que, si bien las máquinas podrán ser autónomas, detrás de ellas siempre hay un humano, que la ha creado, comprado o utilizado. Un accidente causado por un error técnico nace siempre de un error humano y concluye en una responsabilidad humana; ni los robots ni los dispositivos contarían con un patrimonio para responder por el daño acaecido.

En el caso de que hubiera más de un operador, se configuraría una hipótesis de responsabilidad solidaria. Cualquiera de ellos puede integrar el espectro de sujetos pasivos de una eventual pretensión resarcitoria.

XIX. La prescripción liberatoria

Constituye un instituto jurídico por el cual se extingue la acción como consecuencia de la desidia del acreedor en cobrar su crédito durante el tiempo que indique la ley **(28)**.

Se establece un plazo genérico de cinco años en el art. 2560 del Cód. Civ. y Com., a menos que se consagre hipótesis especiales de prescripción liberatoria. V.gr., se determina un lapso de tres años para el reclamo de indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil en el art. 2561.

Quizá sea más conveniente extender el periodo trienal de la responsabilidad civil en el ámbito de la IA. Es dable que la complejidad de estas tecnologías acarree un cierto grado de análisis extenso de la causa del daño.

XX. Los seguros obligatorios y los fondos de indemnización

Decidir acerca de la conveniencia de la implementación de seguros obligatorios en el ámbito de las nuevas tecnologías depende del análisis de los costos y los beneficios desde una perspectiva económica **(29)**.

En el mundo tecnológico, no resulta difícil concebir la idea de que las aseguradoras no ofrezcan seguros para ciertos riesgos cuya causa o sucesión de eventos sea difícil de rastrear. Por otra parte, ello no debe implicar un estorbo a la innovación.

Sin embargo, cabe predicar su recepción en ciertas áreas; por ejemplo, se ha tornado efectivo el seguro obligatorio en el transporte. No existe ninguna causal obstativa importante que

(28) Véase TANZI, Silvia – FOSSACECA, Carlos Alberto (h). "Prescripción liberatoria y caducidad: sus lineamientos en el Código Civil y Comercial", *Temas de Derecho Civil*, año 1, nro. 3, dic. 2015.

(29) Se ha propiciado su utilización en el ámbito comunitario europeo: "57. una posible solución a la complejidad de la asignación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por robots cada vez más autónomos, podría ser el establecimiento de un régimen de seguro obligatorio, como ya se aplica, p. ej., en el caso de los automóviles; observa no obstante que, a diferencia del régimen de seguros en la circulación por carretera, en el que el seguro cubre tanto las actuaciones humanas como los fallos mecánicos, un sistema de seguros para robots debería tener en cuenta todas las responsabilidades potenciales en la cadena" (res. Parlamento Europeo del 16/02/2017, cit.).

Thomson Reuters

impida exigir los seguros de responsabilidad civil respecto de los vehículos automatizados.

Por su parte, se torna lícito recurrir a la figura de los fondos *de compensación* como herramienta de tutela de los damnificados de las nuevas tecnologías, especialmente en los supuestos de daño notorio.

XXI. La eventual personalidad jurídica de los robots

La ciencia ha demostrado superar toda obra de *ficción* y este género ha concebido el acaecimiento de ciertas realidades futuras. Autores que describían *lejanos* futuros ahora son *oráculos* del postmodernismo, época en donde el hombre debe convivir con la inteligencia artificial.

En primer lugar, se torna conveniente establecer un concepto jurídico para los robots. Dicha noción debe ser amplia para no dificultar el continuo desarrollo de *innovaciones* y comprender las más variadas especies, tales como *drones* de uso civil y militar hasta automóviles sin conductor, robots de uso espacial y prótesis.

Si bien la tarea puede resultar compleja y generar arduos debates doctrinarios, cabe coincidir en ciertos aspectos de las capacidades *excluyentes* **(30)** de cualquier robot **(31)**:

- Todo *robot* goza de capacidad de *recoger* datos mediante sensores (sentir);

- Todo *robot* posee capacidad de *procesar* los datos en bruto (pensar);

- Todo *robot* tiene capacidad de *planificar* y *cumplir* acciones mediante conocimientos e informaciones adquiridas, generalmente en función de objetivos prefijados (actuar) **(32)**.

Podemos concluir de ello que todo robot posee *capacidad* suficiente para *sentir, pensar* y *actuar.* Ergo, cualquier artilugio que no posee estas características no será considerado un robot **(33)**.

Otro aspecto a ponderar radica en su *existencia dual* que comprende tanto el mundo físico como el virtual, característica que ocasiona que los robots se encasillen como agentes de gran riesgo. En otras palabras, su condición *dual* lleva implícita una exposición *riesgosa para el usuario* y otras personas, obedeciendo a su eventual *interacción* defectuosa, ora en la esfera física, ora en la virtual **(34)**.

A partir de sus tres capacidades principales, también, es dable atribuirles tres características inherentes:

- Su *corporeidad*;

- Su *impredecibilidad* (el robot piensa y decide con autonomía);

- El *impacto social* y la *afectación* de nuestros derechos.El carácter *corpóreo* de los robots resulta *notable,* respondiendo al marco físico ya referenciado. Su cualidad de la impredecibilidad versa sobre la *espontaneidad* con que un robot puede pensar y tomar una decisión, de forma autónoma, fuera del marco de instrucciones de su diseñador o programador. En cuanto a su impacto social, se busca atribuir *reconocimiento* a la percepción humana sobre los robots.

El psicólogo Peter Kahn **(35)** llevó a cabo una serie de experimentos para determinar qué piensan las personas acerca de los robots. Los resultados demostraron que se torna posible que ellos encuadren como una nueva categoría ontológica. Los participantes de la encuesta no

(30) Véase otros criterios que se recogen en el pto. 1º, res. Parlamento Europeo del 16/02/2017, cit.

(31) BARRIO ANDRÉS, Moisés, ob. cit., ps. 69-70.

(32) "Z. gracias a los impresionantes avances tecnológicos de la última década, los robots ya no solo pueden realizar actividades que antes eran típica y exclusivamente humanas, sino que el desarrollo de determinados rasgos cognitivos y autónomos —como la capacidad de aprender de la experiencia y tomar decisiones cuasi independientes— ha hecho que estos robots se asimilen cada vez más a agentes que interactúan con su entorno y pueden modificarlo de forma significativa; que, en este contexto, es crucial la cuestión de la responsabilidad jurídica por los daños que pueda ocasionar la actuación de los robots" (res. Parlamento Europeo del 16/02/2017, cit.).

(33) Véase BARRIO ANDRÉS, Moisés, ob. cit.

(34) *Ibid.*

(35) KAHN, Peter, "The New Ontological Category Hypothesis in Human-Robot Interaction", *Proceedings of the seventh annual ACM/IEEE International Conference on Human-Robot Interaction, Boston,* 2012.

Thomson Reuters

estiman que los robots estén vivos o sean meros objetos; por el contrario, estiman que gozan de estados mentales.

En la ciencia del derecho, tradicionalmente, se ha distinguido entre lo *humano* y lo que es *cosa*. Sin embargo, la irrupción de los robots trae aparejadas dificultosas cuestiones de ponderar. Tal es el *quid* de la cuestión: definir su *personalidad* jurídica, siendo ello elemental para determinar no solo sus eventuales derechos, sino también sus *obligaciones* y *responsabilidades* para con los humanos y otros robots que convivan.

La primera propuesta fue considerar los robots dentro del marco jurídico de las personas jurídicas societarias. Se busca adjudicarles una especie de pseudopersonalidad jurídica, que permita imputarles o atribuirles responsabilidad *directa* frente los daños que ocasionen. Si bien es una alternativa tentadora, sería un error decidirse por la mentada opción.

No parece que trasunten el mismo concepto como consecuencia de que detrás de las personas jurídicas *siempre* existen al menos una o varias personas físicas que se unen o asocian, tomando decisiones o acuerdos que forman la voluntad de la persona jurídica y que inciden de algún modo en la actividad específica del ente ideal, mientras que en el caso de los robots solo hay uno o varios *diseñadores*, *responsables* por su programación, pero ajenos a las *decisiones* imprevisibles que pueda tomar el robot como consecuencia de su autonomía.

Recientemente, el Parlamento Europeo ha propuesto que gocen de una *personalidad* electrónica **(36) (37)**. Tal opción obedece a la *autonomía* de la que gozan los actos y las decisiones de los robots, ponderando su programación, su aprendizaje y las circunstancias en las que operan.

De todo el espectro de alternativas posibles es la que mayor resistencia puede presentar, atendiendo a la imperante cosmovisión jurídica del hombre como centro, vértice y eje de todo ordenamiento jurídico. Sumado a ello, se presenta una dificultad práctica: se torna difícil que se entable una pretensión resarcitoria contra el propio robot, pues este *carecería* de propiedades a su nombre **(38)**,

Es importante recordar que la personalidad jurídica constituirá el núcleo central del sistema de responsabilidad que aspire a disciplina. Por ende, si bien la posibilidad de una *personalidad* electrónica suena ideal, tampoco, cabe postular en demasía la *completa* autonomía de los robots. La mejor opción radica en establecer un punto medio entre ambos extremos, como siempre lo indicaba Santo Tomás de Aquino.

Otros sugieren que los robots gozan de *autonomía* en su *funcionamiento*, en el sentido físico, pero debido a su falta de conciencia cabe acudir a un esquema de responsabilidad indirecta, tal como ocurre con los padres respecto

(36) "Pide a la Comisión que, cuando realice una evaluación de impacto de su futuro instrumento legislativo, explore, analice y considere las implicaciones de todas las posibles soluciones jurídicas, tales como:. crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente" (res. Parlamento Europeo del 16/02/2017, cit.).

(37) En este sentido, Carlos Muñiz ilustra de manera muy adecuada las diferencias que se constatan entre las personas jurídicas tradicionales y la personería electrónica: "Esta sería entonces precisamente la gran diferencia en cuanto a la naturaleza de las personas jurídicas tradicionales y el sujeto 'electrónico': mientras que la primera no es capaz de obrar en el mundo en ausencia de una acción humana, la IA podría llegar a ser potencialmente capaz de 'tomar decisiones' a partir de su propio aprendizaje, de forma tal que ellas no puedan ser atribuibles directamente a una acción inmediata de su fabricante o programador. En consecuencia, a diferencia de la responsabilidad de las personas jurídicas que siempre será por definición indirecta, resultándole imputable la acción de un tercero por el cual conf. el ordenamiento jurídico debe responder, la responsabilidad de del sujeto de derecho electrónico podría ser directa, tanto en la órbita contractual como extracontractual" (MUÑIZ, Carlos, "Para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los robots del mundo que quieran habitar el suelo argentino. ¿Puede la inteligencia artificial ser sujeto de derecho?", RCCyC 13/07/2018, LL AR/ DOC/1206/2018, pto. III).

(38) A menos que responda con su propio valor económico, permitiéndose ser incautado, embargado o enajenado. Ergo, con su precio, cabe resarcir a la persona que ha sufrido el daño.

Thomson Reuters

de los hijos menores de edad. Se pondera que los robots se tornarían cuasiagentes con una responsabilidad reducida **(39)**.

Otra tesitura califica a los robots, o al menos a la mayoría de ellos, como *productos* u objetos. En consecuencia, cabe analizar este problema desde la perspectiva de la legislación de defensa al consumidor y de la reparación de daños por productos defectuosos. Sendos aspectos destacan la presencia del criterio de imputación objeto del riesgo **(40)**.

XXII. La ética, una disciplina olvidada que siempre hay que traer a colación

En la actualidad uno de los aspectos de mayor importancia consiste en el procesamiento de la información. Se intercambia los datos de manera constante y no es controlada su veracidad en muchas ocasiones, generando las *fake news.*

Se constata una mayor acumulación de conocimiento que sabiduría, resultando inteligente quien sepa qué información vale y qué información conviene *ignorar*.

No hay dudas de que la ética como ciencia ha sido olvidada por el ámbito académico, lo cual resulta irónico dado que, frente al avance de la tecnología, se tornará una valiosa herramienta para tutelar los derechos humanos.

Cabe recordar que la ética es una rama de la filosofía encargada de *evaluar* la *conducta* humana desde una perspectiva pública y social; prima la idea de raigambre kantiana de que la moral se encuentra reservada a un ámbito más personal. Fuera de las distinciones, que no aluden al caso, resulta imperioso admitir que nuestros valores deben perdurar por sobre todas las adversidades.

El autor Isaac Asimov **(41)** fue uno de los tantos escritores que *describió* futuros, anticipándose a épocas venideras. Fijó las tres reglas de la robótica en su libro titulado *Yo, robot* **(42)**, que, si bien parecían ser mero entretenimiento, hoy son citadas en el ámbito de la Unión Europea **(43)**:

1. Un robot *no puede perjudicar* a un ser humano, ni con su inacción permitir que este último sufra daño;

2. Un robot *ha de obedecer* las órdenes recibidas de un ser humano, excepto si tales órdenes entran en conflicto con la primera ley;

3. Un robot *debe proteger* su propia existencia mientras tal protección no entre en conflicto con la primera o la segunda ley.

Más tarde, el autor incorporaría la "Ley 0" que gobierna las tres anteriores: "un robot no puede perjudicar a la humanidad, ni con su inacción permitir que la humanidad sufra daño".

Se constata que el mentado autor hace prevalecer la humanidad sobre el individuo humano en su escala de valores.

Estas primigenias ideas han conducido al desarrollo de la roboética, parte aplicada de la ética cuyo objetivo estriba en el desarrollo de herramientas técnico-científicas y culturales que promuevan el desenvolvimiento de la robótica a causa del *avance* que implica para la sociedad humana y de sus individuos y que ayuda a prevenir un uso equivocado de aquella contra la propia especie humana.

Esta literatura, también conocida como "ética artificial", aspira a analizar los *diferentes* problemas morales que pueden surgir a partir de la existencia de los robots inteligentes. Busca primordialmente que los *ingenieros,* los *programadores* y los *diseñadores* en el transcurso de sus invenciones proyecten los efectos morales que sus creaciones puedan acarrear y, frente a ello, sugerir posibles soluciones o alternativas.

(39) BARRIO ANDRÉS, Moisés, ob. cit., p. 117.

(40) *Ibid*., ps 119-122.

(41) Escritor americano y bioquímico, estudió en la Universidad de Boston.

(42) ASIMOV, Isaac, "I, Robot", Ed. Gnome Press, Boston, 1950.

(43) "Debe entenderse que las leyes de Asimov van dirigidas a los diseñadores, fabricantes y operadores de robots, incluidos los que disponen de autonomía y capacidad de autoaprendizaje integradas, dado que dichas leyes no pueden traducirse en código máquina" (res. Parlamento Europeo del 16/02/2017, cit.).

Thomson Reuters

Una de las formas que propone la UE son los *códigos de ética o las cartas éticas de buenas prácticas* **(44)**. Estos cuerpos jurídicos hacen referencia a los aspectos indisponibles, no *negociables*, ante el avance de la ciencia, tal como la dignidad humana.

Asimismo, se torna posible establecer marcos regulatorios a través de los cuales se determinen *las pautas mínimas* para que los científicos *desarrollen* sus invenciones y *los límites* en el desarrollo industrial **(45)**.

También, cabe agregar, que, obedeciendo al principio de prevención, se deberá tender a implementar medidas adecuadas para prevenir daños, especialmente en las hipótesis de actividades aparentemente peligrosas o sospechosas de causar un daño.

XXIII. Conclusiones

A partir de todo lo expuesto, cabe coincidir preliminarmente con Isaac Asimov en que *la educación no es algo que se termina,* especialmente en el ámbito de las IA. Ciertamente, las ideas se transforman en vehículos de progreso al modificar hábitos y comportamientos.

El *derecho* desempeñará un rol fundamental a la hora de limitar los abusos que puedan surgir de las nuevas tecnologías y deberá tutelar los *principios y valores* que caracterizan a la sociedad occidental, tal como la protección de la dignidad humana.

En materia de daños, el principio de *prevención* constituirá la guía para restaurar la confianza de la sociedad ante la irrupción de las IA. Sumado a ello, el *daño injusto* continuará siendo centro y eje del sistema, aunado a la presencia de un factor de atribución objetivo.

Los rasgos apuntados permiten configurar una adecuada opción legislativa que haga frente a los desafíos tecnológicos.

Por su lado, los códigos de ética *reforzarán* la labor jurídica, exigiendo de los científicos un compromiso ético-social por sobre cualquier utilitarismo tecnológico.

Paralelamente, es dable recurrir a un sistema obligatorio de seguros en ciertas hipótesis especiales, y, en los casos en que no resultara viable, un fondo indemnizatorio sería la respuesta adecuada.

Y si bien muchos predican que ninguna de las medidas podrá ser ejecutada sin antes *delimitar* la personalidad jurídica de los robots, se ha demostrado que no se torna menester otorgarles personería a los sistemas autónomos, por lo menos en el campo del derecho de daños. Por el momento, toda responsabilidad deberá recaer en una persona humana.

De extrema utilidad resultaría la labor de *clasificación* según su nivel de autonomía, *complejidad, tareas* y *entrenamiento* de las IA en aras de registrar su valor y la potencialidad de riesgos.

Finalmente, es dable exigir el *compromiso* a investigar y comprender los temas aludidos. Tanto el operador jurídico como el estudiante deben asesorarse y analizar escenarios inéditos y recordar que las ficciones son realidades que aún no se han cumplido.

(44) "139. Pide la creación de una carta ética de buenas prácticas para la inteligencia artificial y la robótica que deben seguir las empresas y expertos" (res. Parlamento Europeo del 12/02/2019, cit., p. 24).

(45) "10. Señala que el potencial de empoderamiento que encierra el recurso a la robótica se ve matizado por una serie de tensiones o posibles riesgos y que debe ser evaluado detenidamente a la luz de la seguridad y la salud humanas; la libertad, la intimidad, la integridad y la dignidad; la autodeterminación y la no discriminación, y la protección de los datos personales", ídem.

Thomson Reuters

Configuración del daño y deber de reparar ante las devoluciones intempestivas de niños, niñas y adolescentes bajo guarda preadoptiva

Carlos A. Bado (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Importancia de la selección adecuada del legajo de aspirantes a guarda con fines de adopción y de brindar la información correcta.— III. Responsabilidad civil.— IV. Conclusión.

I. Introducción

En estas breves líneas, se intentará configurar los presupuestos de responsabilidad civil en los casos de devoluciones intempestivas de NNyA que se encuentran bajo guarda preadoptiva a la espera de ser incorporados definitivamente en esa pretensa familia adoptante.

Para ello, se desarrollarán los presupuestos de responsabilidad civil, se los relacionará con los daños provocados a los NNyA que sufren las devoluciones intempestivas en esta etapa crucial de sus vidas, y se determinarán quien o quienes deberían responder por esos daños.

Todo esto, a los fines de tomar la real dimensión del daño que se produce a estos NNyA con este accionar intempestivo y, en consecuencia, la obligación de reparación, al menos económica, que corresponde por los daños producidos.

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Magistratura por la Escuela del Servicio de Justicia - UNLAM, con orientación en Derecho Privado. Maestrando en Derecho Civil en la Universidad Austral. Prosecretario letrado de la Defensoría General de la Nación.

II. Importancia de la selección adecuada del legajo de aspirantes a guarda con fines de adopción y de brindar la información correcta

Esta etapa del proceso es muy importante para disminuir las posibilidades de fracasos en la guarda preadoptiva. Es por ello, que se debe seleccionar cuidadosamente el legajo remitido por el RUAGA de los pretensos adoptantes para el NNyA en particular. Valorando adecuadamente las características de los pretensos adoptantes y la de ese NNyA que se incorporará a la vida de ellos.

En este sentido, el Cód. Civ. y Com. de la Nación establece ciertas pautas a tener en cuenta para la elección del legajo. Por ejemplo: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción, entre otros (art. 613).

Lo que debe asegurarse es la satisfacción de un modo permanente del desarrollo pleno del pretenso adoptivo, y si bien es difícil establecer quien o quienes serán los mejores padres, la propia ley allana el camino al señalar algunas pautas. Se ponderan:

Thomson Reuters

a. la edad de los adoptantes, tanto por el cumplimiento del recaudo legal de la edad mínima de 25 años cuanto para que tengan con el adoptivo la diferencia de 16 años exigida por la ley;

b. las condiciones sociales y aptitudes morales, que no se relacionan con la capacidad económica, sino con la posibilidad de recibir al niño en un lugar digno y con personas con habilidades suficientes;

c. las expectativas respecto del instituto y su finalidad y no las individuales, así como el posicionamiento frente al respeto a la identidad y el deber de hacer conocer el origen (art. 595, incs. b], y e], Cód. Civ. y Com.) **(1)**.

Una novedad que incorpora el nuevo cuerpo legal es que en el proceso de selección del legajo se contará con la participación de la autoridad administrativa que intervino en el proceso de declaración de adoptabilidad del NNyA. Ello, en el entendimiento de que el equipo técnico que intervino en el caso cuenta con datos relevantes e importantes de la historia de esos niños a tener en cuenta al momento de elegir sus pretensos adoptantes.

Considero algo sumamente positivo esta incorporación del órgano administrativo en la selección del legajo, para así poder disminuir al máximo posible las posibilidades de fracasos posteriores. También considero de suma importancia la participación del Servicio Social del Juzgado de Familia y de la Defensoría de Menores en el estudio de los legajos.

Conforme el art. 5º del dec. 1328/2009 toda selección de aspirante debe comenzar por la nómina de la jurisdicción en que deba resolverse la guarda de un niño. De no existir postulantes aptos para el caso, el juez de la causa por resolución fundada y previa vista al Ministerio Público, podrá recurrir a los otros listados que operarán como subsidiarios en un orden de proximidad geográfico que determinará la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos a medida que se efectivicen las adhesiones.

Cabe destacar que el/los pretenso/s adoptante/s al momento de inscribirse en el RUAGA para guardas con fines de adopción completan un formulario en donde ellos manifiestan las características del NNyA que están dispuestos a adoptar. Por ejemplo, franja etaria del pretenso adoptante, si aceptan adoptar grupo de hermanos, si reciben niños con enfermedades, etc.

Es decir, la voluntad y condiciones del/los postulante/s queda plasmada por escrito, previo a la incorporación de ese NNyA en sus vidas.

También, es sumamente importante y valioso brindar información adecuada, completa y fidedigna a el/los pretenso/s adoptante/s de la real situación de ese NNyA a los fines de que se pueda conocer acabadamente su historia, y así utilizar las herramientas de contención adecuadas para el caso que sea necesario. Ello, también debe quedar plasmado por escrito a los efectos de que, si fracasa la guarda preadoptiva, poder observar realmente que información se les brindó a esos pretensos adoptantes. Y, si esta coincidía con la real situación de ese NNyA o si fue errónea, y en este último caso, poder determinar los motivos de esa mala información.

En esta etapa judicial de selección de postulantes, el juez debe citar al NNyA a los fines de escuchar su opinión teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. Incluso a partir de los diez años la norma prevé la necesidad de contar con el consentimiento expreso del NNyA para proceder a su adopción por los pretensos adoptantes (art. 617, Cód. Civ. y Com.).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "[...] el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no solo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio [...] Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión [...]" **(2)**.

(1) Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 422.

(2) CIDH, 24/2/2012, "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile".

Thomson Reuters

III. Responsabilidad civil

Sin lugar a dudas el fracaso de la guarda preadoptiva genera graves secuelas en la vida de ese pretenso adoptante. En esas ocasiones, el NNyA revive la situación de abandono, de no ser querido y reconocido, que ya ha vivido anteriormente con su familia de origen. Es decir, vivencia un doble abandono en su vida, que difícilmente pueda llegar a recuperarse y poder volver a confiar en una nueva familia.

Lamentablemente, una de las posibilidades es que suceda el fracaso de la guarda preadoptiva por diferentes motivos, toda vez que es una etapa de conocimiento y prueba. Lo que no se debe permitir, sin lugar a dudas, son estos modos intempestivos de devolución de NNyA, como si fuesen objetos que, luego de un tiempo determinado, se devuelven, sin más.

Este accionar, les provoca indudablemente graves daños psicológicos y morales que generan la obligación de reparar y, en consecuencia, los pretensos adoptantes que llevan a cabo este reprochable accionar deben responder por ello.

En primer lugar, cabe señalar que para que una indemnización sea procedente, deben estar reunidos los cuatro presupuestos básicos del deber de reparar, ellos son: a. antijuricidad. b. daño. c. factor de atribución, y d. relación de causalidad. Todos ellos se encuentran regulados en los arts. 1717; 1721; 1737 y 1726 y concs. del Cód. Civ. y Com. Ante la ausencia de uno de ellos, no nace la obligación indemnizatoria.

Veamos.

En primer lugar, podemos decir que el presupuesto de antijuricidad se da en toda conducta contraria al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, y no con relación a sectores normativos en particular. Se trata de un concepto puramente objetivo, que comprende no solo lo prohibido expresamente por la ley, son también conductas cuya prohibición surge de la consideración armónica del sistema jurídico, incluso lo contrario a la moral, las buenas costumbres y el orden público **(3)**.

En definitiva, será antijurídica cualquier conducta que vulnere la regla del *alterum non laedere*, art. 19 de la Carta Magna. Es decir, si se provoca daño estamos en presencia de antijuricidad.

Sin lugar a dudas, en los caos bajo análisis, ante devoluciones intempestivas de NNyA en guarda preadoptivas se provocan múltiples daños, entre ellos, daños psicológicos y morales.

Es por ello que los arts. 1716 y 1717 del Cód. Civ. y Com. establecen que cualquier daño no justificado es antijurídico y que este engendra el deber de reparar el daño.

Respecto al daño en sí mismo, el art. 1737 del Cód. Civ. y Com. lo define cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Podemos decir que el daño es la lesión a un interés, ya sea patrimonial o espiritual. Para que este daño sea indemnizable, es menester que se reúnan los siguientes requisitos, a saber: perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. En los supuestos bajo análisis, queda claro que se reúnen los requisitos mencionados (daño cierto a la persona, que lesiona un interés espiritual, de manera directa y actual/futura).

Dicho esto, no debemos perder de vista lo establecido por el nuevo cuerpo legal en su art. 1725 referido a cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Este deber de obrar con prudencia se incrementa cuando una persona tiene a su cargo a un NNyA con miras a una futura adopción. Ello, dado el estado de vulnerabilidad en la que se encuentran los NNyA en estado de abandono y adoptabilidad. Además, los pretensos adoptantes han creado una relación de dependencia y confianza con ellos que eleva los niveles de obrar prudentemente a los fines de no dañarlos.

En relación con el factor de atribución, lo definimos como el deber de reparar o de la indemnización. Este puede ser subjetivo u objetivo. Para los casos bajo análisis, encuadra la primera clasificación, que esta se divide en la culpa y el dolo. Dependiendo de la actitud asumida por él/los pretenso/s adoptante/s, se encuadrará la actitud asumida por aquel/llos. Vale recordar, que siempre nos referimos a supuestos en donde ese NNyA fue devuelto intempestivamente al Hogar donde se encontraba

(3) Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código", LL AR/DOC/3475/2015.

Thomson Reuters

previo a la guarda preadoptiva o abandonado en la calle, entro otros posibles ejemplos.

Por último, respecto a la relación de causalidad, esta consiste en el enlace material o físico que existe entre un hecho-antecedente (acción u omisión) y un hecho-consecuente (el resultado dañoso). Se busca una relación de causa a efecto entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa a los cuales se atribuye su producción.

Para casos como los que nos ocupan, la relación se da entre esa acción —acto positivo— (devolución intempestiva) u omisión —no hacer lo que impone el derecho— (falta de actos preparatorios previos al fracaso y "devolución" de ese NNyA), y el resultado dañoso son las secuelas psicológicas y el daño espiritual que se le provocan a los pretensos adoptivos que vivencian este doble abandono en sus vidas de una manera totalmente inapropiada, y reprochable dentro del ordenamiento jurídico vigente.

El Dr. Lorenzetti ha dicho que "en el derecho civil vigente se requiere la demostración de un nexo adecuado de causalidad entre la omisión y el daño, lo que, si bien puede ser motivo de una amplia interpretación, no puede ser ignorado, ya que nadie puede ser juzgado conforme a criterios que no sean los de ley" **(4)**.

Veamos como ejemplo de conductas disvaliosas o negativas de los pretensos adoptantes el siguiente caso que se dio en el marco del proceso "C., P. M. s/control de legalidad" en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 10. Allí, el niño cursaba casi seis semanas de guarda preadoptiva y fue devuelto intempestivamente por sus pretensos adoptantes el mismo día que cumplía 10 años. Esto, se llevó a cabo en un contexto de total desaprensión sobre ese niño. No hubo ningún tipo de preparación previa, informes interdisciplinarios realizados a los fines de evaluar integralmente la situación y tampoco existió un acompañamiento posterior de los pretensos adoptantes para evitar el impacto negativo de aquella conducta sobre el niño.

Entiendo que casos como este no pueden ser pasados por alto, y nos llevan a actuar a los fines de reparar el daño producido sobre ese NNyA y evitar futuros casos similares. Un accionar concreto a tales efectos es entablar una acción de daños y perjuicios contra pretensos adoptantes con conductas totalmente reprochables para reparar los daños psicológicos y morales producidos a los NNyA.

En estos escenarios, cuando el Defensor de Menores actuante advierte estos accionares reprochables por parte de el/los pretenso/s adoptante/s sería conveniente que soliciten la designación de un tutor *ad litem* a los efectos de que evalúe la procedencia de alguna acción resarcitoria a favor de ese NNyA devuelto intempestivamente.

No basta únicamente con una reevaluación por el RUAGA de los mencionados postulantes y, dependiendo del caso, de la suspensión por un tiempo determinado.

Es que la guarda preadoptiva no es una mera situación de hecho que se crea o interrumpe por voluntad de las partes adultas, sino una etapa de cumplimiento estatal de obligaciones hacia los niños huérfanos o abandonados, a tenor del art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De allí su importancia, su fuerza y la existencia de responsabilidades emergentes de incumplir las obligaciones libremente asumidas por los adultos **(5)**.

A su vez, los exguardadores deberán sostener la prestación alimentaria por un tiempo prudencial que fijará el juez a los fines de sostener las necesidades de ese NNyA. Por ejemplo, continuar abonando la obra social o la empresa de medicina prepaga.

Por otra parte, debemos detenernos y analizar la responsabilidad que le cabe al Estado en la pérdida de posibilidades adoptivas en los NNyA y en la falta o deficiencia de los controles y evaluaciones a realizarse durante la guarda preadoptiva.

Nuestro país ha asumido responsabilidades que debe cumplir frente a este sector vulnerable de la sociedad. El art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

De la norma convencional citada se colige que el Estado se encuentra obligado —a través de sus

(4) Voto del Dr. Ricardo Lorenzetti en la causa "Torrillo, Atilio y otro c. Gulf Oil Argentina SA", 31/3/2009.

(5) Álvarez, Atilio, "Responsabilidad civil por frustración de guardas preadoptivas", ED, nro. 266, 4/2/2016.

Thomson Reuters

agentes— a brindar una protección y asistencia especial a esos NNyA que están transitando, en lo que aquí nos interesa, la etapa de guarda preadoptiva. Se debe llevar a cabo un efectivo control y seguimiento del proceso mencionado a los fines de brindar las herramientas disponibles para fortalecer y acompañar este delicado proceso previo a la adopción.

Es sabido que al Estado le incumbe organizar sus recursos y crear las condiciones propicias para el cumplimiento de las funciones que le son específicas, por lo cual es responsable de las derivaciones negativas originadas en la ejecución irregular de esa obligación **(6)**. Y la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de este, el que debe responder de modo principal y directo por las consecuencias dañosas **(7)**.

Asimismo, el Estado argentino tiene la obligación internacional de satisfacer una reparación justa e integral en los términos del art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre el particular, corresponde recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó claramente que "la reparación del daño causado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea factible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible (...) la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral" **(8)**.

Y, que "la obligación de reparar, que se regula en todos sus aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno" **(9)**.

Este estándar de reparación integral derivado del plexo normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe replicarse a los daños causados por los Estados parte a sus habitantes, máxime cuando los perjudicados son un grupo tan vulnerable de la sociedad como los NNyA en estado de adoptabilidad.

Por todo ello, también se debe evaluar la conducta desplegada por los agentes estatales en el proceso de guarda preadoptiva a los fines de determinar si su accionar fue el debido o si estamos frente a casos que encuadran dentro de los supuestos de responsabilidad civil desarrollados más arriba.

IV. Conclusión

Entiendo que se deben adoptar medidas a los fines de disminuir al máximo posible los fracasos en las guardas preadoptivas, dado las enormes expectativas que generan en estos NNyA el poder ser incluidos en una familia definitiva.

Dentro de este proceso delicado, como lo es la guarda preadoptiva, el Estado debe brindar el mayor acompañamiento posible a esa familia.

La búsqueda de un hijo adoptivo es una experiencia de cambio que implica crisis, en la cual los futuros adoptantes requieren de orientación y asistencia para la espera de una adopción. Aquí, es donde el Estado debe ofrecer unos efectivos servicios de contención y seguimiento de este proceso.

Y, para casos como los descriptos en el presente artículo, se debe accionar a los efectos de, al menos, obtener por parte de ese NNyA una reparación económica por el daño sufrido. Este ejemplo resarcitorio, también impactará para evitar en el futuro conductas similares por otro u otros pretensos adoptantes.

Recordemos que, si la responsabilidad civil no es fuente obligacional, sino que se "activa" como la respuesta del sistema jurídico ante el "daño injusto", sin lugar a dudas en los supuestos invocados se debe reparar ese daño. Ello, en estrecha vinculación con el deber de obrar de buena fe consagrado en el art. 9º del Cód. Civ. y Com.

(6) Fallos 306:2030; 312:343; 315:1892.

(7) Fallos 331:1690.

(8) CIDH, 31/8/2012, "Caso Furlán y familiares vs. Argentina", párr. 271.

(9) CIDH, 18/9/2003, "Caso Bulacio vs. Argentina", párr. 72.

Thomson Reuters

DERECHO PRÁCTICO

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Comentarios Jurisprudenciales

Thomson Reuters

Thomson Reuters

DAÑOS EN LOCAL BAILABLE

Agresión sufrida dentro de una confitería nocturna. Responsabilidad civil.

Con nota de Mariano Gagliardo

Si dos personas se pelean dentro de una confitería donde se baila y hay números musicales, esta circunstancia no es ajena a la actividad; y es por ello que la empresa titular del local debe responder, dado que con la debida diligencia se hubiera evitado que el episodio se produjera.

CCiv. y Com., Mercedes, sala I, 23/10/2019. - C., J. C. c. C., C. R. y otro/a s/ daños y perjuicios extracontractual (Exc. Autom./Estado).

[Cita on line: AR/JUR/35109/2019]

El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com.

Acerca de la obligación de seguridad

Mariano Gagliardo (*)

I. La obligación configura una restricción a los derechos del individuo, colocando al deudor bajo la dependencia del acreedor.

El antiguo derecho romano, como todos los derechos de la antigüedad, no conocía más que un cierto número de operaciones jurídicas, catalogadas, fuera de las cuales ninguna obligación era susceptible de nacer.

El espíritu del derecho de las obligaciones ha sido profundamente transformado en el curso de una evolución que se inicia en el arcaico derecho romano y se extiende hasta nuestros días.

A la vista de los tiempos presurosos que nos tocan vivir las obligaciones proliferan y se han multiplicado.

Lo que parecía sencillo, hoy se presenta como complejo. Cada día, a cada instante creamos obligaciones; diariamente, celebramos contratos, es decir actos de donde nacen obligaciones múltiples.

El hombre teje así, alrededor suyo, una red de obligaciones diversas, otrora impensadas, que le permiten subsistir y desarrollar su actividad.

Y, además de las obligaciones que contraemos voluntariamente, pese a nosotros, a raíz de la vida en sociedad, surgen otros tantos compromisos obligacionales. Antes del Código unificado, la obligación contractual, parecía la regla, la obligación extracontractual, la excepción.

La reforma, por su parte, se orientó hacia la superación de tal distingo y, estableció: "Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado..." (art. 1716, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En el derecho comparado, Viney señala que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual "no puede, de toda evidencia, ser negada" **(1)**, mientras que, en nuestro régimen, subsisten ciertas excepciones y consideraciones particulares al citado precepto **(2)**.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) VINEY, Genevíeve, "Tratado de Derecho Civil", Colombia, 2007, p. 499, ap. 235.

(2) Cfr. PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad Contractual y extracontractual en el Código

Thomson Reuters

En otra perspectiva, cabe una aclaración pues todas las obligaciones no obedecen a las mismas pautas, ni en cuanto a sus efectos, ni en orden a su creación.

Las diferencias con respecto a su formación se explican por su génesis, las relativas a sus efectos por la diversidad a sus objetos.

Lo antes expuesto lo es con relación a una sistematización general. Desde un punto de vista práctico y en cuanto al plano de la prueba **(3)**, a veces el deudor está constreñido a cumplimentar un determinado hecho, por caso el transportista que debe entregar cierta mercancía en fecha y lugar: ejecutar un resultado y es suficiente al acreedor acreditar que la finalidad no ha sido obtenida obligación de resultado.

Por el contrario, en otras oportunidades, el obligado debe obrar con prudencia y diligencia para satisfacer su compromiso: el médico debe proceder con la diligencia que es esperar, a fin de obtener la curación del paciente (obligación de medios) (art. 1768, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

II. Las obligaciones de seguridad, conocidas como deudas de seguridad, y/u obligaciones tácitas de seguridad, o bien obligaciones de garantía **(4)**. Tienen una génesis antiquísima en el derecho francés, y, en nuestro medio, reconocen antecedentes en la jurisprudencia laboral y civil.

Un primitivo desarrollo, si bien implícito, se advierte en los tribunales extranjeros, citado por Enneccerus **(5)**, crean una relación de confianza análoga a la contractual y que obliga a los interesados a observar la diligencia exigible en el tráfico, imponiéndoles ciertos deberes de comunicación, de explicación y de conservación, lo que genera una responsabilidad totalmente independiente de que los actos preparatorios terminen o no en la conclusión del contrato.

Nuestro Alto Tribunal **(6)** en cuanto consideró, entre otros conceptos, que el empleador debe garantizar al obrero completa seguridad.

En antiguas sentencias de la Cámara Civil 1º de la Capital Federal, se encuentran dos resoluciones de interés de los doctores Alfredo Colmo y Gastón F. Tobal, respectivamente, La primera **(7)**, dictada en fecha 31/12/1921, dispuso: "... las leyes orgánicas del trabajo, así como los Códigos alemán y suizo de las obligaciones, lo mismo que todos los tratadistas sobre la materia, se hallará que una de las obligaciones primordiales del locatario es dar seguridad e higiene al obrero...".

Respecto de la segunda, la decisión recayó en autos "Rached, José c. Cervecería Palermo SA", en fecha 31 de agosto de 1934, donde se alude a la obligación de garantía que, aunque no aparezca directamente en el Código Civil, puede decirse que es legal porque resulta del texto de algunas de sus disposiciones **(8)**.

Ya en 1951, Busso en su entonces monumental obra **(9)** se refería al comentar el art. 625, Cód. Civil, a las obligaciones de seguridad en el contrato de transporte de personas, donde el transportista tiene la obligación de conducir al viajero sano y salvo a su destino. De la misma manera, sostenía, el empresario de una feria que pone ciertos juegos de diversión a la disposición de los visitantes debe garantizar la seguridad de las instalaciones.

III. En nuestros días, en particular luego de la vigencia del Código unificado, la figura del título de esta nota, mantiene actualidad, y ha motivado interesantes estudios —por su subsistencia o no— **(10)**, destacándose que su conceptualiza-

---

Civil y Comercial de la Nación, Código Civil y Comercial de la Nación", Suplemento Especial, noviembre 2014, ps. 151 y ss.

(3) Cfr. MAZEAUD - CHABAS, "Derecho Civil, Obligaciones", trad. Luis Andorno, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 26, ap. 21.

(4) Ampliamente: MAYO, Jorge A., "Las obligaciones de seguridad", LA LEY 1984-B-952.

(5) ENNECCERUS - LEHMANN, "Derecho de obligaciones", Barcelona, 1933, 35ª ed., t. 2, vol. 1.

(6) Fallos 124:329, causa, "Moreal de Lara de Hurtado c. Gobierno de la Nación s/ daños y perjuicios".

(7) JA 14-1346 en autos, "Baldovino V. c. Obras Sanitarias de la Nación".

(8) JA 47-589"

(9) "Código Civil Anotado", Ed. Ediar, 1951, t. VI, p. 346.

(10) Cfr. PICASSO, S., "Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común", RCyN, 1, Vale, PIZARRO,

Thomson Reuters

ción independiente del deber principal, existente en todo tipo de contrato, por el cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada, se le será causado daño en otros bienes diferentes de aquel que ha sido específicamente concebido como objeto del negocio jurídico **(11)**.

Y aun cuando se argumentara la no previsión de la referida obligación en el Código Civil y Comercial, su vigencia, tiene sustento a partir de la buena fe, tal lo dicho por la Corte Suprema **(12)** en cuanto a que resulta un principio cardinal que informa y fundamenta todo el orden jurídico, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura, y deriva en el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento real y coherente de los otros, sean particulares o el propio Estado de descalificado por el derecho.

Es la buena fe, asimismo, un criterio de la demanda interpretación —canon hermenéutico en los contratos— en cuanto deben celebrarse, obligando a las partes a todo aquello que surja de su letra, y previsto por los contratantes o debido prever estas consecuencias, actuando con prudencia, diligencia y prioridad (arts. 961, 729 y 1061, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Como criterio genérico de lo señalado, el art. 9º, Código citado dice: "los derechos deben ser ejercidos de buena fe"; lo que supone la celebración, interpretación, y cumplimiento de buena fe, inclusive extinguirse con tal pauta; y, de mediar "tratativas contractuales" y no exista una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente (art. 961, Código citado).

IV. En el pleito comentado, se rechazó de uno de los de codemandados la invocación de la procedencia de la prejudicialidad en la causa lo que no admite dudas y, la nulidad de la sentencia, sin abundar en mayores detalles.

Lo novedoso es que se adujo como fundamento confirmatorio de lo sucedido en un local bailable. En tal oportunidad, bajo el enfoque de una relación de consumo, e infracción a normas administrativas, a raíz de un daño severo en el rostro del actor a mérito de una golpiza, se admitió la demanda de daños y prejuicios.

R., "¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?", LA LEY 2015-E-840; CERUTI, María del Carmen, RCyS 2015-IV-129; BORDA, Alejandro y otros, "Derecho civil, Contratos", LA LEY 2016, ps. 199 y ss.

(11) Cfr. AGOGLIA, M. M. - BORAGINA, J. C. - MEZA, J. A., "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 161.

(12) Fallos 316:3141.

Thomson Reuters

DAÑOS OCASIONADOS POR LA COSA INERTE

Incidencia en el daño a la víctima. Escalera. Camión destinado a publicidad turística. Responsabilidad de la provincia de Salta. Responsabilidad del dueño y del guardián del vehículo. Falta de legitimación pasiva de la aseguradora. Nulidad del pago de la prima.

Con nota de Pedro Mollura

1. — El titular y el guardián de un vehículo de propaganda turística al que se accedía por una escalera sin barandas, en el sentido de que se sirven de la cosa, y tienen la exigencia de su cuidado de un modo indemne para los demás; y la provincia de Salta, Secretaría de Turismo, por haber contratado a estos para que publiciten en la calle con concurrencia de público sus centros turísticos; extremo que le imponía la obligación de verificar cuáles eran las medidas de seguridad de los bienes que se iban a aplicar para la ejecución de ese servicio, son responsables por los daños sufridos por una persona que cayó de la cosa inerte.

2. — El carácter inerte de la cosa no obsta la aplicación del art. 1113, segundo párr., segunda parte, del Cód. Civil —actual 1757 del Cód. Civil y Com.— toda vez que la causa constitutiva de la relación fue el hecho dañoso ocurrido con anterioridad a la puesta en vigencia de la ley 26.994 —art. 7° modificado por el art. 1° de la ley 27.077—, pero recaerá en la víctima la carga de la prueba de la incidencia de la cosa inerte.

3. — La damnificada probó que la cosa inerte —escalera— cuya utilización determinó el accidente se presenta claramente como riesgosa, en relación con el uso para el cual estaba destinada, esto es para el ascenso y descenso del público, y que jugó un rol causal adecuado. Ha acreditado que se cayó de la escalera, que no tenía barandas de prevención, hecho reconocido por las partes, y corroborado por dos testigos y por fotografías.

4. — La falta de barandas en una escalera —cosa inerte— es lo que da origen a la responsabilidad, ya que coloca a la persona que la utiliza en un estado de absoluta indefensión ante una pérdida de equilibrio y su posterior caída —como sucedió en el caso—, dado que le impidió la posibilidad de realizar alguna maniobra defensiva y asirse a un pasamanos para sostenerse con seguridad y así evitar o moderar el hecho en el que sustenta su reclamo.

5. — Si la Casa de Salta —dependencia de la provincia en la Capital Federal— le requirió al Gobierno de la Ciudad un permiso de estacionamiento de un Taller de Promoción de la temporada de Invierno "Salta en Buenos Aires", debió tomar las precauciones que exigían las circunstancias del caso para que el ámbito referido fuese seguro para las personas que lo visitaban. Sin embargo, la baranda no existía, ni había carteles de advertencia, ni protección alguna. La responsabilidad que se deriva de ese comportamiento no se ve neutralizada por la falta de una norma escrita que le imponga la obligación debida, ya que sería imposible individualizarla por anticipado y de manera pormenorizada.

6. — Corresponde hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la empresa de seguros, ya que ha quedado demostrada la anulación por falta de pago de las primas del seguro con anterioridad al hecho motivo de la demanda de daños.

7. — No puede elevarse el monto de la liquidación pretendido por la damnificada, por encima de lo requerido por el hecho de que esta no ha indicado, ni en la demanda ni durante el desarrollo del proceso, que existiesen obstáculos que le impidieran conocer el monto definitivo de los daños reclamados al momento en que efectuó la liquidación de estos. En estas condiciones, el principio de congruencia exige que la sentencia definitiva se mantenga dentro de los límites cuantitativos y cualitativos fijados por la propia actora en el objeto de su pretensión. (Del voto en disidencia parcial del Dr. Rosenkrantz).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Caída de una escalera

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Edad: 59 años

Estado civil: Casada

Actividad: Profesora de Matemáticas

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $150.000

Daño psicológico: $40.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $200.000

Daños varios: Gastos de traslados: $3.000

CS, 12/12/2019. - Bergerot, Ana María c. Provincia de Salta y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/48412/2019]

El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com.

Thomson Reuters

Cosa inerte. ¿Cosa riesgosa? El acto riesgoso

Pedro Mollura (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Fundamento.— IV. Los daños ocasionados por el hecho de las cosas. La cosa inerte.— V. Teoría del riesgo y el acto riesgoso.— VI. Conclusión.

I. Introducción

En este comentario a fallo hice una breve revisión de conceptos relacionados con el instituto de los daños ocasionados por el hecho de las cosas. Digo "breve revisión" porque el punto principal fue en relación con la cosa inerte, su conceptualización por parte de CS y si dicha conceptualización fue ajustada al resolver el caso de daños y perjuicios tratado por el Supremo Tribunal.

Adelanto que la conceptualización hecha en este caso particular es incorrecta; sí, en cambio, la resolución que hace lugar a la demanda.

Es así, entonces, que presentaré el caso, luego el fundamento que la Corte Suprema desarrolló para hacer lugar a la demanda y después un intento de reconfigurar conceptos a fin de justificar cómo la Corte pudo haber arribado a idéntica decisión conceptualizando correctamente "cosa inerte" y su relación con el denominado "acto riesgoso" como parte de la Teoría del Riesgo e introducido en el presente trabajo.

II. El caso

La CS en la causa "Bergerot, Ana María c. Salta, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Exp. N.º 793/2004 Originario, hizo lugar a la demanda interpuesta por Ana María Bergerot con motivo de su caída desde una escalera metálica sin barandas.

En efecto, de la causa se comprobó que el 1 de julio de 2003 la Sra. Bergerot, profesora de Matemáticas y directora de estudios en el nivel medio, caminaba por la avenida Corrientes, sita en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y previa invitación por parte de una promotora, se acercó a un camión con acoplado que estaba estacionado y destinado a hacer publicidad turística de la provincia de Salta.

Para acceder al camión debía subir por el acoplado (tráiler) mediante una escalera de metal de seis escalones de un ancho aproximado de 0,90 m a 1 m y sin barandas; mientras subía por ella, cayó desde aproximadamente 2,63 m de altura, sin tener contención alguna, por lo que sufrió traumatismo de cráneo sin pérdida de conocimiento, fractura de clavícula derecha, y fractura costal en quinta derecha; considerándose dichas consecuencias dañosas como lesiones graves.

Por este hecho la Corte Suprema condenó: 1) a Brian G. Eizikovits y Sergio Tosolini, socios de Headgroup, por resultar civilmente responsables conf. lo prescripto por el art. 1113, segundo párrafo del entonces Cód. Civil, es decir, el primero por ser el titular del vehículo donde se asienta la cosa riesgosa (escalera) y además por ser el guardián de esta junto a Tosolini; y 2) a la provincia de Salta, Secretaría de Turismo, por haber contratado a Eizikovits y Tosoloni, para que publicitaran en la calle con concurrencia de público sus centros turísticos.

III. Fundamento

La base argumental principal que utilizó la Corte en su decisorio fue el considerar a la es-

(*) Abogado (UCA). Litigante. Árbitro (IANCA). Curso de Actualización en Derecho de Daños (UBA). Especialista en Procesos Colectivos de Daños y Daños en Familia. Exdocente (UBA-UCES). Ponente en Congresos y Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho de Daños (AADD) y miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Doctorando (UCA).

Thomson Reuters

calera sin barandas como una cosa inerte y riesgosa; fíjense sino cuando dice: "... 15) (...) la cosa jugó un rol causal adecuado y ha acreditado la posición o el comportamiento anormal de la cosa inerte ..."; "... pese a su carácter inerte, la escalera se presenta claramente como riesgosa, en relación con el uso para el cual estaba destinada..."; "la cosa, debido a su anormalidad, fue el instrumento del daño, dado que la ausencia de barandas de seguridad la convirtió por sí en riesgosa en relación con el uso para el que estaba destinada para el ascenso y descenso del público..."; " ... la falta de barandas, lo que da origen a la responsabilidad..."; "la ausencia de baranda tuvo un papel causal en el daño que sufrió la víctima, ya que dicha falta importó un factor de riesgo ..."; "... Fue la cosa en sí misma y la ausencia de un elemento de seguridad tan elemental como una baranda la que actuó como un factor causal en el peligro y riesgo de la cosa, y generó la producción del daño..."; para culminar, la Corte hace hincapié en la conducta de la codemandada (Headgroup) al decir: "... debió tomar las precauciones que exigían las circunstancias del caso para que el ámbito referido fuese seguro para las personas que lo visitaban, ... la baranda no existía, ni había carteles de advertencia, ni protección alguna. El patrón de comportamiento exigible a la codemandada fue omitido, y dicha inobservancia potenció el riesgo de la cosa ..."; "La responsabilidad que se deriva de ese comportamiento no se ve neutralizada por la falta de una norma escrita que le imponga la obligación debida ..."

La base sobre el cual se asienta entonces este decisorio, radica en que la parte codemandada es dueña y guardián de una cosa inerte y riesgosa, por lo tanto, es responsable ya que no tomó las precauciones necesarias para evitar los daños ocasionados; creando en consecuencia un riesgo innecesario (2do párrafo art. 1113, Cód. Civ. y Com.)

En cambio, la provincia de Salta fue responsable por ser esta quien contrató, se sirvió de la cosa y debió procurar el cuidado en ocasión de la promoción de su provincia (1ra parte art. 1113, Cód. Civ. y Com.) **(1)**.

Ahora bien, hago dos observaciones que a su vez fueron delimitadas por la Corte para decidir: por un lado, la incidencia de la cosa inerte como cosa riesgosa, y por el otro, la omisión del patrón de comportamiento exigible al agente dañador.

De ahí mis dudas: ¿una cosa inerte puede ser cosa riesgosa?, ¿para qué exigir entonces un patrón de conducta?, si, en definitiva, el agente dañador de cosa riesgosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

Estas preguntas son las que intentaré responder en los siguientes apartados.

IV. Los daños ocasionados por el hecho de las cosas. La cosa inerte

El art. 1113 del Código Civil de Vélez decía que, en los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián para eximirse de responsabilidad, debía demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximía total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

A su vez, en el régimen actual del Cód. Civ. y Com., el art. 1757 dice que toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas; y en el art. 1758 se dice que el dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas **(2)**.

(1) Cód. Civil. Velez Sarsfield. Art. 1113.- La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. (Párrafo incorporado por art. 1° de la ley 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.) Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable. (Párrafo incorporado por art. 1° de la ley 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968.).

(2) Cód. Civ. y Com. Sección 7ª. Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades. Art. 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circuns-

Thomson Reuters

De esta lectura se ve cómo en el art. 1113 hay desdoblamiento procedimental para la exención ya sea de cosas o por el vicio o riesgo de la cosa; mientras que en los arts. 1757 y 1758, el tratamiento del sistema pareciera unívoco más allá de la terminología utilizada.

Autores como Pizarro **(3)** han entendido que, en actual régimen del Cód. Civil y Comercial, ambos artículos emplazan en el terreno del riesgo creado, para lo cual hay que unificar el régimen de ambas tipologías, es decir, daños por la cosa y daños por el riesgo o vicio de las cosas representan la misma noción y están atrapadas por el mismo régimen normativo en los arts. 1757 y 1758.

Por otro lado, se ha justificado que, si bien el art. 1113 preveía la responsabilidad por los daños ocasionados "con" la cosa como supuesto en el cual se presume la culpa del agente, este régimen de responsabilidad fue muy raramente aplicado por la jurisprudencia **(4)**.

Por eso se concluye que todo lo relativo a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades está dentro de lo que se denomina Teoría del riesgo y que más adelante me referiré sucintamente.

Como primera aproximación debo decir que el antiguo art. 1113 primera parte, es correcto al distinguir entre cosas y cosas riesgosas o viciosas, justamente, porque por un lado daba a entender la intervención de cosas inertes y por el otro la de cosas riesgosas o viciosas.

El actual sistema es confuso, de ahí que intentaré despejar esa confusión creada en la sentencia de la Corte Suprema, la cual me toca comentar; por eso me pregunto: ¿qué es una cosa inerte?

La palabra "inerte" viene del latín *iners*, "sin capacidad, sin talento"; sus componentes léxicos son el prefijo (*in*) = sin; y (*ars, artis*) o sea, "obra, trabajo"; cuando de cosa se trata, la física habla de lo inercial, de cosa inerte; porque justamente los objetos tienen la capacidad de resistir cambios de movimientos, ya que si fuerza es la capacidad de mover algo que está quieto, la inercia es todo lo contrario, o sea, la capacidad de quedarse quieto cuando se está quieto **(5)**.

La cosa inerte en definitiva no tiene movimiento en sí, no hay potencialidad alguna que pueda la cosa activarse o cambiar su esencia o textura, más allá de los cambios propios que el tiempo produce; repito, no existe fuerza alguna que le cambie su naturaleza por el cual ha sido creada.

La falta de movimiento intrínseco entendido esto como la falta de fuerza física autónoma es el punto central para comprender la naturaleza de la cosa inerte, que nada tiene que ver si es mueble, inmueble **(6)** o inmueble por accesión (art. 226, Cód. Civ. y Com.)

Por eso en lecturas de varios fallos, incluido el presente, a la cosa inerte se le atribuye "comportamiento", "conducta" y esto dista de lo que una cosa inerte pueda generar por su falta de movimiento **(7)**; fíjense sino la Corte cuando en el fa-

tancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. Art. 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

(3) PIZARRO, Ramón Daniel, "La Responsabilidad por el hecho de las cosas en el Cód. Civil y Comercial" en Rev. de Derecho de Daños — Responsabilidad Objetiva — II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. 2017, p. 13.

(4) SÁENZ, Luis R. J., "Comentario Sección 7. Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades, arts. 1757 a 1780" en CARAMELO, Gustavo y Otros. (dir.), "Cód. Civ. y Com. comentado", SÁENZ, Luis R. J. (coord.) Tomo IV, Libro Tercero, arts. 1251 a 1881, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 480.

(5) http://etimologias.dechile.net/?inercia.

(6) L. 364027 -"Islas Carlos Augusto y otros c/ Selem Cache Marcos Eduardo y otro s/ daños y perjuicios" - CNCIV - SALA E - 14/02/2003: Es que, tratándose de una cosa inerte, ese elemento no es en sí mismo peligroso, pues por su propia naturaleza inmueble, no puede ser instrumento de la acción del hombre que responda a su voluntad (daño con la cosa), ni es una cosa con riesgo en sí misma apta para ocasionar de modo autónomo un daño a quienes la emplean (daño por el riesgo o vicio de la cosa).

(7) Comentario del Autor: En LL 1989-A, pág. 561; Plenario "Pérez c/ Maprico S.A.", 27/12/1988, Se resolvió que el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte, puede imputarse a riesgo

Thomson Reuters

llo dice: "11)... cuando se trata de cosas inertes, la posición o el *comportamiento anormales de la cosa* o su vicio..."; "12) ... no se sigue sin más que pueda presumirse su riesgo o vicio, ni que fuera apta para repotenciar, recrear o aumentar la posibilidad de daño, máxime si no se ha tenido *una participación activa en su* producción. Ello es particularmente aplicable al supuesto de cosas inertes...".

Más adelante, y conf. lo que se viene exponiendo, se puede observar en el relato del fallo, la manifiesta y ostensible contradicción de conceptos entre cosa inerte y cosa riesgosa a saber (citando fallos 315:2834): "13)... la cosa cuya utilización determinó el accidente sufrido por el actor —pese a su carácter inerte- se presenta claramente como riesgosa y aun viciosa, relación con el uso al cual estaba destinada; e indicó que *si la cosa inerte tiene participación activa* en la producción del daño sufrido por quien la utiliza (p. ej. piso anormalmente resbaladizo, acera deteriorada o con pozos) nada excluye la responsabilidad legalmente atribuida al dueño o al guardián. ..."; "15) ... ha acreditado la posición o el *comportamiento anormal de la cosa inerte*..."; "... pese a su carácter inerte, la escalera se presenta claramente como riesgosa, en relación con el uso para el cual estaba destinada. ..."; "la cosa, *debido a su anormalidad*, fue el instrumento del daño, dado que la ausencia de barandas de seguridad la convirtió por sí en riesgosa en relación con el uso para el que estaba destinada para el ascenso y descenso del público...".

de la cosa, ya que, en definitiva, existe una intervención de la cosa en forma pasiva.; en otro fallo reciente, la SALA G Capital Federal 14-5-2019 en autos "S. G. J. M. c/ BE Enterprises y otros s/ daños y perjuicios" Expte. n° 58450/2009/CA3 dijo: "Como se advierte, la responsabilidad del dueño o guardián de una cosa inerte, desplaza el problema a la órbita de la causalidad (conf. Trigo Represas-López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", tº III, pág. 327) que, cuando de una cosa inactiva se trata, dicha demostración lleva implícita la prueba de cuál era el comportamiento o la posición que esta tenía en el momento del hecho, pues su carácter inerte no impide valorarla como viciosa o riesgosa toda vez que no interesa cómo es la cosa per se sino qué rol le cupo en el resultado (conf. Trigo Represas-López Mesa, ob. cit., tº III, pág. 308 y cita nº 39; CNCiv., Sala M, "Bassi c/ Centro Oftalmológico s/ daños y perjuicios", rec. 602.876, del 21-11-12, voto de la Dra. De los Santos y sus citas; ídem, Sala J, "Archagna Cristian A. c/ Telecom Argentina SA", del 17-11-11, del voto de la Dra. Mattera)...".

De estos párrafos citados (los subrayados me pertenecen), se da cuenta de la confusión conceptual entre cosa inerte con cosa riesgosa o viciosa, y es que se toma como sustantivo lo inerte y se adjetiva en riesgosa o viciosa, cuando ambos conceptos (inerte - riesgosa) se excluyen entre sí.

Es que, si la cosa inerte no posee movimiento intrínseco, mal puede decir que posea "comportamiento anormal" o que tiene una "participación activa", ya que, repito, lo inerte no acepta movimiento inercial *per se*.

Además, son erróneos los ejemplos que la misma Corte Suprema utiliza para justificar lo que dice, porque el piso en sí es una cosa inerte, cuando el piso es o está resbaladizo es riesgoso. Lo mismo pasa con la acera, esta en sí es una cosa inerte; ahora, si está deteriorada puede ser porque posee pozos u otras anomalías o defectos, en cuyo caso es cosa viciosa y/o riesgosa. En este sentido, estas características de la acera producen en el transeúnte un actuar distinto a lo habitual al momento de caminar por aquella, por lo que se le impone tomar recaudos.

Lo cierto es que no hay cosas inertes viciosas o riesgosas, o es cosa inerte, o es cosa riesgosa y/o viciosa; y para cada una de ellas, habrá distinciones de tratamiento al momento de imputar responsabilidad **(8)**, fijémonos sino el caso a comentar.

La escalera sin barandas, ¿es una cosa inerte o riesgosa?; ¿puede ser considerada una cosa viciosa por estar mal diseñada? (falta de barandas); si es así (cosa viciosa), ¿es generadora de riesgo?

La parte demandada al contestar la demanda dijo: "III) ... Alega que la escalera de acceso

(8) Sala H Capital Federal , "García, Alicia Adriana c/ Martínez y de la Fuente S.A. y otros s/ Daños y perjuicios-ordinario", 4-6-2019 , Expediente No. 8931/2012 — Juzgado No. 34. "...Se ha dicho que existen infinitos grados de participación de las cosas en la causación de los daños y que entre los casos extremos de total ausencia de cosa y la exclusiva intervención de la cosa, hay grados intermedios que muestran una decisiva actuación del hombre que maneja una cosa no riesgosa en sí, o una decisiva intervención de una cosa peligrosa que queda fuera del control del hombre. La Reforma de 1968 ha adoptado el criterio de que hay cosas que tienen riesgos y cosas que no los tienen (Conf. Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 314)".

Thomson Reuters

no era una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del Cód. Civil, tenía un ancho de 0,90 mts, no estaba deteriorada, sus escalones no estaban húmedos y no presentaba características que la hicieran insegura..."; "...la falta de barandas a sus costados tampoco la convertía en una cosa riesgosa dado su ancho, y que el hecho de tenerlas no hubiese modificado la seguridad de la cosa..."; "...Añade que el acoplado estacionado tampoco genera riesgo alguno para terceros, ya que es una cosa inerte..."; "IV)... se presenta la provincia de Salta... aduce que una escalera es una cosa inerte, incapaz por sí misma de producir un daño, por lo que no la considera 'riesgosa' por su naturaleza..."; "...Añade que este tipo de escaleras- comunes en estructuras fijas destinadas a exposiciones o eventos similares, están diseñadas para permitir el ascenso y descenso de grupos de personas por ambos extremos, de manera continua y simultánea, sin riesgo para personas en condiciones físicas normales..."; "...del relato de la propia actora se puede inferir que se desplazó por el borde de la escalera, lo que fue una grave imprudencia de su parte y la asunción voluntaria de un riesgo previsible...".

Si se observan los argumentos de la parte demandada, a mi entender le asiste razón en decir que la escalera, objeto del presente caso, es una cosa inerte; por lo que no es una cosa viciosa. En cuanto a lo riesgoso, lo trato más adelante.

Y es inerte porque es una cosa sin fuerza natural autónoma; además, el hecho de no tener barandas no la convierte en una cosa viciosa, ya que la existencia de baranda o no responde a un determinado diseño conf. el tipo de gusto (altura, material, ancho, etc.) y tipo de uso (doméstico, comercial, eventos, etc.) por lo que considerarla viciosa en el sentido de haber defecto en la fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal, no le es aplicable.

V. Teoría del riesgo y el acto riesgoso

En un reciente trabajo publicado por la *Revista Código Civil y Comercial*, su autora hace un profundo análisis de todos los antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, extranjeros y nacionales relacionados con la Teoría del Riesgo y su evolución hacia el riesgo creado **(9)**.

En efecto, la teoría del riesgo comienza propugnando un factor de imputación de tipo objetivo de responsabilidad civil a quien por su actividad o uso de la cosa obtiene provecho o ventaja; en nuestro país, la ley 17.711, trajo solución a daños que hace tiempo la doctrina venía trabajando bajo el concepto del riesgo creado.

Es así que la instauración del riesgo creado como factor de imputación objetivo supone ver solamente la acción u actividad de una cosa o actividad generadora de riesgo, independientemente de si hubo o no provecho, de si hay o no culpa.

El actual sistema instaurado en el nuevo Código Civil y Comercial recepta toda la jurisprudencia y doctrina de los últimos cuarenta años mayoritariamente donde se incorporan las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

Por lo tanto, se puede decir que la teoría del riesgo creado en el sistema actual del Código Civil y Comercial incluye como formas de creación del riesgo, la intervención o uso de cosas riesgosas y/o viciosas o actividades riesgosas y peligrosas.

En estos casos, tanto el dueño y/o guardián de las cosas riesgosas, los titulares de dichas actividades, quienes las realizan, se sirven u obtienen provecho serán responsables según el caso de manera concurrente en la medida de existir múltiples sujetos en la cadena de acción - producción.

En el presente fallo la Corte Suprema utilizó el art. 1113, segundo párrafo para fundar la responsabilidad considerando a la escalera sin barandas como cosa riesgosa.

Y dicha conceptualización fue, a mi criterio, forzada, porque no puede una cosa inerte ser, a la vez, riesgosa o viciosa.

(9) MELLACE, Mariela E, "Recepción de la responsabilidad por riesgo creado en el derecho civil argentino", RCCyC, Thomson Reuters L.L. Año VI |Nro. 3 - abril 2020, p. 109.

Thomson Reuters

Podemos discutir si una cosa determinada es inerte o es cosa riesgosa, es decir, si la escalera sin barandas es cosa riesgosa o no; pero decir que es inerte y riesgosa no es correcto; además, si se logra identificar la existencia de cosas inertes como parte del sistema de intervención de cosas, se podrá evitar la tentación de considerar cualquier cosa como riesgosa o viciosa.

Se sabe la cantidad de reclamos por daños y perjuicios a raíz de accidentes ocurridos en establecimientos comerciales, predios feriales, eventos en los cuales la responsabilidad del dueño, guardián o empresa organizadora no se encontraría demostrada por no resultar suficiente para condenarlos en casos en que no ha logrado comprobarse la peligrosidad de la cosa.

En este sentido, otros autores siguen este lineamiento de no exagerar en el concepto de cosas riesgosas; de ahí que se dice que todos y cada uno de los "accidentes" ocurridos en vinculación a cosas inertes serían, *a priori* y sin someterse a discusión, responsabilidad exclusiva del propietario del establecimiento; y toman como ejemplo el hecho de que cualquier individuo que resbalara en el piso (por motivos desconocidos y sin la necesidad de demostrar circunstancias anormales), o que colisionara contra objetos ubicados en el local, o que realizara maniobras que le provocaran lesiones, siempre y cuando dichos hechos ocurrieran en un local comercial, debería ser resarcido simplemente por encontrarse dentro de dicho establecimiento **(10)**.

Ahora bien, si la escalera no es viciosa, ¿dónde está creado el riesgo?

Cuando de cosas inertes se trata, lo que hay que observar es la conducta del dueño, guardián, o quien se sirve de ella, porque si bien la imputación es objetiva, la culpa en su actuar respecto de aquella es lo que hace crear el riesgo, no la cosa inerte.

Y me refiero a la culpa entendida como omisión, imprudencia, negligencia o impericia según el caso (art. 1724); por lo general en tema de cosas inertes está la omisión de tomar las medidas de seguridad necesarias para proteger a las personas; ese conjunto de medidas es lo que configura la denominada obligación de seguridad, que incluye el deber de cuidado, control o *diligendo*, presente expresamente en las relaciones de consumo y promociones, independientemente hoy de todo ámbito contractual o extracontractual.

En efecto, la obligación de seguridad está en los arts. 5° y 6° de la ley 24.240 que aluden a "la salud e integridad física" como objeto de la obligación de seguridad, pero debe prevalecer el texto más amplio del art. 42 de la CN, entendiéndose además que las expresiones de la ley no son excluyentes ni limitantes y en caso de duda debe resolverse a favor del consumidor o usuario **(11)**.

Sin embargo, a quienes dicen que la obligación de seguridad prevista originariamente para los contratos aparece empleada como un comodín que permite justificar fácilmente una imputación de responsabilidad allí donde de lo contrario no la habría, o bien sería necesario proceder a un análisis jurídico mucho más riguroso y concienzudo **(12)**.

De todos modos, tampoco hay que desconocer que, más allá de no ser reconocida expresamente en el actual sistema del Código Civil y Comercial de la Nación, ya la doctrina en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la Facultad de Derecho de la UBA, en septiembre de 2005, la Comisión N° 2 de Obligaciones, presidida por los Dres. Alberto J. Bueres, Carlos A. Ghersi y Luis Niel Puig, trató el tema "Obligación de seguridad en el derecho de daños". Los principios y conclusiones más importantes fueron: "*I.* La seguridad como principio general del derecho garantizado constitucionalmente. 1. La seguridad conforma un principio general del derecho que protege todas las relaciones jurídicas (mayoría). 2. Su fundamento se encuentra en normas cons-

(10) ARGAÑARAZ LUQUE, Martín G. y JUAN, Julieta, "La responsabilidad ocurridos por accidentes en locales comerciales", en elDial DC19BB Publicado el: 11/30/2012- Ed. Albrematica - Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(11) ITURBIDE, Gabriela A, "La responsabilidad civil y los daños sufridos por los consumidores en los supermercados y centro de consumo", en elDial DC1741 del 11/17/2011, Ed. Albrematica - Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(12) PICASSO, Sebastián, "Réquiem para la obligación de seguridad en el derecho común", en RCCyC - 01/07/2015, p. 146.

Thomson Reuters

titucionales (arts. 19, 41, 42, 43, art. 75, inc. 22 de la CN), así como en la solidaridad social y en el principio de buena fe (mayoría). 3. La seguridad se inscribe dentro de los horizontes preventivos del moderno derecho de daños (mayoría). *II.* La obligación de seguridad 1. Naturaleza jurídica: a) Constituye una obligación en sentido técnico al encontrarse presente en ella todos sus elementos constitutivos (mayoría). b) No posee carácter de obligación por ausencia de una prestación determinada. 4. Carácter de la obligación de seguridad: a) La obligación de seguridad es autónoma y secundaria (mayoría). b) La obligación de seguridad es accesoria (minoría), de ahí a que la conceptualización y aplicación de la obligación de seguridad tiende a ser un instituto preventivo de nuestro derecho de daños" **(13)**.

Volviendo a la escalera, si bien la falta de barandas no la convierte en riesgosa, lo que es riesgoso es el acto de subir esa escalera, un acto "a simple vista" ordinario, natural, casual, sencillo y falto de todo riesgo notorio u ostensible que produjo en las personas un acto voluntario del subir sin miedo a caerse.

Es esta la omisión que a la empresa se le imputa, la omisión de poner barandas a la escalera o, p. ej., la omisión de guiar correctamente a las personas mientras suben la escalera mediante promotoras que ayudan a subir correctamente y esto último la parte demandada no lo utilizó ni acreditó.

De ahí que la Corte Suprema pudo haber fundado correctamente y sin desnaturalizar el concepto de "cosa inerte" aplicando la segunda parte del primer párrafo del art. 1113, Cód. Civ. y Com. cuando dice: "…En los supuestos de daños causados con las *cosas,* el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa…".

(13) MOLLURA, Pedro, " La obligación de seguridad en el ámbito del régimen de propiedad, horizontal" , Rev. del Notariado, Nro. 883, Año 2006, p. 150.

Y conf. lo dicho por la misma Corte, se demostró que, si hubo culpa, de ahí lo dicho por esta: "21)… El patrón de comportamiento exigible a la codemandada fue omitido…"; y agrego: dicha inobservancia fue lo que creó el riesgo.

Y justamente el patrón de comportamiento que el agente omitió y que configura culpa es la omisión de dichos deberes de seguridad que provocaron que el acto de subir la escalera sea riesgoso de tipo ordinario, sin que por ello se desnaturalice el concepto de cosa inerte.

Por último, razonar así no expone al damnificado a que sea imputado por asumir un riesgo, ya que repito, este actuar riesgoso (subir la escalera sin barandas) es ordinario y natural (art. 1719, Cód. Civ. y Com.).

VI. Conclusión

De lo expuesto puedo concluir que el art. 1113 del Cod. Civil de Vélez distinguía entre cosas inertes y cosas riesgosas y/o viciosas y con ello la distinción en cuanto a la exoneración de responsabilidad del agente dañador.

En el actual sistema, la distinción entre cosas inertes y cosa riesgosa / viciosa se puede ver en la primera parte del art. 1757 cuando se habla de la responsabilidad por la utilización de los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

Muchas veces los medios son las cosas, o dentro de las circunstancias de realización de actividades las cosas son utilizadas por las personas como en el caso que comenté, por eso considero que para evitar interpretaciones forzadas donde toda cosa que exista sea considerada riesgosa o viciosa, auguro a que los magistrados observen también la inducción hacia actos riesgosos ordinarios ejecutados por las personas, consumidores, transeúntes, o público en general en ocasión de las actividades o actos y lo cotejen con las medidas de seguridad que previsiblemente se hubiesen podido implementar como valor y acto preventivo.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

RESPONSABILIDAD DEL PORTAL DE VENTAS ONLINE

Venta de un bien registrable. Error en la publicación. Año de fabricación. Análisis de la participación en el negocio. Daño punitivo.

1. — El portal de ventas online no tiene responsabilidad solidaria por un dato incorrecto en la publicación de un anuncio de venta de una moto —año de fabricación—, porque es a la concesionaria vendedora a la que la Ley de Defensa del Consumidor le impone el deber de proporcionar información cierta, clara y detallada, con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización.

2. — Si el problema que originó la disputa surgió a partir de una publicación con un dato incorrecto atribuible exclusivamente a quien lo cargó, deviene inaplicable al caso el régimen del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor respecto del portal de ventas online, por no haberse configurado uno de los asuntos allí previstos: prestación de la garantía legal, un daño por el vicio o riesgo de la cosa.

3. — No se puede atribuir responsabilidad a quien ofrece el espacio virtual para la venta de mercaderías por el incumplimiento de un proveedor respecto de la certeza de la información con que este consignó en los formularios, toda vez que no se advierte elemento convictivo que revele una actuación contraria a la normativa o a lo convenido; máxime cuando la propia página web informa que no vende este artículo y no participa en ninguna negociación, venta o perfeccionamiento de operaciones. Solo se limita a la publicación de anuncios de sus usuarios.

4. — No puede responsabilizarse a la empresa de comercio electrónico por la inexactitud del aviso que publicó la vendedora, salvo que en el caso hubiese mediado también una conducta antijurídica que le sea imputable de forma específica. En otras palabras, que haya intervenido de manera desaprensiva, culposa o negligente; ello así, porque la modalidad con que se efectuó la operación problemática permitía a los posibles interesados contactar directamente con el proveedor sin tener que concretar la compra para hacerlo, sin participación del portal en el negocio más allá de ofrecer un espacio en la web para que se suba la publicación.

5. — Si no se verifica una conducta reprochable a la empresa de mercadeo como administradora del portal de comercio electrónico que sustente una condena en su contra —en el caso, por un dato erróneo en una publicación de venta—, al no existir una subordinación entre aquella y la concesionaria, responsable de la publicación, debe desestimarse la pretensión indemnizatoria por no haber solidaridad aplicable al caso.

6. — Si hubo un error en la publicación del año de fabricación de una moto y ello pudo facilitar la venta, incluso a mejor precio por ser un modelo más moderno, con los consiguientes beneficios de la vendedora, en el caso existió un comportamiento desaprensivo de la concesionaria que justifica la admisión del daño punitivo —$40.000— en tanto no se hizo cargo del error, sin darle una respuesta favorable a reclamos del consumidor, lo que era su responsabilidad.

CNCom., sala E, 20/12/2019. - Vergara, Graciela Rosa c. Energroup SA (Motos del Sur) y otro s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/51184/2019]

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 20 de 2019.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 358/81?

A la cuestión planteada el doctor *Bargalló* dijo:

I. El pronunciamiento recurrido hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Graciela Rosa Vergara (Vergara) contra Energroup SA ("Energroup") por cobro de la suma de pesos dos mil ciento noventa ($2.190) en concepto de daño emergente y pesos veinte mil ($20.000) por daño moral, más intereses y costas; en virtud de la publicación inexacta del año de modelo de una motocicleta que la accionante adquirió de dicha empresa.

A su vez, el decisorio absolvió a la también codemandada Mercadolibre SRL ("Mercado Libre"), quien proveyó la plataforma electrónica que sirvió de nexo para que la operación se efectuara.

Para resolver de la manera indicada, el fallo apelado consideró que la actora compró una moto marca Mondial LD 110 Tunning (cero kilómetro), modelo 2011, a "Energroup", concesionaria que gira en el comercio con el nombre de fantasía "Motos del Sur". Dicha operación se efectuó a través del portal de ventas por internet desarrollado por "Mercado Libre".

Thomson Reuters

A su vez, señaló que la discrepancia por el cual litigó se basó en el año de fabricación del vehículo, en tanto la adquirente —en atención a la publicación efectuada por la vendedora— concretó la operación pensando que lo hacía por una motocicleta modelo 2013 y no una del 2011.

En lo referente a la servidora de la plataforma electrónica, con cita en un precedente de la colega Sala D, se estimó que no operó contra aquella una responsabilidad objetiva y, al no haber motivos ni elementos para reprocharle algún comportamiento culpable o negligente, se la desligó de cualquier responsabilidad en la contienda.

Con relación a la concesionaria, se juzgó que en el caso resulta aplicable el plexo normativo proconsumidor y, en tal sentido, se verificó un incumplimiento a la obligación del proveedor de proporcionar al cliente información cierta, clara y detallada del bien objeto de la venta.

Además, se sostuvo que la publicación significó una oferta a potenciales consumidores y, fruto de ello, el producto entregado no se correspondió con lo divulgado; por lo cual, le cabe la responsabilidad frente a la adquirente.

En lo que respecta a los daños invocados, se indicó que Vergara debe ser resarcida por la diferencia de la cotización de una moto modelo 2013 y una del 2011. También se determinó asequible una indemnización por daño moral, la cual se cuantificó por el importe antes referido.

Por último, se desestimó un reclamo por daño punitivo con fundamento en que la conducta reprochable de la concesionaria no revistió la gravedad suficiente para ser merecedora de esta indemnización adicional.

II. Contra dicho pronunciamiento apelaron (a) la actora, quien mantuvo su recurso con la expresión de agravios de fs. 400/2, que fue refutada por la concesionaria a fs. 408 y por "Mercado Libre" a fs. 413/28; y (b) la codemandada "Energroup", quien presentó sus quejas a fs. 403/4, que fueron controvertidas por la accionante a fs. 407.

En lo que respecta a las objeciones presentadas, en sustancia, la accionante cuestionó el fallo en dos grandes aspectos: (i) por la desestimación de su acción contra "Mercado Libre"; y (ii) por el rechazo del daño punitivo reclamado.

Por su lado, la condenada en la instancia de grado también lo hizo por dos materias, por: (i) la valoración de la prueba, en tanto sostiene que el anuncio que supuestamente contenía un error no pudo ser acreditado por la accionante, y (ii) por haber sido presentado este reclamo de modo extemporáneo por vencimiento del plazo de 10 días para revocar su aceptación al contrato según lo dispuesto en la LDC, 34.

III. Por una cuestión de orden lógico se atenderá primeramente los cuestionamientos de la codemandada que busca revocar íntegramente la sentencia en su contra para luego atender lo propuesto por la actora en su recurso.

3.1. Publicación errónea de la moto respecto del año de fabricación

Como primera cuestión, la recurrente condenada objetó el fallo porque dio por cierta la versión relatada por Vergara sobre la publicación efectuada en el portal de ventas electrónicas que contendría una inexactitud con relación al modelo de la motocicleta comercializada por su parte.

Cabe reparar que la accionada al contestar a la demanda no controvirtió frontalmente este aspecto de la publicación que suscitó la discrepancia respecto al modelo de fabricación, sino que se abocó —en primer lugar— a endilgarle a la propia actora una desatención al cotejar los datos con que se registró el título y, en segundo lugar, se defendió aludiendo a que el reclamo se efectuó una vez vencido el plazo de 10 días para revocar su consentimiento; lo que se tratará en el capítulo siguiente.

Por lo tanto, al no haber sido presentada dicha cuestión ante el juez en la instancia de grado, por lo dispuesto en el CPr., 277, este tribunal de alzada se encuentra inhibido de examinarla.

Independientemente que con tal norma sería suficiente para la desacreditación del presente agravio existen otros elementos por los que tampoco puede prosperar.

La actora en su escrito inaugural para acreditar la afectación a su derecho como consumidora, acompañó copia del título del motovehículo en donde se desprende que se inscribió en Registro de la Propiedad del Automotor la moto procedente de China, dominio..., con fecha 17/01/2014, modelo Mondal 085 LD 110 YT, de fecha de fabricación 2011 (fs. 16). Debe resaltarse que los números de motor y chasis de aquel título son coincidentes con los datos que figuran en la factura y remito emitidos por la concesionaria.

A su vez, la accionante acompañó una copia "parcial" de la información que contenía el aviso de venta de la moto en cuestión. Esto así porque, según la versión de las demandadas, no se incluyó en la reproduc-

Thomson Reuters

ción aportada el número de referencia que identifica a cada publicación en "Mercado Libre" (v. pericial informática, fs. 239) ni tampoco lo hizo respecto de la dirección específica que se asigna a cada uno de los recursos disponibles en la red con la finalidad de que éstos puedan ser localizados o identificados (es decir, el indicador URL, siglas que en español representan Localizador Uniforme de Recursos).

Sin perjuicio de ello, existieron medios concretos para que la codemandada haya podido localizar el anuncio que generó este litigio por haber sido la concesionaria quien la efectuó. Contar con dicho elemento ineludiblemente podría haber sido utilizado como evidencia concreta de la veracidad de la información allí volcada, que ahora intenta tergiversar.

Entre otros instrumentos, podría haber incorporado el correo electrónico que anoticia la concreción del negocio que el programa envía al suscriptor al consumar una transacción. En él se incluye un *link* en donde si uno pica se abren los datos de la operación. Nada de esto fue aportado por la concesionaria a la pericial en informática.

En esta situación, en que la actora cumplió —aunque con cierta deficiencia, según lo antes señalado— su carga probatoria para justificar el extremo en el que sustentó su pretensión, cobra relevancia la actitud de la contraparte sobre lo invocado en relación con el negocio en cuya virtud publicó la moto para venderla y a la prueba ofrecida y cumplida a ese fin; cupiendo al respecto recordar que, según la moderna doctrina procesal, en materia probatoria no existen reglas absolutas ni inamoviblemente rígidas; el principio de la carga probatoria dinámica impone la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones para concretarla, pues ambos litigantes están obligados a colaborar en el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva (CNCom., Sala C, "Ibarra Bustamante, Angélica M. c. BBVA Banco Francés", del 14/09/2007; idem. Sala B, "Banco de Galicia y Buenos Aires c. L. H., P. M. y otros", del 23/02/1999 y lo mismo por, esta Sala, "Biggest Bank SA c. Lopez Bellizzi, Mario Fernando", del 18/08/2010; entre muchos otros).

Por el carácter de proveedora en los términos del art. 2 de la LDC y el sistema de responsabilidad objetivo que le quepa (misma ley art. 40), incumbió entonces a la vendedora despejar cualquier duda sobre el año de fabricación que informó en su publicación acompañando copia fidedigna de aquella y, el hecho de haberlo omitido, a la luz de lo reglado por el CPr., 163 inc. 5 *in fine*, representa un elemento confirmatorio de la expresada prueba indiciaria de utilidad para formar mi convicción sobre la falta de coincidencia del año de fabricación de la moto con el que fue divulgado.

Consecuentemente, se verifica la ausencia de congruencia entre la oferta pública efectuada en la plataforma de ventas *on-line* de "Mercado Libre" y el objeto de la venta, por lo que el agravio examinado no podrá prosperar.

3.2. Revocación de la aceptación

Otra posición por la cual se defendió la concesionaria radicó en que el reclamo de la actora fue extemporáneo al haber vencido el plazo de 10 días que otorga la ley tutelar en su art. 34 al consumidor para revocar la aceptación al contrato de compraventa.

En efecto, está previsto —para este tipo de operaciones— que el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de 10 días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna.

Sin embargo, este argumento no podrá tener favorable acogida por la manera en que la actora direccionó su pretensión. La actora optó por aceptar otro producto y el objeto de su reclamo consistió en que se le reconozcan los perjuicios ocasionados (LDC, 10 bis:b). Además de otros rubros también pretendidos, solicitó la diferencia del precio entre lo que valía una moto con una antigüedad de dos años a la época de la transacción y lo que efectivamente pagó.

Por lo tanto, la actora al no aspirar a la resolución contractual resulta inatendible el planteo de la codemandada y en esas condiciones este agravio deberá ser desestimado, lo cual implica —según lo expuesto en el apartado 3.1— el rechazo íntegro de la apelación deducida por "Energroup".

3.3. Responsabilidad de "Mercado Libre"

La actora cuestionó el decisorio por haber juzgado absolver a la empresa que gestiona el portal electrónico en donde se publicó el aviso por el que adquirió la motocicleta a estrenar con dos años de antigüedad.

El argumento recursivo que trazó Vergara radicó en asignarle responsabilidad objetiva y solidaria a dicha comercializadora y no una de tipo subjetiva. Por eso arguyó que es inaplicable al caso el antecedente de la Sala D de esta Cámara, caratulado "Kosten, Esteban c. MercadoLibre SRL", citado en la sentencia. Esto así porque, según la actora, la operadora del mercado electrónico participó de la transacción de manera activa al promocionar la venta por medio de buscadores, ampliando las posibilidades de éxito y ayudando al vendedor a que se concrete la venta. Como prueba adicional de su actuación como intermediadora, indicó que se canalizó la cancelación del precio por me-

Thomson Reuters

dio de "Mercado Pago", mecanismo de pagos propiedad de "Mercado Libre".

Parto de la base de que los hechos simples e innegables no necesitan explicación (Sándor Márai, "La mujer justa"). En esta línea, resulta incuestionable la dimensión masiva que ha adquirido el *e-commerce* en los últimos años, como éste ha posibilitado expandir mercados y posibilitar a distintos proveedores un canal de venta directo a un sinnúmero de potenciales clientes.

En el presente caso, el *thema decidendum* convoca a resolver la responsabilidad que le quepa por un anuncio subido a la red con un dato incorrecto, en virtud del cual se generó un ilícito al haber posibilitado el engaño a un consumidor que adquirió un bien registrable modelo 2011 cuando se hizo público que era del 2013.

Ante la ausencia de una normativa específica para este tipo de negocios se impone indagar sobre los servicios que brinda la plataforma de ventas *on-line* a sus suscriptores y las vicisitudes que presentan cada una de ellas para luego subsumirla en algún tipo legal o convencional.

A tal efecto, corresponde diferenciar las dos modalidades de operaciones que proporciona:

(i) Una primera corresponde a la venta de objetos muebles no registrables (nuevos o usados) y servicios. Para este supuesto, el portal no identifica al vendedor sino una vez culminada la operación; es decir, cuando el interesado confirma la compra clicando en la opción "comprar".

En este rubro de contratos, el *click* implica la aceptación del acuerdo electrónico con un contenido predispuesto (Brizzio, Claudia R., "Contratación mediante *click-wraping*", RCyS 2000, 1024), siendo equiparable a la forma expresa de revelar y exteriorizar la voluntad de quien realiza la acción (Surijón, Nicolás: "El *click* como medio de aceptación y perfeccionamiento del consentimiento", IJ Editores, Rev. Arg. de Dcho. Comercial y de los Negocios, núm. 13, agosto 2015).

Además, la proveedora del servicio electrónico de ventas le cobra a los vendedores por esta prestación un porcentaje del precio una vez que se concreta, aunque da la posibilidad de que sea gratuita dependiendo de ello la cantidad de anuncios cargados a la plataforma y el nivel de exposición que le quiera aportar (pericial informática, fs. 240).

(ii) El segundo servicio de venta es el relativo a bienes muebles (nuevos o usados) o inmuebles registrables. La operatoria consiste en el alojamiento en su sitio *web* a las ofertas para comercializar autos, motos, inmuebles y demás bienes registrables en general.

Los datos de los oferentes están a disposición del interesado desde el inicio, no siendo necesario (ni posible) confirmar la venta por vía electrónica. No existe, pues, ningún tipo de comisión por la operación y el portal cobra por la publicación y su nivel de exposición, dando también la alternativa de hacerlo de forma gratuita (informe citado, fs. 139 vta.).

Sentado ello, cabe efectuar ciertas precisiones.

En la primera modalidad de negocios, la actividad de "Mercado Libre" se acerca más a un servicio de intermediación comercial en la que el portal actúa como canal de venta de la empresa proveedora. En cambio, en la segunda, la vinculación entre la dueña de la página *web* y los vendedores oferentes resulta completamente disímil: No hay comisión ni se participa en la venta, incluso le es indiferente si se concreta o no.

Por lo tanto, resulta diferente la responsabilidad que le quepa en un caso y en otro. La nota distintiva radica en la creación de un usuario y la obligatoriedad de confirmar la operación por ese medio. Es decir, si el programa requiere una registración obligatoria para operar en él y la manera de hacer efectiva la compra es por dicho portal. Por lo visto, en el supuesto aquí examinado, cualquier internauta puede acceder a la información de contacto del vendedor (así también como la data del objeto de la oferta) para que luego el interesado evalúe la conveniencia del negocio.

Es así, entonces, que los fundamentos del precedente de la colega Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (*in re,* "Claps, Enrique M. c. Mercado Libre SRL", del 05/10/2012), por los cuales se condenó solidariamente a "Mercado Libre", no pueden ser importados al presente. Esto, en tanto, se la juzgó a la codemandada como intermediaria necesaria de la compraventa de entradas para un espectáculo musical que habían sido robadas y, por intentar utilizarlas, los adquirentes de buena fe resultaron detenidos. El fundamento de dicha sentencia consistió —entre otras valoraciones— en la apariencia de legalidad que le imprimió dicha intermediación.

En cambio, coincido con lo juzgado en la sentencia recurrida en cuanto el presente es asimilable a lo resuelto por la Sala D de esta Cámara en "Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL", del 22/03/2018. En dicho antecedente se juzgó sobre la responsabilidad también de la codemandada en una operación de un automóvil que resultó ser una estafa para el comprador. Sustancialmente, determinó que la proveedora de la plataforma electrónica no participó activamente en

Thomson Reuters

el negocio y, por ende, le cupo una responsabilidad subjetiva.

Por su lado, Vergara cuestionó este argumento enfáticamente, sosteniendo que en su compraventa operaría una responsabilidad objetiva y solidaria entre los intervinientes en la cadena de comercialización por aplicación del sistema legal proconsumidor (art. 40).

Sentado esto, debe destacarse que no hay dudas sobre la relación de consumo que existió entre las partes y, como consecuencia de eso, las prestaciones tanto de "Energroup" como de "Mercado Libre" se debieron ajustar a lo establecido en el plexo normativo tutelar. Aun así, no se dio en el caso un supuesto que haga atribuible frente a "Mercado Libre" una responsabilidad solidaria por el incumplimiento incurrido, justamente por la concesionaria vendedora, a la norma que le impone el deber de proporcionar información cierta, clara y detallada, con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización (LDC, 4).

Esto encuentra razón en que el problema que originó la disputa surgió a partir de una publicación con un dato incorrecto atribuible exclusivamente a quien lo cargó. Entonces, deviene inaplicable al caso el régimen del art. 40 de la LDC, por no haberse configurado uno de los asuntos allí previstos: prestación de la garantía legal, un daño por el vicio o riesgo de la cosa.

En efecto, no puede responsabilizarse a la empresa de comercio electrónico por la inexactitud del aviso que publicó la vendedora, salvo que en el caso hubiese mediado también una conducta antijurídica que le sea imputable de forma específica. En otras palabras, haya intervenido de manera desaprensiva, culposa o negligente.

Ello así, porque —según lo ya señalado— la modalidad con que se efectuó la operación problemática permitía a los posibles interesados contactar directamente con el proveedor sin tener que concretar la compra para hacerlo.

En tal sentido, el portal de venta no participó en el negocio más allá de ofrecer un espacio en la *web* para que se suba la publicación. Por ende, resulta indiferente a los fines de desentrañar la cuestión si la codemandada ofrecía además un servicio de pago a través de "Mercado Pago" porque el inconveniente estuvo apartado de esta materia, circunscribiéndose pura y exclusivamente en la cuestión del modelo de la moto. De esta manera, podría haberse convenido la cancelación del precio por medio de una tarjeta de crédito emitida por un banco comercial y el resultado hubiera sido el mismo.

De ahí que no se advierte en el *sub lite* elemento alguno que permita asignarle a "Mercado Libre" un deber de control sobre cada uno de los avisos que se publican en su portal. De ser así, sería atribuirle una posición de garante de todas y cada una de las operaciones que efectúan en dicha plataforma cuando sus obligaciones se vinculan con la provisión de un espacio virtual a suscriptores que se registran para llevar a cabo ventas al público en general, para este tipo de prestación. Lo cual, no releva a la posible adquirente de efectuar las averiguaciones necesarias. En efecto, de la impresión de pantalla que trajo la actora para acreditar la publicación se extrae una leyenda que reza: "Consejos de seguridad antes de comprar: Comunícate con el vendedor, habla con tu contraparte, verifica personalmente la documentación del vehículo y su estado, ¡siempre!" (fs. 8).

Es que si no se verifica una conducta reprochable a la empresa de mercadeo como administradora del portal de comercio electrónico que sustente una condena en su contra, al no existir una subordinación entre aquélla y la concesionaria, responsable de la publicación, debe desestimarse la pretensión indemnizatoria por no haber solidaridad aplicable al caso.

No pasa inadvertido que la recurrente en su argumentación —recién al expresar agravios— además acusó a la página *web* de una "ignorancia premeditada" o "indiferencia imprudente" sobre las estafas que canalizan por ese medio. Esto es ni más ni menos que endilgarse un comportamiento culposo de "Mercado Libre" que habría facilitado el daño en contra de la accionante.

Dicha cuestión se aleja del planteo inicial que le atribuye a la codemandada exclusivamente una responsabilidad objetiva con base en lo dispuesto en la LDC, 40.

En tanto la demanda judicial conforma su objeto con la pretensión procesal, que consiste en una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación tuitiva del órgano jurisdiccional, es deber del juez sentenciar de conformidad con las pretensiones y defensas deducidas. Es decir, la decisión no puede apartarse de los términos en que ha quedado planteada la litis en la relación procesal (CNCom., Sala F, "González, Rubén D. c. Banco Credicoop Coop. Ltdo.", del 17/05/2011).

De tal manera, el Código ritual en el art. 34, inc. 4°, consagra como regla que los jueces deben de respetar el principio de congruencia. Esta idea fundamental que rige el proceso exige conformidad entre el contenido de la sentencia y el de la pretensión objeto de la demanda, lo que le impone al magistrado emitir pronunciamiento únicamente sobre los reclamos y opo-

Thomson Reuters

siciones formulados por las partes en sus respectivos escritos introductorios del proceso (Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, T. V, p. 429/31; CNCom., esta Sala, "Financial Assets SA c. Nisalco SA", del 11/04/2012).

Aquella directiva se corresponde con lo dispuesto por el CPr., 277, que prohíbe al tribunal de alzada examinar cuestiones no planteadas por las partes en su libelo ante el juez de grado; por lo que el planteo ahora direccionado de atribuirle a la empresa tecnológica codemandada un obrar culposo no puede ser tratado, si no se quiere afectar el derecho de defensa (Bacre, Aldo, "Teoría General del Proceso", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, T. III, p. 426).

Como primera conclusión puede sostenerse que no se puede atribuir responsabilidad a quien ofrece el espacio virtual para la venta de mercaderías por el incumplimiento de un proveedor respecto de la certeza de la información con que este consignó en los formularios, toda vez que no se advierte en el *sub examine* elemento convictivo que revele una actuación contraria a la normativa o a lo convenido; máxime cuando la propia página informa en la pantalla "Mercado Libre no vende este artículo y no participa en ninguna negociación, venta o perfeccionamiento de operaciones. Sólo se limita a la publicación de anuncios de sus usuarios" (v. aviso legal incluido en la impresión de pantalla aportado por la actora, fs. 8).

Otro argumento traído por la actora recurrente residió en que la empresa tecnológica participó de forma activa en la venta que produjo el daño porque habitualmente promociona ofertas publicadas en su portal en el buscador "Google", siendo esto notorio y no necesitando demostración adicional.

A lo que se lo debe refutar con fundamento en que el carácter de "publicación promocionada" en cuanto al aviso que originó "Energroup" y que derivó en la compra de la moto no fue acreditado en el tiempo oportuno. Merece agregarse que tampoco fue invocado en el escrito inaugural. Si bien resulta acertado lo expuesto por la accionante, sobre la publicidad que efectúa "Mercado Libre" de algunas ofertas plasmadas en su página web, no altera en nada el temperamento desarrollado previamente.

Esto encuentra razón en que el proveedor puede pactar con el portal de ventas un acuerdo para dar difusión a su producto y lograr así una mayor exposición para facilitar la venta. Pero esto, más allá que —reitero no fue probado que haya ocurrido con la publicación de autos— formaría parte de un acuerdo interno que no necesariamente implica la activación de una responsabilidad objetiva y solidaria frente al consumidor, si no se dan los presupuestos establecidos en el art. 40 citado anteriormente.

Por último, cabe reparar que tampoco el *sub lite* es un caso que merezca la aplicación del denominado in dubio pro consumidor (LDC, 3). En tanto, lo que aquí se resuelve no constituye un caso de incertidumbre sobre el alcance de los principios que establece la ley especial.

Por lo que cabrá desestimar la apelación de la demandante con efecto de confirmar la absolución a la propietaria del portal de ventas electrónicas.

3.4. Daño punitivo

La accionante se agravió, en segundo y último lugar, del decisorio por haber desestimado su pretensión de obtener una indemnización como daño punitivo.

Al respecto, cabe precisar que la figura aquí analizada ha tenido recepción en el derecho argentino en el art. 52 bis de la ley 24.240 (reformada por la ley 26.361), y lo constituyen aquellas sumas de dinero que los jueces condenan a pagar a quien ha incurrido en una grave inconducta que, a su vez, le ha aportado beneficios económicos (culpa lucrativa). Es decir, para la procedencia de este rubro deviene necesario que concurran dos requisitos: (i) que la conducta del dañador haya sido grave; y (ii) que dicho comportamiento hubiese importado beneficios económicos al responsable (CNCom., Sala A, "Emagny SA c. Got SRL y otro", del 09/11/2010; "Fasan, Alejandro c. Volkswagen SA de ahorro para fines determinados s/ ordinario", del 26/04/2011).

De ello se deriva su carácter excepcional, a tal punto que tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional que se ocupa del tema se ha recalcado que solo procede en casos de particular gravedad, calificados por dolo o culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o en supuestos excepcionales por un abuso de posición de poder particularmente cuando evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén y Pizarro, Ramón, "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2009, T. B, p. 949).

Ambos presupuestos se dan en el presente reclamo: resulta sustancial el error en la publicación del año de fabricación y ello pudo facilitar la venta, incluso a mejor precio por ser un modelo más moderno; con los consiguientes beneficios de la vendedora.

En esa inteligencia, se advierte que en el *sub lite* existió, además, un comportamiento desaprensivo de la concesionaria que justifica la admisión de este rubro

Thomson Reuters

en tanto no se hizo cargo del error, sin darle una respuesta favorable a reclamos del consumidor, lo que era su responsabilidad. Contrariamente, se empecinó en intentar liberarse de su deber como proveedora.

Sobre la base de lo aquí expresado, debe concluirse que, contrariamente con lo juzgado en la instancia de grado, procede la multa civil peticionada. Por consiguiente, se estimará en este punto el recurso de la actora.

En cuanto a su cuantía, el monto total reclamado de $40.000 se aprecia razonable y se justifica por la inexactitud en la publicación sobre un dato significativo del objeto y el comportamiento desaprensivo de la codemandada de desoír el reclamo dirigido a sustituir el modelo adquirido por Vergara (carta documento, fs. 9).

Se deja aclarado que dicho importe ha sido expresado en valores actuales, razón por la cual no corresponde adicionar intereses.

IV. En cuanto a las costas de esta Alzada, por el recurso malogrado de la concesionaria corresponderá fijarlas a su cargo (CPr., 68 1° párr.).

En lo relativo a la apelación de la actora, en lo que respecta a "Energroup", las accesorias serán a cargo de esta codemandada por ser vencida (misma norma del ritual) y, frente a "Mercadolibre" serán en el orden causado, como excepción a dicho principio general.

Esto último, porque la actora dirigió su acción contra la página de internet con fundamento en una interpretación de la redacción del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor que pudo haberle hecho creer razonablemente que podía demandar con éxito, pese a que el resultado finalmente le haya sido adverso.

V. A la luz de todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: (a) estimar parcialmente la apelación de Graciela Rosa Vergara con el efecto de reconocerle a su favor una indemnización por daño punitivo por la suma de pesos cuarenta mil ($40.000); (b) rechazar el recurso interpuesto por Energroup SA; (c) confirmar el decisorio en todo lo demás que haya sido materia de agravios; (d) fijar las costas de Alzada de conformidad con lo indicado en el punto IV que precede; y (e) encomendar a la magistrada a cargo del juzgado de grado disponer lo pertinente en orden a la adecuada integración de la tasa de justicia.

Así voto.

El doctor *Monclá* dijo:

Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido.

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: (a) estimar parcialmente la apelación de Graciela Rosa Vergara con el efecto de reconocerle a su favor una indemnización por daño punitivo por la suma de pesos cuarenta mil ($40.000); (b) rechazar el recurso interpuesto por Energroup SA; (c) confirmar el decisorio en todo lo demás que haya sido materia de agravios; (d) fijar las costas de Alzada de conformidad con lo indicado en el punto IV que precede; y (e) encomendar a la magistrada a cargo del juzgado de grado disponer lo pertinente en orden a la adecuada integración de la tasa de justicia. Notifíquese a las partes al domicilio electrónico o, en su caso, en los términos del CPr. 133 y la Acordada CSJN 3/2015, pto. 10. Comuníquese (cfr. Acordada CSJN N° 15/13). — *Hernán Monclá. — Miguel F. Bargalló.*

DAÑOS POR DERRUMBE DE PUENTE PEATONAL

Caída de una persona por el desmoronamiento del piso de un puente. Encargo de colocar cartelería proselitista. Responsabilidad de la concesionaria y de la municipalidad. Obligaciones concurrentes.

La empresa concesionaria y la municipalidad codemandadas deben responder por los daños sufridos por una persona que cayó sobre una autopista por el desmoronamiento del piso de un puente, al que había subido a fin de colocar cartelería proselitista por encargo del municipio, pues la primera responde en su carácter de explotadora y guardiana, por falta de mantenimiento del lugar, y la segunda en función de la obligación de reparar los infortunios laborales ocurridos a sus empleados.

CNCiv., sala I, 12/06/2020. - Velardez, Darío Rubén c. Coordinación Ecológica Área Metropolitana S. del Estado s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/18802/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, junio 12 de 2020.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Sobre la cuestión propuesta la doctora *Guisado* dijo:

I. La sentencia dictada a fs. 1094/1134 hizo lugar a la demanda promovida por Darío Rubén Velardez contra Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE), a quien condenó a abonarle la suma de Pesos Un Millón Novecientos Treinta Mil ($1.930.000) con más las costas del juicio y los intereses, pronunciamiento que hizo extensivo

Thomson Reuters

a "Provincia Seguros SA" y a la Municipalidad de San Miguel, con los solidarios alcances impuestos.

Contra dicho decisorio se alzaron la totalidad de las partes. La actora, lo hizo con sustento en los fundamentos expuestos a fs. 1194/1197, la demandada CEAMSE en virtud de los argumentos brindados a fs. 1187/1192, su aseguradora hizo lo propio a fs. 1199/1202 y la comuna citada en juicio en calidad de tercero expresó agravios a fs. 1176/1185. Solo la parte demandada contestó los memoriales presentados por la accionante y el municipio a fs. 1209/1214 y fs. 1204/1207, respectivamente, mientras que los restantes no ameritaron respuesta alguna.

De acuerdo al relato que surge del escrito postulatorio, el hecho que aquí se debate sucedió el 15 de septiembre de 2014 a las 13:30 hs. aproximadamente, cuando el actor cruzaba a pie el puente peatonal que se extiende sobre el Camino Parque del Buen Ayre en la provincia de Buenos Aires, ubicado entre las columnas N° 340 y 341, a exactamente once columnas del alumbrado antes de la salida de la calle Gorriti, que es explotado por la empresa demandada. Según se explicó allí, mientras se encontraba a la altura de lo que sería la mitad de la mano de la autopista que va desde Panamericana hacia Ituzaingó, dos de las placas de cemento que constituían el piso del puente sobre el que caminaba el Sr. Velardez cedieron de manera abrupta y se desmoronaron, ocasionando que el actor cayese desde unos 6 o 7 metros hasta la calzada sin poder atinar a la menor reacción que le permita asirse, por lo que terminó tendido en la mitad de la autopista seriamente lesionado, motivo del reclamo aquí incoado.

La jueza de grado, realizó un serio, exhaustivo y minucioso análisis de la prueba que se colectó en la causa penal y, sobre todo, de la recabada en estas actuaciones. Así, con particular consideración de la declaración del testigo presencial del hecho, de las fotografías obrantes en el proceso labrado en sede represiva, como así también de las pericias en ingeniería y accidentología agregadas en estos autos, entendió que se encontraba acreditado que el día ya aludido el actor ascendió con aquél testigo al puente peatonal a instancias del personal de la Municipalidad de San Miguel a fin de colocar cartelería proselitista en su parte central, la que quedó exhibida desde el interior del enrejado del puente que se encontraba cubierto de un mallado metálico de protección, sin contar Velardez con alguna medida de seguridad que lo protegiera para llevar adelante dicha tarea.

Asimismo, consideró que también se probó en autos que, en esas circunstancias, cedieron las baldosas del piso debido al estado de deterioro y falta de mantenimiento del puente que aquí se debate.

En virtud de ello, dado que aquél perdió su carácter inocuo como cosa inerte y se transformó en un elemento peligroso, tornando aplicable en la especie el art. 1113 segunda parte del Cód. Civil, por lo que al no haber acreditado la demandada la fractura del nexo causal invocada, hizo lugar al reclamo en su contra.

Por otro lado, entendió que en el marco de la relación laboral, la comuna le encomendó al actor subirse al puente sin cerciorarse de las condiciones en las que se encontraba ni brindarle ningún elemento de protección, exponiéndolo a un riesgo en contravención al régimen legal vigente en la materia. Concluyó que de ese modo el municipio generó ciertas condiciones que unidas a otras, provocaron el resultado dañoso. En ese piso de marcha, por tratarse de un infortunio laboral también encuadró la responsabilidad en el art. 1113 del Cód. Civil y dado que en este sentido tampoco se acreditó ninguna de las eximentes previstas en la citada norma, también la consideró responsable por el accidente.

En suma, la sentencia en crisis condenó al CEAMSE en su condición de explotadora y guardiana del Camino del Buen Ayre y al municipio citado en calidad de tercero dado su carácter de empleador, de conformidad con lo previsto por el art. 96 del Código Procesal, quienes deben responder en virtud de la concurrencia de responsabilidades atribuidas y solidariamente por las consecuencias dañosas, de conformidad con las disposiciones previstas en el art. 850 y concordantes del Cód. Civ. y Comercial.

La parte actora pone en tela de juicio las sumas adjudicadas por considerarlas reducidas. Por su parte, la demandada cuestiona la tasa de interés aplicada. Por otro lado, el municipio objetó la responsabilidad concurrente que se le adjudicó y la cuantificación de los rubros. Por último, la citada en garantía, al margen de compartir el reproche respecto a la responsabilidad y los montos otorgados —aunque por distintos fundamentos—, añade su crítica dirigida a que no se haya establecido que responde en los términos del seguro pactado, objeta el cómputo de los intereses y se queja por la falta de aplicación del límite en materia de costas que se encuentra previsto legalmente.

II. Ante todo cabe destacar que por imperio del art. 7 del nuevo Código, la normativa aplicable para el tratamiento de las quejas relativas a la responsabilidad resulta aquella vigente al tiempo de la ocurrencia del hecho. Ello es así porque es en esa ocasión en la que se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil, discutidos en esta instancia (conf. Aída Kemelmajer de Carlucci, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", ed. Rubinzal Culzoni, doctrina y jurisprudencia allí citada).

Thomson Reuters

III. Por una cuestión metodológica, abordaré en primer lugar las críticas que el tercero citado dirige a cuestionar lo decidido en materia de responsabilidad. Luego de ello, me dedicaré a analizar las quejas expuestas por la citada en garantía sobre el mismo tópico y, en función de lo que decida al respecto, resultará necesario culminar con el tratamiento sobre el reproche de la aseguradora relativo al modo en que se dispuso la extensión de la condena, aspecto que también formará parte de este acápite.

La Municipalidad de San Miguel cuestiona que la *a quo*, por un lado, haya descartado la responsabilidad por el hecho que le adjudicó la demandada y que, al mismo tiempo, la condene. Entiende que esa decisión deriva en un enriquecimiento injustificado a favor de la empresa accionada, que es la única y verdadera responsable del accidente.

Considera que en autos no se invocó ni se acreditó su violación al deber de seguridad o falta alguna, de manera que no es dable encuadrar su responsabilidad del modo en que se hizo. Concluye su primer agravio afirmando que ninguna incidencia hubiera tenido que el actor se hubiera desplazado sobre el puente para realizar una tarea encomendada por ella o por cualquier otro motivo, ya que el resultado hubiera sido el mismo. Argumenta, que la causa del hecho fue el total y absoluto estado de abandono del puente. También se asienta en su calidad de tercero citado al proceso para construir a partir de ello el rechazo de la condena en su contra, en la comprensión de que la vicisitud procesal por la que fue convocada carece de sentido en virtud de la manera en que sucedieron los hechos, dado que no se trata de una controversia común.

Por otro lado, afirma que no se encuentra determinado que el actor estuviera llevando adelante una actividad sobre el puente dentro del marco de la relación laboral.

Parece necesario comenzar por efectuar algunas precisiones conceptuales, ya que la principal argumentación de la quejosa se asienta, en definitiva, sobre la imposibilidad de condenarla de modo conjunto con la empresa concesionaria, sin advertir que ello encuentra sentido en el tipo de obligación de que se trata. Así, tal como explicó la jueza, tanto uno como otro sujeto deben responder aquí de modo concurrente. Se trata, en la especie, de obligaciones que tienen un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y de deudor (Llambías, Jorge J. - Raffo Benegas, Patricio J. (Actualizador), "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Tomo II-A 2005, p. 330).

En ese marco de consideración, en el caso de la empresa concesionaria, ésta responde en su carácter de explotadora y guardiana del Camino Parque del Buen Ayre, por la falta de mantenimiento del puente, y de conformidad con lo previsto por el art. 1113, segunda parte del Cód. Civil. En cambio la recurrente lo hace con base en la misma norma, pero en función de la obligación de reparar los infortunios laborales ocurridos a sus empleados. Puede así apreciarse con claridad que se trata de obligaciones que aunque reconozcan mismo acreedor (la víctima) e idéntico objeto (en este caso la indemnización por los daños causados, ante la imposibilidad de volver las cosas a su estado anterior), refieren deudores diferentes obedeciendo su obligación de responder a causas de distinta naturaleza. Queda así demostrado que nos encontramos ante un tipo de obligaciones como las que se viene desarrollando.

Así, pese a la falta de vinculación entre los responsables, argumento que se utiliza para fundar la crítica, es tal circunstancia precisamente (la inexistencia de conexión entre los deudores) una de las características definitorias de las obligaciones concurrentes. Por los argumentos expuestos entiendo que no existe óbice alguno para que la condena prospere contra ambos, del modo en que lo decidió la colega de grado. Ello, más allá de la manera en que deben responder por las consecuencias dañosas frente a la víctima, esto es, solidariamente tal como expresó la jueza, cuestión que no ha sido cuestionada.

Dadas las características de este tipo de vínculos obligacionales con pluralidad de deudores y el modo en que se desarrolló el evento, tal como detalladamente se explica en la sentencia conforme a un minucioso análisis de la prueba colectada, el argumento de la ausencia de controversia común del que pretende valerse resulta una afirmación dogmática, carente de incidencia jurídica. Véase que, además, no descarta en sus agravios que la solución propiciada por la sentenciante sea aplicable al caso, entre otras que trae a colación (ver en particular lo que sostiene respecto al llamamiento coactivo a fs. 1182), sin justificar la razón de que su interpretación resulta más valiosa que la efectuada por la colega de grado.

Demás está decir que el encuadre de la responsabilidad del municipio encuentra respaldo en que se haya debidamente acreditado que al momento del hecho el actor estaba desempeñando tareas encomendadas por agentes del mismo. Nótese que de acuerdo a los dichos del testigo P., éste resultó recogido por un encargado de delegación de la comuna para colocar cartelería en el puente y que el accionante ya se encontraba en la camioneta que los trasladó a ambos al lugar (cfr. fs. 1088/1089). Esto resulta compatible con lo que el deponente le manifestó al perso-

Thomson Reuters

nal policial que arribó al lugar de los hechos de modo inmediato a su ocurrencia (ver fs. 1 de la causa penal). Por lo demás, es el propio apelante quien en otra parte de su memorial reconoce que se trata de un accidente laboral (ver fs. fs. 1182 vta., segundo párrafo).

En ese contexto, no puede olvidarse que su responsabilidad deriva de no haberse cerciorado del estado del puente peatonal al momento de encomendarle esa tarea y/o, por lo menos, asegurarle la provisión de los elementos de seguridad necesarios para la realización de la tarea. Ninguna prueba produjo para rebatir ese extremo. Es precisamente por este motivo que, aunque pretenda lo contrario, el caso bajo análisis genera consecuencias jurídicas a su parte, absolutamente distintas a si el infortunio le hubiera ocurrido a un transeúnte que no mantuviera una relación laboral con la misma. Reitero, se encuentra obligado a responder, precisamente por ello, de allí que en definitiva toda la argumentación que pretende hacer valer con relación a la naturaleza de la citación del tercero además que resulta extemporánea, pierde sustento al encontrarse diferenciadas pero bien conectadas las diferentes fuentes obligacionales en virtud de las cuales se disponen sus respectivas condenas.

Descartado ese agravio, me dedicaré al estudio de las críticas de la citada en garantía, quien cuestiona que la jueza haya rechazado los extremos invocados por la demandada en su contestación para desligarse de responsabilidad, los que según su criterio, se encuentran debidamente probados.

Pues bien, estos reproches no correrán mejor suerte que los del tercero citado. Por comenzar, no puede dejar de señalarse que en la sentencia no se encuadró la responsabilidad de la concesionaria como una obligación de seguridad tal como entiende el apelante, y en virtud de lo cual trae a colación doctrina y jurisprudencia que no es pertinente.

Resulta claro que la jueza subsumió jurídicamente la responsabilidad de la demandada CEAMSE en lo previsto por el art. 1113 segundo párrafo del Cód. Civil, por encontrarse debidamente probada la falta de mantenimiento del puente que hizo que esa cosa inerte se convirtiera en riesgosa. En ese marco de consideración, la prueba de la fractura del nexo causal se encontraba a cargo de la accionada, o bien de su aseguradora y no puede sino concluirse como se hizo en la sentencia, que ello no fue logrado.

Es que aun cuando pretenda insistir con la culpa de la víctima por haber accedido al puente peatonal cuando ello se encontraba prohibido, lo cierto es que las probanzas reunidas indican que, por el contrario, no se tomaron las medidas de prevención para impedir su acceso. Debe señalarse en este sentido cuatro elementos que resultan contundentes para arribar a esa conclusión. Primero, que no se cuenta con la fecha en que fueron tomadas las fotografías agregadas a fs. 24/33, que muestran que el acceso al puente se encuentra clausurado —además, fueron acompañadas por el propio actor— y las adjuntadas con las pericias que dan cuenta de la misma situación, también fueron tomadas por los expertos al momento de realizar sus trabajos (cfr. fs. 563/575 y 705). En segundo lugar, tal como señala la *a quo* el personal de prevención que acudió al lugar de los hechos no hizo mención alguna de tales elementos al momento de elaborar el acta (ver fs. 1 de la causa penal, ni se ve en las fotografías ilustrativas de fs. 3/4). Además, parece difícil que el puente se encontrara cerrado al público, cuando el jefe de mantenimiento de la demandada que declaró en autos, dijo no tener conocimiento de que tuviera desperfecto alguno; todo lo contrario, dijo que el puente estaba habilitado (ver fs. 623). Pero si ello no fuera suficiente, la declaración del testigo P. resulta determinante, ya que no sólo manifestó que no existían carteles que indicaran la prohibición de su uso, sino que explicó que al momento en que el actor se cayó, otra persona que no conocía estaba transitando por el mismo puente. Todo ello sella la suerte adversa de su planteo recursivo.

Finalmente, en cuanto al cuestionamiento de la aseguradora por haberse omitido determinar en la parte resolutiva de la sentencia que responde en la medida de la póliza, de conformidad con lo previsto por el art. 118 de la ley 17.418, señalo en primer lugar que la misma fue agregada al momento de contestar la citación y que el traslado mediante cédula que se le corrió a la parte actora sobre esa documental (cfr. fs. 135, quinto párrafo y cfr. 157), no mereció ninguna consideración.

Asimismo, tal como menciona la propia recurrente, la *a quo* determinó en el considerando IX, último párrafo, que la condena se hiciera extensiva a "Provincia Seguros SA" en virtud del contrato que celebró con la demandada CEAMSE, conf. arg. art. 118 de la ley 17.418. Por ello, la falta de mención de dicho extremo en la parte resolutiva se trató de una simple omisión, que se suplirá en este pronunciamiento, pues se deduce que de tal forma fue extendida la condena.

IV. Sentado ello, con relación al escrito de expresión de agravios de la parte actora y a las quejas introducidas tanto por la aseguradora como por el tercero citado, relativas a cuestionar el quantum indemnizatorio, cabe recordar que la expresión de agravios es un acto de impugnación destinado específicamente a criticar la sentencia recurrida, con el fin de obtener su revocación o modificación parcial por el tribunal (conf. Art. 265 del ritual), pues tiene la trascendencia de una demanda destinada a abrir la segunda instancia, al pun-

Thomson Reuters

to tal que sin expresión de agravios aquélla se halla imposibilitada de entrar a verificar la justicia o injusticia del acto apelado (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial comentado", T. I, p. 939).

Por el ello el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que incumbe al apelante de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, constituyendo una crítica razonada que no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implique el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas. La ausencia de dichos requisitos trae aparejada la deserción del recurso en cuestión (conf. Art. 266 del mismo cuerpo legal).

Desde esta perspectiva entiendo que los agravios aludidos no cumplen acabadamente con dichas prerrogativas pues no constituyen una crítica concreta y razonada que permita evaluar la sinrazón de la decisión adoptada por la Sra. Magistrada.

Véase que las quejas de la parte actora no traslucen más que una mera disconformidad con el monto atribuido por entender que resulta reducido, pero no aporta ningún argumento concreto que permita concluir que la decisión deba ser modificada más allá de su firme convencimiento de que el importe resulta insuficiente e injusto, limitándose a resumir los hallazgos de las pericias médica y psicológica, que fueron objeto de debido tratamiento y ponderación por la sentenciante.

Por lo demás, la suma adjudicada en concepto de "gastos" no aparece reducida tan pronto como se aprecie que a raíz del hecho de autos el accionante contó con las prestaciones en especie brindadas por su ART, de las que con claridad dan cuenta los informes obrantes a fs. 377/463 y fs. 464/549.

Las críticas que la aseguradora esboza en la especie tampoco pueden ser consideradas un agravio en sentido técnico. En este aspecto, parece difícil sostener con algún grado de razonabilidad que en el caso no se haya producido una disminución ni en la faz laboral, ni en la vida de relación o personal del actor, tal como afirma la recurrente, dada la naturaleza del accidente que aquí se debate y las secuelas informadas por la médica y la psicóloga. La simple remisión a la impugnación de esos dictámenes tampoco podría lograr revertir lo decidido, ya que la apelante no hizo al menos el intento de explicar por qué habría errado la jueza al resolver con sustento en la eficacia científica de las pericias aludidas o insistir de modo claro en cómo fueron desatendidas sus aprensiones a los resultados de aquéllos informes.

En relación al cuestionamiento por la concesión del daño moral ante la falta de su prueba, tampoco parece atender allí la citada en garantía, que es reiterada la doctrina y jurisprudencia que establece que para su determinación no se requiere prueba de su entidad, pues se lo tiene por acreditado con la sola comisión del acto antijurídico, vale decir, que se trata de una prueba *in re ipsa*, que surge de los hechos mismos (conf. esta Sala en causas N° 35.064/06 del 27/08/2013 y N° 109.053/00 del 15/04/2014 entre otras).

Finalmente, sostiene que se fijó en concepto de gastos la suma de $15.000, cuando por ese acápite la jueza otorgó $5.000, lo que me exime de mayores consideraciones, por cuanto traduce una apresurada lectura del pronunciamiento que viene a objetar.

Tampoco cumplen los recaudos referidos los reproches de la comuna, ya que sólo se tratan de genéricas referencias a lo necesario que resulta evitar que este tipo de procesos se transformen en una fuente de enriquecimiento indebido a favor de la víctima. Asimismo, la simple alusión a la falta de parámetros para fijar el quantum por incapacidad sobreviniente, tampoco puede considerarse un agravio, si ni siquiera propone en base a qué pauta alternativa se podría arribar a un resultado distinto, ni tampoco por qué la suma adjudicada implicaría en este caso colocar al damnificado en una mejor posición de la que gozaba con anterioridad, tal como postula.

Por último, cuestiona la autonomía del "daño psicológico" cuando éste ítem fue tratado por la jueza de grado de modo conjunto con las secuelas físicas bajo el concepto de "incapacidad sobreviniente" —más allá de haber otorgado una suma separada para atender al tratamiento psicológico—, de modo que su objeción traduce —también en su caso— una desatenta lectura de lo decidido, que la deja ausente de fundamento.

Por ello, propongo al Acuerdo declarar con este alcance la deserción de la totalidad de los agravios aludidos

V. La colega que intervino en la instancia anterior dispuso que las sumas adjudicadas devenguen intereses de conformidad con la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina, conforme sentencia plenaria de la Excma. Cámara del fuero recaída en autos "Samudio de Martínez, L. c. Tte. Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" desde la fecha del hecho y hasta el cumplimiento de la sentencia.

La parte demandada cuestiona que se haya fijado esa tasa al tiempo que se establecieron los montos indemnizatorios a valores correspondientes a la fecha

Thomson Reuters

del pronunciamiento, lo que constituye una vulneración inconstitucional de la prohibición de indexar prevista por la ley 25.561. Sostiene que desde la fecha del hecho y hasta el dictado de la sentencia debe fijarse una tasa pura anual de entre el 6% y el 8%.

Por su lado, la aseguradora cuestiona lo decidido ya que entiende que al haberse fijado los montos a valores actuales, el cómputo de los intereses del modo establecido constituye un enriquecimiento sin causa. Por ello, requiere que la tasa activa se fije sólo a partir del eventual incurrimiento en mora por el pago de las sumas dispuestas en la sentencia. Por el período comprendido entre el hecho y hasta aquél momento, peticiona que se aplique la tasa pasiva del Banco Central.

Sin perjuicio de señalar que contrariamente a lo que sostiene la parte demandada a fs. 1188 vta., primer párrafo, la ley 27.500 dispone nuevamente la obligatoriedad de la interpretación de la ley establecida en la una sentencia plenaria (art. 303 del Código Procesal), es criterio de esta Sala (cfr. "Aguirre Lourdes Antonia c. Transporte Automotores Lanús Este SA s/ daños y perjuicios" del 17 de marzo de 2009 y sus citas; "Martínez, Eladio F. c. Díaz, Hernán R. s/ daños y perjuicios" del 15 de marzo del año 2013, entre otros), que desde la mora y hasta el pronunciamiento apelado se fije la tasa del 8% anual, como tasa pura dado que resulta suficientemente compensatoria pues se está ante una deuda de valor cuya entidad se fijó a valores correspondientes a la fecha del dictado de la sentencia, tal como expresamente expuso la magistrada de grado a fs. 1133, punto XI, primer párrafo, y a partir de allí y hasta el efectivo pago, a la tasa activa según el criterio mayoritario sentado en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios". Con este alcance, corresponde admitir las quejas de las recurrentes.

VI. La aseguradora se agravia de la imposición de costas. Sostiene que debió aplicarse en autos lo dispuesto por el art. 505 del Cód. Civil, tal como oportunamente solicitó.

La jueza de grado difirió el tratamiento de ese planteo para el momento que exista sentencia firme (cfr. punto III, primer párrafo de la parte resolutiva de la sentencia —ver fs. 1133 vta.—) y es en esa oportunidad en que deberá introducirse el pedido en la instancia de grado, ya que se trata de una cuestión que debe resolverse en la etapa de ejecución de sentencia, una vez que el interesado efectúe el prorrateo pertinente.

Por lo expuesto voto porque: 1) se modifique la tasa de interés de conformidad con lo establecido en el considerando respectivo, 2) se aclare que la condena será extensiva a "Provincia Seguros SA", en los términos pactados en la póliza, de conformidad con lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418 tal como surge del considerando pertinente, 3) se confirme la sentencia en todo lo demás que fue motivo de no atendibles quejas y 4) se impongan las costas de alzada en el orden causado, ante el resultado obtenido y teniendo en consideración que en orden a los distintos criterios que aplica la Cámara Civil en materia de intereses, no es dable considerar a la demandada y su aseguradora como vencedoras en este aspecto.

El doctor *Rodríguez* adhirió por las mismas razones y fundamentos.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. Modificar la tasa de interés de conformidad con lo establecido en el considerando respectivo. II. Aclarar que la condena será extensiva a "Provincia Seguros SA", en los términos pactados en la póliza, de conformidad con lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17.418 tal como surge del considerando pertinente. III. Se confirme la sentencia en todo lo demás que fue motivo de no atendibles quejas. IV. Imponer las costas de alzada en el orden causado, ante el resultado obtenido y teniendo en consideración que en orden a los distintos criterios que aplica la Cámara Civil en materia de intereses, no es dable considerar a la demandada y su aseguradora como vencedoras en este aspecto y V. De conformidad con lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal y el art. 30 de la ley 27.423, se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia. Liminarmente, corresponde señalar que este colegiado ya ha tenido oportunidad de exponer —por mayoría— los argumentos que sostienen la aplicación de la nueva norma arancelaria a todos los asuntos en que no hubiera regulación de honorarios al tiempo de la modificación legislativa (conf. esta Sala, "Díaz Galaxia, Jésica y otro c. Coria, Sebastián E. y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 46276/2013, del 04/04/2018). De manera tal que se procederá conforme las disposiciones de la ley 27.423. Dicho ello, se debe ponderar la labor profesional desarrollada conforme su calidad, eficacia y extensión, la naturaleza del asunto, el monto comprometido, las etapas cumplidas, el resultado obtenido y las demás pautas establecidas en los arts. 1, 16, 20, 21, 22, 24, 29 y concordantes de la ley de arancel 27.423. Bajo tales premisas, se regulan los emolumentos del letrado apoderado de la parte actora, Dr. Jorge Luis Antonio Rampoldi, en la cantidad de ... UMA, que al día de la fecha representa la suma de $ ... Asimismo, se regulan los estipendios de los abogados apoderados de la codemandada CEAMSE, Dres. Daiana Mariel Saiz y Diego Ricardo Reyes, respectivamente, en las cantidades de ... y ... UMA, que al día de la fecha representan las sumas de $ ... y $ ... También se determinan los emolumentos de los letrados apoderados de la codemandada Municipalidad de San Miguel, Dres. Evangelina Teruel y Ernesto Tuffanelli, respectiva-

Thomson Reuters

mente, en las cantidades de ... y ... UMA, que al día de la fecha representan las sumas de $ ... y $ ... Finalmente, se regulan los honorarios del abogado apoderado de la citada en garantía, Dr. Arturo Pablo Constancio Pérez Alisedo, en la cantidad de ... UMA, que al día de la fecha representa la suma de $ ... En cuanto a los expertos, al considerar los trabajos efectuados y las pautas de la ley de arancel precedentemente citada junto con el art. 478 del Código Procesal, se regulan los honorarios de la perito médica, Dra. Luciana Cobo, por su informe de fs. 1014/1019 —y sus restantes presentaciones; los de la perito contadora, Dra. Marta Beatriz Lier, por su informe de fs. 651/661 —y sus restantes presentaciones; los de la perito psicóloga, Lic. Carolina Echague, por su informe de fs. 944/955 —y sus restantes presentaciones; los de la perito en accidentología, Ing. Claudia Verónica Venturi, por su informe de fs. 707/718 —y sus restantes presentaciones; y los de la perito Ing. Civil Mónica Picollo, por su informe de fs. 563/575 —y sus restantes presentaciones; para cada uno de ellos, en la cantidad de ... UMA, que al día de la fecha representa la suma de $ ... Teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 2536/15 y lo dispuesto en el art. 2°) del anexo III) del Decreto 1467/11, se fijan los honorarios de la mediadora Dra. Jorgelina Narváez, en la cantidad de ... UHOM, que al día de la fecha representa la suma de $ ... Por la actuación en segunda instancia, atento el interés debatido en ella y las pautas del art. 30 de la ley 27.423, regúlense los honorarios del Dr. Jorge Luis Antonio Rampoldi en la cantidad de ... UMA, que al día de la fecha representa la suma de $ ...; los de la Dra. Daiana Mariel Saiz en la cantidad de ... UMA, que al día de la fecha representa la suma de $ ...; los de la Dra. Evangelina Teruel en la cantidad de 78 UMA, que al día de la fecha representa la suma de $ ... y los del Dr. Arturo Pablo Constancio Pérez Alisedo en la cantidad de ... UMA, que al día de la fecha representa la suma de $ ... El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Además, este pronunciamiento se dicta sobre la base de la habilitación de feria ya decidida en la causa con fundamento en los términos de la acordada 14/2020 del máximo tribunal y de las resoluciones 393/2020 y 454/2020 del Tribunal de Superintendencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, todas vinculadas a la realización de actos procesales pendientes para procurar la descongestión de los tribunales y facilitar el trabajo remoto por parte de los profesionales que intervienen en las causas. Por lo tanto, se deja expresamente aclarado que serán realizadas las notificaciones pertinentes del fallo y tras ello subsiste la suspensión de plazos procesales dispuesta mientras rija la feria extraordinaria. La doctora Patricia E. Castro no interviene por hallarse en uso de licencia (conf. art. 23 del Régimen de Licencias). Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. Se hace constar que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el artículo 164, 2° párrafo del Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.*

FALLECIMIENTO POR CAÍDA DE MONTACARGAS

Hecho previsible y evitable. Obligación de seguridad. Indemnización del valor vida. Rechazo. Contrato de seguro. Delimitación del riesgo.

1. — El fallecimiento de la residente de un geriátrico no fue un hecho imprevisible e inevitable que configure un caso fortuito, porque la muerte se debió a la caída de un montacargas en donde era trasladada, que estaba prohibido por los bomberos para trasladar personas y que, además, se encontraba —según prueba testimonial— en condiciones deplorables.

2. — En los contratos de prestación de servicios geriátricos, pesa sobre el deudor la obligación de seguridad, compeliéndolo a adoptar las precauciones necesarias a fin de evitar daños a los residentes. En los contratos de prestación de servicios geriátricos, pesa sobre el deudor la obligación de seguridad, compeliéndolo a adoptar las precauciones necesarias a fin de evitar daños a los residentes **[1]**.

3. — Los médicos responden en forma solidaria al titular del establecimiento geriátrico, en cuestiones de índole médico-administrativas, pero no en cuestiones edilicias, o en las formas de traslado.

4. — Aun cuando la madre del titular de la residencia geriátrica cumpliera tareas de apoyo y organizativas en el establecimiento de su hijo, supliendo en los hechos la falta de su presencia, esa colaboración no la convierte en jurídicamente responsable de la muerte de una residente, provocado por cuestiones de infraestructura edilicia.

5. — Teniendo en cuenta la ancianidad de la occisa, sus condiciones de escasa movilidad y fundamentalmente el hecho de estar internada en un geriátrico, con la erogación que ello generaba a sus hijos, o sea imposibilitada de

Thomson Reuters

prestar cualquier ayuda monetaria o de otra índole, no puede decirse que desde el punto de vista económico su anticipado deceso hubiese provocado una merma patrimonial a sus hijos, independientemente de la repercusión disvaliosa que la misma aparejó desde el ángulo afectivo-emocional. Teniendo en cuenta la ancianidad de la occisa, sus condiciones de escasa movilidad y fundamentalmente el hecho de estar internada en un geriátrico, con la erogación que ello generaba a sus hijos, o sea imposibilitada de prestar cualquier ayuda monetaria o de otra índole, no puede decirse que desde el punto de vista económico su anticipado deceso hubiese provocado una merma patrimonial a sus hijos, independientemente de la repercusión disvaliosa que la misma aparejó desde el ángulo afectivo emocional.

6. — Siendo que en las condiciones de la póliza los riesgos generados por ascensores o montacargas no están asegurados, la admisión de la defensa es correcta. Siendo que en las condiciones de la póliza los riesgos generados por ascensores o montacargas no están asegurados, la admisión de la defensa es correcta.

7. — No puede plantearse que una cláusula de exclusión es abusiva, porque la cláusula abusiva es la que borra en la práctica o en su letra o en su interpretación, la obligación asumida. La delimitación del riesgo, por ser objeto del contrato, jamás puede ser considerada una cláusula abusiva ya que son las partes quienes acuerdan la materia sobre la que se contrata.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Fallecimiento de residente en una institución geriátrica.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 85 años.

Observaciones: Los reclamantes son los hijos de la víctima.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $210.000 para cada uno de los hijos.

CCiv. y Com., Junín, 02/06/2020. - V., R. A. y otro/a c. G., C. y otro/a s/ daños y perjuicios extracontractual (Exc. Autom./Estado).

[Cita on line: AR/JUR/18272/2020]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] FRUSTAGLI, Sandra A - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Algunas cuestiones contractuales y de daños derivadas de la prestación de servicios geriátricos", RCyS 2005, 79, AR/DOC/411/2005.

COSTAS

En lo que respecta la admisión de la demanda se imponen al vencido, y respecto al rechazo de la demanda contra los codemandados, se imponen a los accionante.

2ª Instancia.- Junín, junio 2 de 2020.

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Guardiola* dijo:

I. En la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2019, la Sra. Jueza de Primera Instancia Dra. Laura Morando 1) Rechazó con costas a los actores la demanda que por daños y perjuicios entablaron R. A. y C. A. V. contra M. E. C., D. A. M. y la Unión Obrera Metalúrgica. 2) Impuso las costas por el rechazo de la excepción de defecto legal a la primera de las codemandadas mencionadas. 3) Receptó la declinación de cobertura opuesta por la citada en garantía Seguros La Mercantil Andina SA, con costas a los actores. 4) Hizo lugar a la demanda contra C. R. G., fijando la indemnización en las sumas de $100.000 por valor vida y $200.000 para ambos hijos, con más intereses a la tasa pasiva desde la fecha del hecho (19/06/2015) hasta el efectivo pago y costas.

El pronunciamiento está referido a un accidente ocurrido en la Residencia Médica Geriátrica Betania al desplomarse el montacarga que hacía las veces de ascensor en el que iba, con una acompañante, en una silla de ruedas la madre de los actores O. C.; caída que provocó su fallecimiento el día 22 de junio.

Consideró en relación a la falta de legitimación pasiva de la UOM que era únicamente la locadora del inmueble y que como propietaria no había instalado ni autorizado un montacarga; de la Sra. M. ya que conforme la documentación de fs. 217 el único titular del geriátrico es el Sr. G. y de la Dra. C. que no se probó su cargo como Directora responsable médica (documentación de fs. 210/227).

Thomson Reuters

Teniendo en cuenta los términos de los escritos introductorios, las constancias de la causa penal, y valorando el testimonio de C. P. quien manifestó la había advertido de las malas condiciones del cable del montacarga, entendió comprometida la responsabilidad de G. en forma exclusiva por el suceso en razón del deber objetivo de seguridad incumplido (arts. 512, 902, 1137, 1198 y conc. Cód. Civil).

Respecto a la declinación de cobertura que admite señala que "conforme la documentación allegada (ver fs. 70 Anexo 1 Riesgos no asegurados inc. J) surge que no se encuentra cubierto por el seguro contratado los riesgos generados por ascensores o montacargas" y que no puede considerarse abusiva dicha cláusula de una póliza contratada con posterioridad a la instalación del montacarga, máxime que el asegurado había sido advertido por el asesoramiento para la habilitación del geriátrico que el montacarga estaba prohibido, por los bomberos y que en la inspección municipal del año 2012 se lo había intimado a su retiro.

II. Apelaron G., C. y los actores (ver fs. 298/300).

Llegadas las actuaciones a este tribunal, expresa agravios el Dr. Meza en presentación ratificada por el codemandado G. el 25/10/2019, cuestionando la atribución de responsabilidad por inexistencia de culpabilidad al haber realizado el servicio técnico del elevador y por caso fortuito que fracturo el nexo causal y por el acogimiento de la defensa de inexistencia de seguro con el fundamento de que la exclusión del riesgo constituye una cláusula objetivamente abusiva con independencia de cualquier cuestión cronológica, al provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Los actores en su presentación del 28/10/2019 critican el rechazo de la demanda contra M., madre del Sr. G. quienes en conjunto estaban al frente de la explotación del geriátrico, establecimiento que carecía de habilitación para funcionar y que conforme testimonio de P. impartía tareas y dirigía el lugar; y también respecto a C. al considerar el fallo que no era la responsable médica cuando no se exige ninguna formalidad para el reconocimiento de esa calidad en instituciones del tipo de autos. Postulan también se revean los montos por el rubro valor vida, sosteniendo que no solo debe tomarse en cuenta la pérdida de futuras chances o ayuda futura, sino que lo que se pretende reparar es la vida de una persona, y por daño moral, considerando que los $200.000 para ambos resulta insuficiente.

La codemandada C. en su memoria de fs. 303 reprocha la imposición de costas a su cargo por la excepción de defecto legal, cuando la misma no fue siquiera sustanciada.

Contestan los agravios los actores a fs. 306/308 solicitando la deserción del recurso de la codemandada C. por insuficiente fundamentación y eventualmente el rechazo de su impugnación y por la presentación electrónica del 13/11/2019 la del codemandado G. sobre la base de que la obligación de seguridad es de resultado y existen elementos que el montacarga no estaba habilitado y tampoco era de su naturaleza transportar personas; el codemandado G. a fs. 320 en relación al cuestionamiento de los actores a los montos indemnizatorios, sosteniendo que debe ser desestimado al traducir nada más que una disconformidad subjetiva sin argumentos en sentido opuesto a los del fallo y la Sra. C. a fs. 321 y vta. los de los actores afirmando que no es responsabilidad de un profesional de la salud ocuparse de áreas edilicias o de mantenimiento ajenas a las cuestiones médicas. No ejerció en cambio su derecho a réplica la aseguradora.

Firme el llamado de autos de fs. 363, se está en condiciones de resolver (art. 263 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

III. En esa tarea, en relación a los pedidos de deserción por insuficiente fundamentación no se advierten los defectos formales que se achacan que obsten al tratamiento de los recursos cuestionados, más allá de la suerte que en definitiva corran los mismos.

Comenzando entonces por un orden lógico con la responsabilidad atribuida, la misma en relación con las personas residentes en ellos por regla general será contractual atento al vínculo que liga al establecimiento con los ancianos destinatarios de sus servicios, sea que hayan contratado personalmente —o por representante— o bien que resulten beneficiarios de las prestaciones contratadas por un tercero en su favor. Por excepción la misma es extracontractual (con la importancia que esta distinción tenía - y actualmente no— en el código derogado que es el que rige la cuestión aquí debatida en razón de la fecha del hecho art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación), como en el supuesto que nos ocupa ante la muerte del anciano, caso en el cual los familiares reclamarán iure propio, la indemnización del daño sufrido por el fallecimiento del ser querido.

Ello no impide que el deber de no dañar sea apreciado en función de las obligaciones que se hubieren asumido (arts. 1109 y 902 CC) y que el caso de geriátricos se trata de las correspondientes a un contrato atípico mixto al guardar el negocio puntos de conexión con otras figuras típicas, especialmente con el contrato de locación de servicios y con el contrato de hospedaje (CNCiv., Sala A, 23/10/1986, "Aulesa, José

Thomson Reuters

D. y otro c. Instituto Geriátrico Constitución", LA LEY 1987-A, 601), sin perjuicio de reconocer en el ordenamiento normativo vigente una fuerte protección de los derechos de los ancianos tanto en el derecho común como en el derecho de consumo.

A tal efecto, en el año 2011 se sancionó la ley provincial N° 14.263, a fin de regular el funcionamiento de los establecimientos sean de gestión pública o privada, con o sin fines de lucro que tengan "por finalidad brindar alojamiento, alimentación, higiene, recreación activa o pasiva, atención médica y en general toda acción que haga al bienestar físico y psíquico de las personas adultas mayores desde los sesenta y cinco años de edad".

Además de esa prestación principal compleja, rige respecto al prestador la obligación de seguridad que como expresan Pizarro y Vallespinos (Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, T° 3, Hammurabi, p. 130) puede definirse como "el deber secundario y autónomo que, expresa o tácitamente, asumen las partes en ciertos contratos relativo a preservar a las personas y bienes de sus co-contratantes, respecto de daños que puedan ocasionarse durante su ejecución". Esta obligación encuentra su fundamento en el principio de buena fe (art. 1198, Cód. Civil), según la opinión casi unánime de la doctrina, así como también en el orden público de protección que impera en el ámbito de las normas de tutela de los consumidores, de ahí que la misma adquiere carácter irrenunciable. "Por ello es que al lado de las obligaciones expresamente asumidas, los deberes de protección completan el plexo contractual; conductas necesarias en el tráfico comercial, para que el acreedor pueda alcanzar acabadamente las expectativas tenidas en miras al contratar" (Ubiría, Fernando A., "La prevención desde un doble ángulo: el deber legal de prevención y la tácita obligación de seguridad", LA LEY 2018-B, 1017).

"Según los criterios vertidos por la doctrina mayoritaria, tanto a nivel general cuanto con relación a los establecimientos asistenciales, la obligación de seguridad configura una obligación de resultado, cuyo incumplimiento origina responsabilidad contractual objetiva.

Resulta evidente, cualquiera sea la visión que se sostenga con relación a la obligación de seguridad, que en los contratos de prestación de servicios geriátricos, de modo semejante a lo que ocurre en el ámbito de las clínicas y establecimientos sanitarios en general, pesa sobre el deudor la aludida obligación, compeliéndolo a adoptar las precauciones necesarias a fin de evitar daños a los residentes" (Frustagli, Sandra A. - Hernández, Carlos A., "Algunas cuestiones contractuales y de daños derivadas de la prestación de servicios geriátricos" RCyS 2005, 79; en el mismo sentido Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?", Revista Chilena de Derecho, versión online, vol. 33, N° 1, 2006; CNCiv Sala C "Didone, María c. Blesar SRL", 15/06/2004, Cita Online: 20042821).

Dinamizando esta obligación, el art. 6 inc. f de la ley mencionada prescribe que "Los titulares responsables de los establecimientos geriátricos tienen las siguientes obligaciones:...Mantener el estado del correcto funcionamiento de las instalaciones, conservación del edificio y equipamiento, así como también procurar que las instalaciones produzcan las características de un hogar confortable, limpio y agradable".

Y el decreto reglamentario N° 1190/2012 en su art. 10 3 seguridad. "En todo edificio de más de una planta que no cuente con medios mecánicos de elevación, todos los residentes que requieran para su movilidad sillas de ruedas, muletas, etc., no podrán ser alojados en los pisos altos."

De la causa penal en fotocopias agregadas —fs. 43— surge que desde el 28/05/2012 (fue autorizado provincialmente el 30/11/2010 informe de fs. 51 de Expte. de diligencias preliminares) no contaba con habilitación municipal.

El testigo O. declaró que el montacarga está prohibido por bomberos y de las fotografías de fs. 3 y 4 IPP se advierte sin mayor dificultad que el mismo no resulta adecuado para hacer las veces de ascensor para el desplazamiento de pacientes. A ello se suma que la testigo P. dijo haber anoticiado al Sr. G. y su madre M. "que el ascensor tipo casero se hallaba en condiciones deplorables, no adoptando ninguna medida de prevención para solucionar el problema", agregando en su deposición que no lo quería usar nadie, que era un peligro, que el cable estaba despeluzado y fue reemplazado por uno que no era de la medida, más finito, que el montacarga hacía ruido y se quedaba trabado y que no le quedaba otra que usarlo para abuelos que no podían caminar.

H., por su parte, manifestó que cuando ella trabajaba en el geriátrico la víctima O. C., que estaba en cama y prácticamente no tenía movilidad. Sin embargo pese a su gordura, esas dificultades ambulatorias y además esguince (manifestación de P.) que obligaban a utilizar una silla de ruedas estaba alojada en el piso superior.

Todo ello descarta que el suceso fuese un hecho imprevisible e inevitable que configure un caso fortuito (arts. 513 y 514 Cód. Civil) que desvíe causalmente fracturando siquiera en mínima medida (art. 901 Cód. Civil) la responsabilidad que le cabe al Sr. G. confor-

Thomson Reuters

me fuere determinada en sede penal en sentencia que según informe del día 21 de mayo que tiene al respecto los efectos de cosa juzgada (art. 1102 Cód. Civil).

IV. Respecto a la declinación de cobertura por riesgo excluido que viene atacada únicamente por G. cabe formular algunas precisiones sobre lo que considera una cláusula abusiva a tenor de las disposiciones de la ley del consumidor y los criterios que ha receptado el nuevo Código.

El art. 37 de la LDC dispone que "se tendrán por no convenidas... a) Las cláusulas que... limiten la responsabilidad por daños". Explica Carlos J. M. Facal, ("¿Puede declararse abusiva una cláusula de un contrato de seguros que delimita el riesgo asumido por el asegurador? LA LEY 2018-C, 486) que esta disposición no es aplicable al contrato de seguros. Quien es proveedor no puede limitar su responsabilidad por los daños que generen los productos o servicios que mercadee. "Pero el asegurador no "genera daños", sino que asume, contractualmente, la cobertura de algunos daños que puedan sufrir sus asegurados, hasta una suma determinada. Lo que llamamos "producto de seguros" es un contrato en el cual se deslinda en qué circunstancias (siniestros) el asegurador deberá efectuar el pago de una prestación, y la cuantía de esa prestación eventual. Obviamente que el alcance de la obligación de asistencia financiera del asegurador no es susceptible de generar daños... La obligación de "reparar" o "indemnizar" —lato sensu— del asegurador, no tiene por causa haber producido un daño, sino un contrato por el cual asumió, limitadamente, abonar una prestación si ocurría un evento dañoso, descripto en el mismo contrato. Ningún asegurador de la tierra acepta cubrir "todos los riesgos", ni tampoco acepta cubrirlos sin límite de prestación. La factibilidad técnica de la celebración de estos contratos radica en la individualización de los riesgos asumidos, en su delimitación y en el establecimiento de límites hasta los cuales se acepta dar cobertura."

Y agrega en relación a las previsiones del Cód. Civ. y Com. de la Nación: "Las cláusulas abusivas, conforme el inc. a) del art. 988 del Cód. Civ. y Comercial, son las que desnaturalizan las obligaciones del predisponente. Evidentemente, si un riesgo no fue asumido por un asegurador, quedó fuera de la cobertura, del objeto del contrato. Por ende, no puede plantearse que una cláusula de exclusión es abusiva porque la cláusula abusiva es la que borra en la práctica o en su letra o en su interpretación —es decir desnaturaliza— la obligación asumida. Lo mismo debe decirse del inc. b) del mismo artículo. Si un riesgo no fue asumido quiere decir que no integra el objeto del contrato. Consecuentemente, es impensable que una cláusula "importe renuncia" a lo que no fue asumido o "restricción" de derechos que no se tienen. Finalmente, si un riesgo está claramente excluido de la garantía del asegurador, es evidente que no encuadra en el inc. c) de la norma y que no pueda decirse que no sea "razonablemente previsible"..."

En el mismo sentido Rubén S Stiglitz ("Derecho de Seguros", Ed. LA LEY, 2008, 5ª ed., T. I, acápite 218, p. 306) explica la distinción entre la delimitación del riesgo y la cláusula abusiva, y porqué aquella no puede considerarse abusiva: "...la delimitación del riesgo es tema que integra el objeto del contrato... Las descripciones positivas o los supuestos de exclusión implícita o expresa de cobertura acotan el objeto del contrato... De ello se desprende que la delimitación del riesgo, por ser objeto del contrato, jamás puede ser considerada una cláusula abusiva ya que son las partes quienes acuerdan la materia sobre la que se contrata... Desde otra perspectiva, la limitación del riesgo presupone la carencia de cobertura o no seguro. En cambio, la cláusula abusiva integra el contenido negocial de un riesgo cubierto".

Por tal razón siendo que en las condiciones de la póliza los riesgos generados por ascensores o montacargas no están asegurados, la admisión de la defensa es correcta.

V. Pasando ahora a la responsabilidad que insisten los actores sea también asignada a la médica C., si bien el art. 16 de la ley 14.263 atribuye la misma en forma solidaria al director de salud y al titular del establecimiento geriátrico, ello debe entenderse en relación al primero en función de los deberes específicos que determina el art. 40 del Decreto N° 6216/1967 reglamentario de la ley 17.132, es decir en cuestiones de índole médico-administrativas como son las de organizar, coordinar y distribuir las distintas actividades que allí se despliegan con las que hacen a la actividad médica, terapéutica, de rehabilitación, nutricional y diagnóstica, siendo el encargado de constituir los equipos —o como expresó la testigo H., contactarse y coordinar el abordaje con los médicos de cabecera de cada anciano— según determinadas patologías, o sea como organizador del establecimiento en el área de su incumbencia (Cám. Civil y Com., La Matanza Sala I, 02/12/2014, "Pacheco, Gregorio y otra c. Clínica Modelo Los Cedros SA y otros s/ daños y perjuicios" —causa N° 2985/1—, CNCiv., Sala M, "V., N. c. C., O. C. y otros s/ daños y perjuicios", 11/11/2013, cita Online: AR/JUR/82972/2013) pero no en cuestiones edilicias, o en las formas de traslado. Sin perjuicio de ello, la suerte adversa de esta pretensión queda sellada como dijo la sentenciante de grado al no haberse siquiera demostrado que la mencionada ocupara ese cargo.

Y respecto a la imposición de costas por la excepción de defecto legal que se le impusiera, corresponde que la misma sea dejada sin efecto ya que al no ha-

Thomson Reuters

ber sido la misma tratada como por su naturaleza se impone como de previo y especial pronunciamiento y por ende constituir un asunto precluido, se suma el hecho de que ni siquiera fue sustanciada (ni por ende rebatida como para generar emolumentos a favor de la contraria), por lo que no puede dar lugar a una regulación autónoma como incidencia; resultando únicamente procedente la propia de la acción en la que fue vencedora.

VI. También debe ser confirmada la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada M. Aun cuando la misma cumpliera tareas de apoyo y organizativas en el establecimiento de su hijo (las circunstancias en que pasó a desempeñarlas fueron explicitadas por la testigo P.) supliendo en los hechos la falta de presencia del titular responsable del establecimiento (lo que corrobora la actitud negligente del mismo en la prestación asistencial) no la convierte por esa colaboración en jurídicamente responsable del suceso dañoso, provocado por cuestiones de infraestructura edilicia.

VII. Lo que se llama elípticamente "valor vida" no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue (conf. CSJN, Fallos: 316:912; 317:728; 317:1006 y 317:1921; 322:1393; 324:1253; 325:1277. Ver asimismo, causas V.523.XXXVI, *in re* "Valle", sent. de 10/04/2003; F.286.XXXIII, *in re* "Ferrari de Grand", sent. de 24/08/2006; Fallos: 329:4944, entre otras).

El código derogado (arts. 1079, 1084 y 1085) aplicable al *sub lite* (art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y el nuevo ordenamiento (art. 1745) coinciden en lo sustancial sobre el alcance y legitimación activa (los que están alcanzados por una presunción ius tantum que los diferencia de aquellos damnificados indirectos que deben acreditar el perjuicio económico) para reclamar el resarcimiento por la supresión de la vida humana. En ambos, ésta no tiene valor material intrínseco en sí misma, sino que el daño consiste en las privaciones económicas configurativas de un lucro cesante en sentido amplio (ver Zavala de González, Matilde "Perjuicios económicos por muerte", Ed. Astrea, T° 1, N° 45). Obviamente los montos resarcitorios serán diferentes para cada damnificado atendiendo a la índole de la vinculación con el fallecido y las situaciones vivenciales de cada uno de ellos en relación a las del propio occiso, debiéndose tener en cuenta que aquí no se computa la integral productividad de la víctima sino las contribuciones (de contenido económico aunque no necesariamente monetarias) de las que efectivamente pudieron verse privados, es decir de las prestaciones correspondientes a alimentos, colaboración o apoyo, que a raíz del deceso anticipado se han visto frustradas como beneficios de asistencia cesantes o como chance de recibir su ayuda.

Esa ayuda futura que los accionantes podían jurídica y/o lógicamente esperar de la madre, como dije no se ciñe exclusivamente a lo dinerario, sino que tal colaboración podría haberse configurado a través de la colaboración material mediante atenciones cotidianas, como ocupaciones domésticas, la atención en enfermedades, o la realización de compras o trámites por ellos (ver mi voto en Expte. 34/2006 "Salgado" sent. del 04/06/2019 LS 60 N° 105).

Sin embargo en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la edad de la occisa (85 años), sus condiciones de escasa movilidad y fundamentalmente el hecho de estar internada en un geriátrico, con la erogación que ello generaba a sus hijos conformen reconocen en la expresión de agravios, o sea imposibilitada de prestar cualquier ayuda monetaria o de otra índole, no puede decirse que desde el punto de vista económico su anticipado deceso hubiese provocado una merma patrimonial a sus hijos, independientemente claro está de la repercusión disvaliosa que la misma aparejó desde el ángulo afectivo emocional.

En consecuencia no habiendo agravios en sentido opuesto respecto a la procedencia o cuantificación del rubro, corresponde mantener lo resuelto.

VIII. Resta ocuparnos del daño moral. El mismo tratándose del fallecimiento de una madre, es *in re ipsa* y no requiere de mayores explicaciones sobre su magnitud; máxime teniendo en cuenta las circunstancias en que el mismo se produjo. Aunque siempre es difícil traducir y justificar el monto que se asigne, aun bajo el criterio de "satisfacciones sustitutiva y compensatorias" a que se refiere el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, ya que ninguna suma en estos casos cumple el cometido de repararlo, en una relación afectiva y parental del grado mencionado.

La Sra. Jueza aunque no lo precisa, entre las opciones de la fecha para su cuantificación, ha escogido la de establecerla al momento del hecho. Infiero ello de la tasa de interés dispuesta, sin hacer distinciones que según criterio jurisprudencial vigente correspondería formular si se tratase de una suma actualizada.

En razón de ello y para no dificultar la liquidación correspondiente con criterios diferenciales para los dos rubros admitidos he de atenerme a ese momento aún cuando en criterio que se comparte es más acertado —por las distorsiones monetarias de nuestra inflacionaria economía— haberlo hecho a valores actualizados.

Thomson Reuters

Efectuada esta aclaración, según precedentes actuales del tribunal para casos similares y los correspondientes a reparaciones de este ítem para la época del hecho, con las correcciones correspondientes en función de los accesorios, entiendo adecuado elevar la suma fijada, estableciéndola en la de $210.000 al 19/06/2015 para cada uno de los hijos reclamantes.

IX. Las costas de Alzada se fijan de la siguientes forma: a cargo del codemandado G. por la acción que prospera; sin costas por la declinación de cobertura al no haber mediado resistencia de la aseguradora y por el rechazo de la demanda contra las codemandadas M. y C. a los actores (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Los doctores *Volta* y *Castro Durán,* aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Guardiola* dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso: —artículo 168 de la Constitución Provincial—, estimo que corresponde:

Mantener la sentencia apelada, con excepción de la cuantificación del daño moral que se eleva a la suma de $210.000 al 19/6/2015 para cada uno de los hijos reclamantes. Las costas de Alzada a cargo del codemandado G. por la acción que prospera; sin costas por la declinación de cobertura al no haber mediado resistencia de la aseguradora y por el rechazo de la demanda contra las codemandadas M. y C. a los actores (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria).

Así lo voto.

Los doctores *Volta* y *Castro Durán*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso —artículos 168 de la Constitución Provincial y arts. 266, 267 del Cód. Proc. Civ. y Comercial—, se resuelve: Mantener la sentencia apelada, con excepción de la cuantificación del daño moral que se eleva a la suma de $210.000 al 19/06/2015 para cada uno de los hijos reclamantes. Las costas de Alzada a cargo del codemandado G. por la acción que prospera; sin costas por la declinación de cobertura al no haber mediado resistencia de la aseguradora y por el rechazo de la demanda contra las codemandadas M. y C. a los actores (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley arancelaria). Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de origen. — *Ricardo M. Castro Durán. — Gastón M. Volta. — Juan J. Guardiola.*

DERECHO A LA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD

Publicación de fotografías de un futbolista y una cantante en una revista dentro de las instalaciones de un hotel sin su consentimiento. Libertad de expresión. Ausencia de interés público que justifique la intromisión en el derecho a la intimidad. Daño moral.

1. — Además de la publicación de las imágenes de los accionantes —quienes no prestaron su consentimiento para ello— dentro de las instalaciones de un hotel, las alusiones de la propia revista a la ropa íntima y a la intimidad del momento resultan elocuentes en cuanto a que se trata de aspectos de sus vidas no destinados a ser conocidos o interferidos por terceros.

2. — No parece que exista un legítimo interés de la sociedad en mantenerse informada de lo que ocurría en el interior del spa del hotel entre las dos personas que según la propia revista se hallaban disfrutando de una luna de miel. No debe confundirse el interés público con la curiosidad por la vida ajena que profesa cierto público **[1]**.

3. — El derecho a la imagen integra la categoría de los derechos personalísimos, porque concierne a la persona en cuanto tal y en grado superlativo, y consiste en la libertad de decidir sobre la captación, reproducción y difusión de la propia imagen, entendiendo por tal los aspectos físicos de una persona que inequívocamente la identifican.

4. — El derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión en sentido amplio tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa.

Thomson Reuters

5. — La turbación del derecho a la intimidad es por sí sola desencadenante de un daño moral a menos que se demuestre lo contrario.

6. — Resulta presupuesto indispensable para la admisibilidad del examen a la luz de la doctrina de la real malicia, que el fundamento principal de la condena se haya centrado en la difusión de noticias falsas e inexactas respecto de las cuales sea posible predicar verdad o falsedad.

CNCiv., sala G, 12/06/2020. - A. S. L. y otro c. E. P. SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/18861/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, SA", 11/12/1984, Fallos: 306:1892, AR/JUR/999/1984, sostuvo que las personas célebres, los hombres públicos, tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada y que su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general.

COSTAS

Se imponen a la vencida.

2ª Instancia.- Buenos Aires, junio 12 de 2020.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Carranza Casares* dijo:

I. La sentencia

La sentencia de fs. 317/323 hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por S. L. A. y K. J. T. y condenó a E. P. SA al pago de $100.000 a cada uno de los reclamantes, más intereses y costas.

A tal fin, el juez de la causa tuvo por demostrado que la firma demandada en una nota de la revista C. había transgredido el derecho a la intimidad y a la imagen que tenían los actores aún en su condición de personas públicas, él jugador de fútbol y ella cantante, y que no se encontraba probado que hubieran dado su consentimiento para la publicación.

II. Los recursos

El fallo fue apelado tanto por los demandantes como por la demandada.

Los primeros desistieron de su recurso a fs. 359.

La última lo fundó a fs. 361/364 y fue respondido fs. 366/370. Expresa que su queja fundamental radica en que el magistrado no consideró aplicable la doctrina de la real malicia. Agrega que la sentencia lesiona la libertad de prensa, que no tuvo en cuenta que se trataba de figuras públicas y que existió un consentimiento de los reclamantes. Manifiesta que no se probó el daño y cuestiona, en subsidio, el monto de la reparación.

III. La ley aplicable

Aclaro, ante todo, que en razón de la fecha en la que tuvieron lugar los hechos fundamento del reclamo, no corresponde la aplicación retroactiva de la normativa de fondo del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Cód. Civil), sin que se advierta, ni menos aún se haya demostrado, que la aplicación de las nuevas disposiciones pudiesen conducir a un resultado diverso al arribado.

IV. La responsabilidad

a. La aplicación al caso de la doctrina de la real malicia

Ante todo he de expedirme sobre lo que la recurrente denomina su queja fundamental, esto es, que la cuestión debería decidirse a la luz de la doctrina de la real malicia.

Como he expresado en L. 611.511, "F., M. B. c. Ideas del Sur Producciones SA", del 17/06/2013, resulta inaplicable, como regla, la doctrina judicial de la real malicia cuando no se discute la fidelidad de la información. En el citado caso, como en el presente, el problema de la exposición de la imagen y la intimidad ha sido, precisamente, mostrar con exactitud una realidad que no se tenía derecho a exhibir.

De igual modo se ha explicado en votos de jueces de la Corte Suprema, que resulta presupuesto indispensable para la admisibilidad del examen a la luz de la doctrina de la real malicia, que el fundamento principal de la condena se haya centrado en la difusión de noticias falsas e inexactas respecto de las cuales sea posible predicar verdad o falsedad (voto de los jueces Petracchi y Bossert en Fallos: 321:2558). Si bien ello es de interés cuando el bien que se invoca como lesionado es el honor, no lo es cuando la lesión consiste en la invasión al ámbito reservado de la intimidad, es decir, cuando el bien lesionado en última instancia es la libertad que tiene todo ser humano en el núcleo central de su persona (voto del juez Belluscio en Fallos: 324:2895, considerando 7°).

Thomson Reuters

Y ha dicho la Corte Suprema que cuando no está en discusión la falsedad de un hecho, resulta innecesario examinar un fallo con base en la doctrina de la real malicia, pues dicho estándar al establecer solamente criterios de imputación subjetiva, presupone obviamente la existencia de una información objetivamente falsa. En efecto, según precedentes de la Corte, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que se hubieran involucrado en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad **(1)**.

Resulta irrelevante, entonces, la autodenominada queja fundamental de la recurrente.

b. El derecho a la libertad de expresión

La sociedad apelante considera que se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión al privilegiar el de imagen y del de intimidad. Es necesario, entonces, reseñarlo.

Como he expresado en CIV/15186/2008/CA1, del 22 de mayo de 2015 y es por demás sabido, el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno **(2)**.

Sobre la primera dimensión, la individual, explica el Tribunal que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.

En relación con la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, afirma que es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.

La citada Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención. La libertad de expresión, como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada **(3)**.

Nuestro máximo tribunal federal también ha puesto de relieve que la libertad de expresión e información tiene un lugar preeminente en nuestro sistema republicano **(4)**; y ha dicho desde antiguo que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan

(1) Fallos: 316: 2416; 326: 145, considerando 6°; "Sciammaro Liliana E. c. Diario El Sol", voto del juez Maqueda y del juez Zaffaroni (Fallos: 330:3685); "Patitó, José Á. y otro c. Diario La Nación y otros", voto del juez Maqueda (Fallos: 331: 1530).

(2) La colegiación obligatoria de periodistas —arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos—. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A, No. 5, párr. 30.

(3) Caso Olmedo Bustos y otros c. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C, No. 73; Caso Ivcher Bronstein c. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74; Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107; Caso Kimel c. Argentina, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, No. 177.

(4) Fallos: 321:412; 308:789 Campillay, entre otros.

Thomson Reuters

sólo una democracia desmedrada o puramente nominal **(5)**.

Esta libertad de expresión esgrimida por la demandada como editora de un medio de comunicación, confronta con el derecho a la intimidad y a la imagen que enarbolan los demandantes.

c. El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad consiste en la libertad de no comunicar ni admitir intromisiones en los aspectos de nuestra vida no destinados a ser conocidos o interferidos por terceros.

Desde esta perspectiva, se trata también de una vertiente de la libertad de información que radica en contar con la libertad de no expresar o no dar a conocer ciertas circunstancias personales.

La determinación de estas circunstancias, el alcance que cabe asignar a los aspectos de la vida que han de preservarse de ser comunicados, dependerá, más allá de la necesidad de un núcleo infaltable de intimidad, de la valoración cultural o social de esa privacidad y, en última instancia, de la actitud del propio interesado en resguardarla.

La Corte Suprema ha explicado que el derecho a la privacidad e intimidad se fundamenta en el art. 19 de la CN y en relación directa con la libertad individual protege jurídicamente sus ámbitos de autonomía individual constituidos por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones, hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar, de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen **(6)**.

Como complemento de su soporte normativo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (de 1948) prevé que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar" (art. V), "a la inviolabilidad de su domicilio" (art. IX. y "a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia" (art. X). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (también de 1948) establece que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques" (art. 12). Esta fórmula es repetida por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (de 1966) que se refiere a "injerencias arbitrarias o ilegales" (art. 17), al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño (de 1989), y por el Pacto de San José de Costa Rica (de 1969) que menciona las injerencias arbitrarias o abusivas (art. 11).

Y, su vez, lo reglamenta el art. 1071 bis del Cód. Civil y los arts. 52, 1740 y 1770 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

d. El derecho a la imagen

Por otra parte, corresponde señalar que el derecho a la imagen —que en el caso parece más específicamente en juego que el de intimidad— también integra la categoría de los denominados personalísimos porque concierne a la persona en cuanto tal y en grado superlativo, y consiste en la libertad de decidir sobre la captación, reproducción y difusión de la propia imagen, entendiendo por tal los aspectos físicos de una persona que inequívocamente la identifican.

Está muy vinculado al derecho al honor y al derecho a la intimidad, sin embargo, se entiende que resulta autónomo pues puede existir vulneración al derecho a la imagen sin que se configure un ataque a la reputación o a la vida privada **(7)**.

Nuestro ordenamiento ha reglamentado el derecho a la imagen ya en la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, cuyo art. 31 dispone que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la ma-

(5) Fallos: 248:291: 331: 162, 1530; 332:2559, entre otros.

(6) Fallos: 306:1892 Ponzetti de Balbín.

(7) Cifuentes, Santos, Derechos Personalísimos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 509 y ss.; Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Editorial Abeledo-Perrot, 2004, T. II., p. 117; Sagüés, Elementos de Derecho Constitucional, Ed. Astrea, p. 345; CNCiv., sala C, L. 41.999, del 02/05/1989; ídem, sala E, L. 279.825, del 27/09/1999; íd., sala I, L. 85.024, del 09/12/1994; íd., sala K, L. 85.459, del 09/12/1999; íd., esta Sala, L. 490.216, del 21/12/2007). Y se trata de un derecho amparado por la normativa constitucional (cf. Hooft, Irene, "La protección de la imagen", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2006-2, p. 338).

Thomson Reuters

dre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y, en general, culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público (en términos similares aunque no idénticos se regula en el art. 53 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado en Fontevecchia y D'Amico c. Argentina, del 29/11/2011 **(8)**, que aunque el derecho a la propia imagen no se encuentra expresamente enunciado en el artículo 11 de la Convención, las imágenes o fotografías personales, evidentemente, están incluidas dentro del ámbito de protección de la vida privada. Asimismo, la fotografía es una forma de expresión que recae en el ámbito de protección del artículo 13 de la Convención. La fotografía no solo tiene el valor de respaldar o dar credibilidad a informaciones brindadas por medio de la escritura, sino que tiene en sí misma un importante contenido y valor expresivo, comunicativo e informativo; de hecho, en algunos casos, las imágenes pueden comunicar o informar con igual o mayor impacto que la palabra escrita. Por ello, su protección cobra importancia en tiempos donde los medios de comunicación audiovisual predominan. Sin embargo, por esa misma razón y por el contenido de información personal e íntima que pueden tener las imágenes, su potencial para afectar la vida privada de una persona es muy alto.

La Corte Suprema al interpretar la citada norma, ha expresado que ella veda la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a preservarla, que sólo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho **(9)**.

La comprensión doctrinaria y jurisprudencial de esta disposición ha extendido su aplicación, originariamente dirigida a la fotografía, a otros medios de captación y reproducción y en cuanto a la puesta en el comercio, a cualquier tipo de publicidad comercial o no **(10)**.

e. Articulación de derechos

¿Cómo compaginar los planteos formulados sobre la base de la libertad de expresión, por un lado, y los derechos a la intimidad y a la imagen, por el otro?

La Corte Suprema ha expresado que es principio esencial en materia de hermenéutica legal, dar pleno efecto a la intención del legislador, tendiendo a armonizar la ley de que se trate con el orden jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, a fin de evitar su invalidez **(11)**. En otros términos, la interpretación de las normas debe armonizar con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto **(12)**.

Los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad **(13)**.

Asimismo ha sostenido que sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene primordialmente en cuenta la finalidad de aquélla **(14)** y, a su vez, que los derechos fundamentales y las garantías institucionales tienen un contenido esencial y mínimo que debe ser respetado por todos los habitantes **(15)**.

Vale decir que en esta cuestión que atañe a la publicación de noticias que cuenta con la garantía de la libertad de expresión y al ejercicio del derecho a la intimidad y, especialmente, al de la imagen, ha de cuidarse de no alterar el contenido esencial de tales derechos en juego, procurando armonizarlos a la luz de su respectiva finalidad.

e. La libertad de prensa y la intimidad

En las sociedades contemporáneas el carácter masivo de los medios de comunicación potencia, sin dudas, la trascendencia de la libertad de expresión y el rol que cumple para el ejercicio del autogobierno colectivo, pero también implica mucha mayor aptitud para causar daños, especialmente al honor y a la intimidad de terceros. En un estado democrático y constitucional comprometido con respetar el bienestar individual de sus ciudadanos, la importancia de la libertad de expresión hace necesario que se reconozca el máximo de libertad expresiva a todos, siempre que

(8) Serie C, N° 238.

(9) Fallos: 311: 1117.

(10) Cifuentes, Derechos Personalísimos, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 522.

(11) Fallos: 317:1282.

(12) Fallos: 326:2637.

(13) Fallos: 315:380; 319:1165.

(14) Fallos: 322:1090 y 752 321:2399.

(15) Fallos: 326:1389; 329:385, voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti.

Thomson Reuters

ello —dada su aptitud dañosa— sea compatible con la protección a los derechos que pueden ser afectados por su ejercicio **(16)**.

En este sentido ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la citada causa Fontevecchia y D'Amico c. Argentina, sentencia del 29 de noviembre de 2011 **(17)**, que se debe encontrar un equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana y de la mayor importancia en una sociedad democrática. El Tribunal recuerda que el ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención.

El derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión en sentido amplio tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa **(18)**.

Además, es criterio de la Corte Suprema desde el ya mencionado precedente Ponzetti de Balbín (Fallos: 306:1892), que las personas célebres, los hombres públicos, tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada. Su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión.

Se llega a decir en este precedente que la pretensión de la demandada, en el sentido de que el interés general en la información concerniente a un hombre público prominente justifica la invasión de su esfera de intimidad, resulta a la luz de las consideraciones efectuadas un exceso de liberalismo desagradable (voto del juez Petracchi).

f. La vulneración del derecho a la intimidad

No está desconocido que en el ejemplar 1644 de la revista C. del mes de julio de 2013, se publicó un artículo, adelantado con foto en la portada, sobre la "luna de miel" de los demandantes en un hotel de Villa La Angostura. Tampoco que la nota fue acompañada de distintas imágenes, que ocupan casi nueve páginas enteras del ejemplar, en las cuales se observa a los actores en el interior de las instalaciones del spa del hotel "solos, vestidos en ropa de baño y en ropa interior, recostados en reposeras dentro del spa, en una situación de descanso e intimidad"; y se menciona que el actor "se quitó la bata en actitud seductora y jugó a desvestirse", se describe el estampado de sus calzoncillos y se manifiesta que "antes durante y después todo fue intimidad" (ver fs. 79 vta. y nota de la revista).

Además de las imágenes (en copia a fs. 44/51), las alusiones de la propia revista a la ropa íntima y a la intimidad del momento resultan elocuentes en cuanto a que se trata de aspectos de sus vidas no destinados a ser conocidos o interferidos por terceros.

Para utilizar la terminología acuñada por la Suprema Corte de Estados Unidos a partir de "Katz c. United States" (389 US 347, 1967), los huéspedes del hotel que disfrutaban del spa tenían una razonable expectativa de privacidad en el ámbito en el cual se encontraban, que acabó siendo burlada por el accionar de la demandada.

Contrariamente a lo que postula la recurrente, no se acreditó que los demandantes hubieran dado su consentimiento para que se realizara la nota. No existe ningún documento que así lo demuestre y los testigos de fs. 267/268 y 269/270 ofrecidos por la apelante, que son nada menos que la directora y el vicedirector de la revista en cuestión, tampoco aportan prueba alguna al respecto más allá de sus meras afirmaciones ni indican haber presenciado la recepción de la alegada conformidad (art. 377 del Cód. Procesal). Ni siquiera se ha demostrado que los actores hubieran accedido a otras notas del tenor de la aquí cuestionada; sin perjuicio de que el solo hecho de haber cooperado anteriormente con la prensa no priva a los interesados de toda protección frente a la publicación de las fotografías enjuiciadas **(19)**.

(16) Fallos: 340:1364 Martín.

(17) Serie C, N° 238.

(18) Fallos: 316:703 Gutheim.

(19) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Egeland y Hanseid contra Noruega, 34438/2004, del 16 abril 2009.

Thomson Reuters

Vale decir que no se ha recabado en el caso el consentimiento para inmiscuirse en aspectos propios de la vida privada, ni el exigido por los citados arts. 31 de la ley 11.723 y 53 del Cód. Civ. y Com. de la Nación respecto de la propia imagen.

¿Puede decirse que existía un interés general de la sociedad que justificaba la intromisión en la intimidad?

La Corte Interamericana en cuanto al carácter de interés público, ha reafirmado en su jurisprudencia la protección a la libertad de expresión respecto de las opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes **(20)**.

No parece que exista un legítimo interés de la sociedad en mantenerse informada de lo que ocurría en el interior del spa del hotel entre las dos personas que según la propia revista se hallaban disfrutando de una luna de miel. No debe confundirse el interés público con la curiosidad por la vida ajena que profesa cierto público.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de una persona famosa, sostuvo que los hechos revelados por la revista no poseían el componente esencial del interés público que pudiera legitimar su divulgación, dado que se referían a la esfera eminentemente privada y preservada de su vida **(21)**.

Del mismo modo, ha expresado que si existe un derecho del público a ser informado, un derecho esencial en una sociedad democrática que, en circunstancias especiales, puede incluso relacionarse con aspectos de la vida privada de las personas públicas, en particular cuando se trata de figuras políticas, este no es el caso cuando los hechos están fuera de la esfera de cualquier debate político o público, porque las fotos publicadas y los comentarios adjuntos se refieren exclusivamente a los detalles de la vida privada de quien demanda y tienen el único propósito de satisfacer la curiosidad del público a este respecto (se especifica que se trataba de escenas de su vida cotidiana, por lo tanto, actividades de carácter puramente privado, como practicar deportes, salir a caminar, a un restaurante o estar de vacaciones **(22)**.

Lo hasta aquí expuesto basta, a mi juicio, para proponer la confirmación de la responsabilidad atribuida.

V. Los daños

Respecto del daño extrapatrimonial provocado por tales publicaciones y previsto en los arts. 522 y 1078 del Cód. Civil (ver arts. 52 y 1737 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación), cabe apuntar que la turbación de un derecho personalísimo es por sí sola desencadenante de un daño moral a menos que se demuestre lo contrario **(23)**. El daño surge del hecho mismo de la acción antijurídica **(24)**.

Para estimar pecuniariamente tal reparación falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas. Si la indemnización en metálico no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar de la víctima, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño **(25)**.

Este tribunal ha recordado que la determinación de este daño no se halla sujeta a parámetros objetivos, pues las aflicciones se producen en el ámbito espiritual de la víctima, por lo que su valoración debe efectuarse según la cautelosa discrecionalidad del juzgador ceñido a considerar la situación personal de aquélla (cf. arts. 163, inc. 5°, 165, 386, 456, 477 y cc. del Cód. Procesal; arts. 1078, 1083 y cc. del Cód. Civil **(26)**; ver arts. 1737 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

---

(20) Ver Tristán Donoso c. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C, N° 193.

(21) Caso Bou Gibert y El Hogar y La Moda SA c. España, 14.929/02, sentencia del 13 de mayo de 2003.

(22) Caso Von Hannover c. Alemania, 59320/00, sentencia del 24 de junio de 2004.

(23) CNCiv., sala I, Expte. 85.024, "Domínguez Lacreu, Carlos F. c. Ediciones Fernández Reguera s/ daños y perjuicios", del 09/12/1994 y "Mammana, Cristina B. c. X.Y.Z. Editora SA", del 18/03/2004, en Jurisprudencia Argentina, T. 2004-III, p. 557).

(24) CNCiv., esta Sala, L. 294.261, del 18/06/2000; Hooft, Irene, "La protección de la imagen", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2006-2, p. 338 y jurisprudencia mencionada en nota 74).

(25) CNCiv., esta Sala L. 465.066, del 13/02/2007 y L. 563.986, del 22/02/2011, entre otros).

(26) CNCiv., esta Sala, L. 488.078, del 06/11/2007 y sus citas.

Thomson Reuters

Para fijar el quantum del daño moral, como pautas generales debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste **(27)**.

Bajo tales premisas, valorando las condiciones personales y sociales de los demandantes, padres de hijos menores de edad (fs. 204), lo señalado por el testigo de fs. 284/285 sobre la afectación de los damnificados y el hecho que del número de la revista cuestionado se vendieron 51.383 ejemplares (peritaje contable de fs. 244/247), lo que da cuenta de la amplia difusión de las fotos y la nota, estimo que no corresponde disminuir el importe fijado por el juez.

VI. Conclusión

En su mérito, después de examinar los argumentos y pruebas conducentes, propongo al acuerdo la confirmación de la sentencia, con costas de esta instancia a la vencida (art. 68 del Cód. Procesal).

Los doctores *Polo Olivera* y *Bellucci* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Carranza Casares*.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: I. Confirmar la sentencia apelada, con costas a la vencida. II. Al referirse a los trabajos profesionales el supremo tribunal federal ha decidido con fundamento constitucional, que el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza más allá de la época en que se practique la regulación (criterio mantenido en los autos "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Pcia. de s/ acción declarativa", del 04/09/2018).

En atención a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, resultado obtenido y lo que disponen los arts. 6, 7, 9, 11, 14, 19 y conc. de la ley 21.839 y de la ley 24.432 y los arts. 15, 16, 19, 20, 21, 24, 29, 51, 52, 54 y 56 de la ley 27.423, se confirman por ajustados a derecho los honorarios de los letrados apoderados y patrocinante de la parte actora, Dres. M. M. B. V., A. Y. S. D. y M. G.

En atención a la calidad, mérito y eficacia de la labor pericial desarrollada en autos; a lo normado por los arts. 10 y conc. de la ley 24.432 y a la adecuada proporción que deben guardar los honorarios de los expertos con los de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros), se elevan los honorarios del perito contador, R. R. L., a la suma de pesos ... ($...).

Por los trabajos de segunda instancia se regulan los honorarios de la Dra. A. Y. S. D. y del Dr. M. G. en la suma de pesos ... ($...) —que equivalen a ...uma al presente—, para cada uno y los de la Dra. N. B. P. en la suma de pesos ... ($...) —que equivalen a ...uma al presente— conforme arts. 30, 51 y ctes. de la ley 27.423 en virtud de la fecha en que se realizaron las labores. III.- Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Cód. Procesal. Regístrese, notifíquese a las partes en el domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/2013 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. — *Carlos A. Carranza Casares.* — *Gastón M. Polo Olivera.* — *Carlos A. Bellucci.*

SERVICIO DE ASISTENCIA AL VIAJERO

Hijo de los actores que se enferma a días de arribar a sus vacaciones. Falta de atención médica. Regreso anticipado del viaje por grave enfermedad. Contratos de adhesión. Daño moral. Daño punitivo.

1. — El contrato de asistencia al viajero suscripto por las partes no prevé una garantía por reembolso de gastos realizados luego de tener que interrumpir el viaje, como erróneamente interpretó el juez en su sentencia, sino que la garantía comprende aquellos servicios abonados antes de iniciar el viaje que luego se interrumpe por alguna de las cuatro causales estipulado. Lo que el contrato viene a cubrir, es el costo de un servicio que finalmente no se pudo disfrutar en su totalidad por la necesidad de regresar en forma anticipada. Ha sido acreditado que la interrupción del viaje por el problema de salud del padre de la familia ocurrió a pocos días de llegar al destino, contexto en el cual el valor de los servicios abonados y no disfrutados por la familia ha sido muy superior al límite máximo contemplado en el contrato, todo lo cual abunda en mayores razones para considerar justo su reclamo por la suma total de la garantía.

2. — Tratándose de un contrato de adhesión, toda cláusula negocial predispuesta que sea ambigua, equívoca, confusa o cuyos alcances resulten difíciles de comprender, debe ser

(27) Fallos: 329:4944, 330:563, entre muchos otros.

Thomson Reuters

interpretada en contra de la parte experta que unilateralmente las redactó y a favor del consumidor final del producto o servicio.

3. — El daño moral no exige que la persona sea consciente de los hechos que generan su malestar ni tampoco requiere que la víctima tenga las herramientas cognitivas para comprender los sucesos que le dan origen. Es el sufrimiento y la angustia lo que caracteriza y configura el daño extrapatrimonial, y no la aptitud de la víctima de saber qué le ocurre, por qué se siente de esa manera o qué conflictos motivaron su aflicción. El hecho de que los bebés no tengan aun el desarrollo madurativo que les permita comprender qué les pasa o qué ocurre a su alrededor o expresar verbalmente qué sienten no puede llevar a afirmar que no sufren o que su angustia o padecimiento tiene una dimensión o calidad distinta a la de un adulto.

4. — El hijo de los actores debió padecer una fiebre y una angina no tratada ni medicada porque la empresa de asistencia al viajero falló en procurarle un médico que lo diagnostique y le brinde la atención y medicación necesaria. Esa continuidad de un cuadro patológico sencillamente tratable constituyó para el bebé un sufrimiento tan molesto como evitable y ha de ser concebido como un daño moral reparable, en tanto ha sido consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento contractual de la firma demandada.

5. — La estructura lógica y deóntica del art. 52 bis de la ley 24.240 —daño punitivo— lleva a considerar que la aplicación de la sanción depende siempre de algo más que la solitaria exigencia de la ilicitud negocial. Y ese algo más necesariamente ha de ser la valoración crítica que el juez debe efectuar sobre los incumplimientos de la proveedora.

6. — Sin dejar de sopesar las incomodidades, los disgustos y la impotencia que el comportamiento de la empresa de asistencia al viajero debió haber provocado en los actores, así como también en el padecimiento soportado por su hijo por la prolongación innecesaria de su patología, lo cierto es que el reclamo de la actora prosperó sobre la base de un incumplimiento negocial que, tanto objetiva como subjetivamente, no muestra una gravedad suficiente como para justificar la punición establecida por el art. 52 bis de la ley 24.240 **[1]**.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento del contrato de asistencia al viajero.

Referencias de la víctima:

Sexo: Actor a): Femenino; Actor b) Masculino; Actor c): Masculino

Observaciones: Se incrementan los montos otorgados en primera instancia.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: Actor a): $100.000; Actor b) $100.000; Actor c): $200.000

Daño patrimonial

Daños varios: Reembolso de gastos por regreso anticipado del viaje: Actor a): USD 500; Actor b) USD 500; Actor c): USD 500; Reembolso llamado telefónico: USD 30

CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, 26/05/2020. - F., J. N. c. Assist Card SA s/ cumplimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/17867/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F "Murana, Paola S. v. Peugeot Citroën Argentina SA y otro", 05/06/2012, AP/JUR/2209/2012.

COSTAS

Se imponen a la demandada.

INTERESES

Se aplica la tasa pasiva más alta.

2ª Instancia.- Mar del Plata, mayo 26 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia definitiva dictada el 05 de septiembre de 2019? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Monterisi* dijo:

I. La sentencia dictada el 5 de septiembre de 2019 viene a conocimiento de este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora el 10/09/2019.

Thomson Reuters

En lo que aquí interesa destacar, el juez hizo lugar a la acción promovida por los actores J. N. F., A. B., ambos por sí y en representación del niño A. F. contra Assist Card Argentina Sociedad Anónima de Servicios, condenando a ésta última a: i) abonar a favor de J. N. F., la suma de 95 dólares estadounidenses y 25.000 pesos; ii) abonar a favor de la Sra. A. B., la suma de 95 dólares estadounidenses y 25.000 pesos y iii) abonar a favor de A. F. la suma de 95 dólares estadounidenses, en todos los casos más intereses y costas.

Para así decidirlo, explicó que no fue controvertido que los actores contrataron el servicio de asistencia al viajero prestado por la demandada Assist Card, instrumentado mediante la póliza agregada a fs. 35/42. Consideró probado que la contratación se hizo mediante el sistema de telemarketing, resultando los contratantes los actores, con vigencia desde el 24/06/2011 al 08/07/2011. La garantía comprendía una asistencia en caso de enfermedad de hasta U$D 250.000 y garantía de cancelación any reason e interrupción de viaje por U$D500. También fue demostrado el pago de dicho servicio por un total de $1.357,62.

Seguidamente, explicó que la relación contractual habida entre las partes queda aprehendida por la regulación tuitiva de los derechos del consumidor y que la responsabilidad que le atribuyen a la demandada se fundamenta en dos extremos: 1) no haber prestado la asistencia médica en el extranjero, pese a haber formulado el pertinente requerimiento y 2) frente al regreso anticipado al país, por motivos de grave enfermedad del padre del co-actor, debió la demandada afrontar el pago de las sumas convenidas en el contrato por interrupción del viaje.

Reparó en los testimonios de la Sra. M. J. G. y el Sr. M. R. quienes describieron el tipo de viaje, el problema de salud del niño A., los reclamos a Assist Card, la espera a la asistencia médica que nunca llegó y el regreso anticipado por una grave enfermedad del padre del coactor F. Consideró además lo informado por la agencia "Turismo Sat", la cual refirió que las penalidades por la cancelación de los vuelos fueron de 95 dólares por pasaje y fueron abonadas por el Sr. F. junto con los pasajes de Tienda León al arribar a Argentina.

Destacó que la demandada limitó su defensa a negar el incumplimiento y nada probó en el expediente (como dijo que lo iba a hacer), motivo por el cual juzgó acreditado el incumplimiento contractual.

En cuanto a los rubros que componen la pretensión, hizo lugar a los siguientes:

a) Daño emergente: 95 dólares a cada uno de los tres actores; b) Daño moral: 50.000 pesos a dividir en partes iguales entre los actores A. B. y J. N. F.

II. Síntesis del recurso.

Los accionantes apelaron la decisión y fundaron su recurso mediante el memorial agregado en formato papel a fs. 409/422 y cuya copia digital acompaña a la presentación electrónica N° ...

Sus agravios pueden resumirse del siguiente modo:

i) Cuestionan el modo en que fue receptado el rubro "daño emergente" alegando que el juez se apartó sin razón del monto de garantía pactado ante el acaecimiento del evento. Afirman que no debió reparar en la penalidad efectivamente abonada por la cancelación del vuelo (95 dólares) sino al monto establecido en el contrato (500 dólares). Argumentan que el magistrado interpretó mal el contrato: las sumas establecidas en el negocio no constituyen un reembolso de gastos sino el pago de una suma fija estipulada para el supuesto en el que se configure el evento previsto. Reclama se haga lugar al rubro por un total de U$D1.500.

ii) Objetan la cuantificación de los gastos, solicitando se incorpore la suma de U$D285 abonados en concepto de penalidades, $30 por gastos de teléfono y $500 por traslados. Sobre las penalidades, afirman que se han acreditado con las pruebas producidas en la causa. Sobre los traslados señala que se acompañaron recibos cancelatorios de la empresa Nanomar (viaje que finalmente no se hizo) y la contratación de Tienda León una vez que se adelantó el regreso; finalmente, en lo que refiere a las llamadas, pone de relieve el comprobante del Hotel Riu donde surge la duración y costo de una de las llamadas efectuadas a Assist Card. Explican que en una situación apremiante como la que vivieron es imposible estar pendientes de la obtención de comprobantes de todas las llamadas realizadas. Invocan el deber de colaboración procesal y la aplicación dinámica de las cargas probatorias, sopesando la ausencia de prueba producida por la demandada.

iii) Consideran injusto que se haya desestimado el reclamo por daño moral del niño A. F. Es equivocado —dicen— creer que un menor de 14 meses que se encontraba lejos de su hogar, con malestares físicos, fiebre y que debió regresar a su país en esas condiciones no sufrió un daño a su espiritualidad. Dice que es el más vulnerable de todos los involucrados.

iv) Afirman que los montos otorgados en concepto de daño moral para los coactores J. N. F. y A. B. es escaso, teniendo en cuenta la fecha en la que fue interpuesta la demanda y la caída en el poder adquisitivo de la moneda nacional. Exige que el daño sea íntegramente reparado.

Thomson Reuters

v) Se quejan del rechazo al rubro daño punitivo. Entienden que la sanción es procedente dada la gravedad del incumplimiento contractual, el peligro que corrió la salud de su hijo, la falta de atención médica, la ausencia de respuestas ante los reclamos, el hecho de que los hayan sometido a un peregrinaje administrativo, prejudicial y judicial con años de litigio. Hacen foco en las razones por las que el juez consideró probado el daño moral y señalan que tales motivos también justifican la aplicación del daño punitivo.

vi) Finalmente, cuestiona la fecha de mora y exige que sea establecía el 01/07/2011, momento en el que se verificó el incumplimiento contractual por falta de asistencia médica al niño A. F. En cuanto a la tasa, solicita se aplique "la tasa pasiva Vip" (sic).

III. Tratamiento del recurso.

III.a. La parte demandada no ha recurrido el fallo que le fue adverso, motivo por el cual llegan firmes e incontrovertidas a esta instancia la totalidad de las premisas fácticas en las que se sustenta la decisión apelada, incluyendo i) el vínculo contractual existente entre las partes a través de un contrato de asistencia al viajero;

ii) el viaje de los actores a Punta Cana, República Dominicana originalmente planeado para los días 25/06/2011 al 08/07/2011, iii) los problemas de salud del niño

A. que se verificaron al arribar a destino, el 27 de junio de 2011, iv) la ausencia de la prestación médica requerida por los actores a la firma demandada, v) el regreso anticipado de Punta Cana motivado por la grave enfermedad del padre del Sr. F., y vi) los infructuosos reclamos extrajudiciales realizados por los Sres. J. N. F. y A. B. para percibir las obligaciones que son objeto de reclamo en este pleito.

Son igualmente irrevisables las apreciaciones y conclusiones jurídicas a las que arribó el colega de primera instancia en torno a tales acontecimientos, entre las cuales debo incluir a: i) que existió un incumplimiento contractual por las dos causales invocadas por los actores —asistencia médica en viaje y garantía por interrupción de la travesía—, ii) que sufrieron daño moral los padres del niño A. y iii) que no hubo una respuesta oportuna de la demandada frente a los reclamos realizados en instancias prejudiciales dentro de los términos y plazos comprendidos en el contrato.

Aclarado ello, me abocaré al estudio de los agravios de los actores. Intentaré en la medida de lo posible seguir el orden en el que fueron expuestos en el memorial.

Adelanto que el recurso prosperará parcialmente.

III.b. Sobre el denominado "daño emergente".

i. En el apartado "II" (fs. 263) y "III.A.2" (fs. 266) del escrito de demanda los accionantes reclamaron la suma de U$D500 para cada uno en concepto de garantía por cancelación o interrupción de viaje. Denominaron a este rubro "daño emergente" (fs. 270/vta., apartado "IVA") pero no advierto que lo que invocan sea un daño propiamente dicho ni que su pretensión consista en un resarcimiento. Por el contrario, lo que peticionan no es más que el cumplimiento de una obligación de fuente contractual: exigen una prestación prevista en el negocio que los vincula y que Assist Card no ha abonado en tiempo y forma.

El juez admitió el reclamo de los actores con fundamento en la cláusula "D.5.2.2" del contrato celebrado con la demandada (fs. 41), pero consideró que esa garantía implicaba un reembolso de gastos. Es por ello que limitó el monto del rubro a solo 95 dólares por persona, erogación que —según dijo— fue la única que se acreditó como generada a raíz del regreso anticipado desde República Dominicana.

ii. Los actores apelantes tienen razón cuando critican el modo en que ha sido interpretado el contrato y, consecuentemente, también cuando objetan el alcance económico que se le ha dado a su reclamo. Es por ello que su primer agravio es procedente.

Según se desprende del tenor de los vouchers adjuntados a fs. 35/7 (son tres idénticos, uno por cada pasajero), el seguro de viaje que contrataron los accionantes incluía la llamada "garantía de cancelación "any reason" e interrupción de viaje" por un total de 500 dólares.

Esa prestación se completa con la descripción contenida en las cláusulas "D.5" (fs. 41) que incluye dos tipos de incidentes: el viaje cancelado (interpreto que se refiere a aquel que luego de ser contratado no pudo ser realizado), y el viaje interrumpido (estimo que refiere a aquella travesía que comienza en su ejecución pero luego, por alguna de las causales que el propio contrato contempla, debe cesar anticipadamente motivando el regreso de los pasajeros titulares o de su grupo familiar en una fecha distinta y anterior a la originalmente prevista).

A la luz de los acontecimientos que han sido probados por los actores, es evidente que lo que aquí se dirime es el cumplimiento de la prestación que en el contrato se ha denominado garantía por interrupción del viaje, descripta como "riesgo comprometido" a fs. 41, en la cláusula "D.5.2.2.".

Thomson Reuters

En dicha disposición se indica que el riesgo comprometido en la garantía es el de la pérdida irrecuperable de depósitos o gastos pagados por anticipado por el viaje de acuerdo a las condiciones generales del contrato suscripto por el titular con la Agencia de Viajes y/o Operador turístico cuando la interrupción se produzca por una de las cuatro causales que allí se enuncian, una de las cuales finalmente se concretó: la internación hospitalaria del padre del coactor F.

El contrato no prevé una garantía por reembolso de gastos realizados luego [y a consecuencia] de tener que interrumpir el viaje, como erróneamente interpretó el juez en su sentencia, sino que la garantía comprende aquellos servicios abonados antes de iniciar el viaje que luego se interrumpe por alguna de las cuatro causales enunciadas. Lo que el contrato viene a cubrir —o reparar, aún más no sea parcialmente y en los límites de la garantía contratada— es el costo de un servicio que finalmente no se pudo disfrutar en su totalidad por la necesidad de regresar en forma anticipada (podemos aquí incluir, por caso, a lo abonado por reservas de hoteles, traslados, excursiones, etcétera).

Refuerza esta interpretación el hecho de que en la audiencia celebrada el 3 de octubre de 2012 en la Dirección General de Defensa del Consumidor y Usuarios de la Municipalidad de General Pueyrredón (fs. 125), el apoderado de la accionada exigió una serie de comprobantes que son los mismos que figuran actualmente en la web de Assist Card para supuestos de interrupción de viaje, y que versan sobre pasajes, facturas, recibos de pagos hechos a la agencia de viaje, cancelaciones de los servicios, etcétera (véase www.assistcard.com/ar/reintegros, última fecha de visita: 9 de mayo de 2020). Son además los documentos que enumera la cláusula "D.5.7" del contrato (v. fs. 41/vta último párrafo).

No dejo de reconocer que la regulación de esta garantía tiene una redacción sumamente confusa en torno a su alcance económico: la cláusula "D.5.4" habla de monto máximo de U$D500 por titular pero no se aclara si es un pago único y total en caso de generarse la interrupción del viaje por alguna de las causales comprendidas en la cláusula "D.5.2.2." y que puede operar indistintamente en cualquier momento de la travesía o si, por el contrario, la proveedora se reserva la facultad de evaluar la entidad económica de esa "pérdida irrecuperable de depósitos o gastos pagados por anticipado" a la agencia u operador de turismo (por ejemplo, calculando cuántos días pudieron aprovecharse y cuántos se vieron frustrados por el regreso anticipado o sopesando alguna otra variable similar). Es decir, no es claro el contrato en torno a si luego de que el cliente le provee la documentación exigida la proveedora hace un pago único y definitivo por el monto total o si efectúa un análisis de cuyo resultado pudiere emerger una indemnización menor a ese límite y que sea proporcional a la referida pérdida demostrada por el viajero.

En cualquier caso, no he hallado en la contestación de demanda argumento alguno que apunte a esta cuestión ni tampoco información relevante que permita dilucidar el alcance de la garantía contratada (arg. art. 53 de la Ley 24.240). El escrito de defensa de la demandada es un deambular entre negativas genéricas y particulares a todo cuanto hubo afirmado la actora y meras afirmaciones de que "en la etapa procesal oportuna" se demostraría el cumplimiento de contrato, cosa que nunca ocurrió dado que Assist Card se desentendió de este pleito y no produjo prácticamente ninguna de las pruebas que ofreció.

Tratándose de un contrato de adhesión, toda cláusula negocial predispuesta que sea ambigua, equívoca, confusa o cuyos alcances resulten difíciles de comprender, debe ser interpretada en contra de la parte experta que unilateralmente las redactó y a favor del consumidor final del producto o servicio (arts. 1, 2, 4, 5, 10 bis, 37 y cctes. de la Ley 24.240; mi voto en c. 162195 "González..." del 25/11/2016). Es por ello que consideraré que la garantía reclamada por los actores y que adeudan los accionados es por el total consignado en el voucher: 500 dólares por pasajero.

A todo evento, no puedo dejar de destacar que ha sido acreditado que la interrupción del viaje por el problema de salud del padre del Sr. F. ocurrió a pocos días de llegar al destino, contexto en el cual —teniendo en cuenta la zona turística, el tipo de hotel contratado y la fecha original de regreso— ninguna duda me cabe que el valor de los servicios abonados y no disfrutados por la familia ha sido muy superior al límite máximo contemplado en el contrato, todo lo cual abunda en mayores razones para considerar justo su reclamo por la suma total de la garantía.

En resumen: al no haber sido controvertida la contratación de los servicios por parte de los actores, y firme en esta instancia todas las aristas fácticas del malogrado viaje vacacional de la familia F.-B. a Punta Cana (República Dominicana), no cabe sino concluir que se ha configurado la causal prevista en el inciso "b" de la cláusula "D.5.2.2" (esto es, viaje interrumpido por padre del titular internado en hospital por más de tres días) y por lo tanto tienen derecho los actores —cada uno de ellos titular de una cobertura individual— a percibir monto máximo comprometido en la garantía contratada: un total de U$D500 por pasajero, de conformidad con la prestación económica inserta en la cláusula "D.5.4" y la descripción contenida en los respectivos vouchers (fs. 35 —J. N. F.—, fs. 36 —A. B.— y fs. 37 —A. F.—).

Thomson Reuters

El éxito del recurso en este punto no ha de alterar la decisión del juez de reconocer el reembolso de los 95 dólares por pasajero en concepto de penalidad por cambio de fecha de los aéreos. Esa parcela de la sentencia, reitero, se encuentra firme y consentida por la accionada y ha pasado en autoridad de cosa juzgada (art. 17 de la CN).

Por todo, lo dicho, y con el alcance señalado, propondré al acuerdo hace lugar al agravio y modificar la sentencia de primera instancia, admitiéndose el rubro en estudio por un total de U$D500 por cada coactor, crédito que los accionantes percibirán independientemente de los 95 dólares de reembolso por cambio de fecha de los pasajes (arts. 1, 2, 4, 5, 10 bis, 37 y cctes. de la Ley 24.240; 505 inc. 1 y cctes. del Cód. Civil —Ley 340— y 7 del Cód. Civ. y Comercial).

III.c. Sobre el reembolso de los gastos.

i. En el apartado "IV.D" (fs. 274/vta.) de la demanda, los actores reclamaron el reembolso de una serie de gastos motivados por el regreso anticipado y la enfermedad de A. F. Ellos son: el costo de una llamada telefónica efectuada desde Punta Cana por un valor de 30 dólares, las penalidades por los cambios de aéreos y los pasajes de la empresa Tienda León para regresar a Mar del Plata.

El juez rechazó todos los ítems y solo hizo lugar al reembolso de las penalidades por modificación de fecha de vuelos, aunque —como ya he dicho— enmarcó esa pretensión como parte integrante de la garantía por interrupción de viaje (v. supra, considerando III.c.).

ii. El agravio debe prosperar parcialmente.

El costo del llamado telefónico desde Punta Cana debe ser indemnizado. No solo porque ha sido acreditado mediante le recibo de fs. 29 sino porque además la actora exigió a fs. 276/vta. una serie de pruebas en poder de la demandada que hubieran permitido demostrar las comunicaciones entre las partes y que Assist Card jamás acompañó, motivando el apercibimiento del art. 386 del CPCCBA mediante el despacho de fs. 342 (arts. 375, 384 y 386 del CPCCBA).

Ese gasto debe considerarse comprendido en la cobertura de asistencia médica de A. F. y por lo tanto el reintegro del monto a sus progenitores resulta procedente. Si bien en su recurso los apelantes argumentan sobre la realización y la prueba de llamadas de teléfono (en plural), lo cierto es que en su demanda reclamaron una única llamada de 30 dólares [v. fs. 275]. Razones de congruencia impiden evaluar en instancia recursiva una pretensión más extensa que aquella que fue formulada en la etapa postulatoria y dado a conocimiento del juez de primera instancia (arts. 18 CN, 34.4 y 272 del CPCCBA).

Distinta es la suerte que deben correr las objeciones que plantean los recurrentes en torno a las penalidades por cambio en los pasajes aéreos y las que refieren a los traslados locales.

La queja que versa específicamente sobre las penalidades por cambios de aéreos no es admisible por falta de agravio: como dije, el juez admitió el reclamo aunque bajo otro encuadre jurídico y esa decisión no fue cuestionada por la demandada, motivo por el cual deviene irrevisable con total independencia del modo en que he considerado admisible el reclamo por garantía de interrupción de viaje en el considerando anterior.

Luego, no encuentro —y el apelante no me explica dónde podría localizar— la cláusula contractual de la cual emerge la cobertura cuyo cumplimiento exige en este proceso y que refiere a los costos de traslado local motivados por el regreso anticipado (el pago efectuado a la firma Tienda León). Tampoco es posible encuadrar esta pretensión en la cobertura por interrupción de viaje dado que, como ya he dicho, aquellos 500 dólares internalizan inversiones realizadas antes del viaje interrumpido, y no reembolso de gastos efectuados después. No he hallado en el contrato una disposición negocial que contemple el reintegro de traslados generados por el regreso anticipado de los titulares del seguro.

Por todo lo dicho, propondré al acuerdo hacer lugar parcialmente al agravio en estudio y modificar la sentencia únicamente en lo que refiere al reembolso del costo de un llamado telefónico por un valor total de U$D30, el cual debe considerarse comprendido en la cobertura médica contratada (arts. 505.1, 1198 y ccts. del Cód. Civil y 7 del Cód. Civ. y Comercial; 242, 375, 384 y ss. del CPCCBA).

III.d. Sobre el daño moral del niño A. F.

i. El magistrado desestimó el reclamo de daño moral de A. F. argumentado que su corta edad —poco más de un año— le impidió verse afectado en su espiritualidad por los hechos que han sido objeto de debate (cons. "II.3.b.").

ii. El recurso, en este punto, también debe ser admitido.

Interpreto que el argumento del juez es el siguiente: como A. no tenía edad de comprender qué estaba ocurriendo no pudo "sufrir" una lesión a un interés extrapatrimonial y, como consecuencia de ello, no padeció un daño moral indemnizable.

Thomson Reuters

Sea que haya sido postulado en abstracto (los bebés no pueden sufrir daño moral pues no comprenden lo que les ocurre o lo que ocurre a su alrededor) o bien que haya sido formulado en concreto (que el niño A. no sufrió daño moral porque no pudo comprender el conflicto que se gestó entre sus padres y la firma Assist Card), considero que el argumento del colega es incorrecto.

Desde un punto de vista estrictamente conceptual —con abstracción de las características del conflicto que se dirime en este pleito— el daño moral consiste en una minoración en la subjetividad de la persona humana, derivada de la lesión a un interés no patrimonial: conlleva una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir y que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial (Pizarro, Daniel, Vallespinos, Carlos. Instituciones de derecho privado. Obligaciones. Ed. Hammurabi, T. II, p. 641).

Este tipo particular de daño no exige que la persona sea consciente de los hechos que generan su malestar ni tampoco requiere que la víctima tenga las herramientas cognitivas para comprender los sucesos que le dan origen. Es el sufrimiento y la angustia lo que caracteriza y configura el daño extrapatrimonial, y no la aptitud de la víctima de saber qué le ocurre, por qué se siente de esa manera o qué conflictos motivaron su aflicción.

El hecho de que los bebés no tengan aun el desarrollo madurativo que les permita comprender qué les pasa o qué ocurre a su alrededor o expresar verbalmente qué sienten no puede llevarnos a afirmar que no sufren o que su angustia o padecimiento tiene una dimensión o calidad distinta a la de un adulto (y que por ello, o por alguna otra razón vinculada a su edad y maduración, su modo de estar anormal y disvalioso no es susceptible de ser concebido como un daño moral indemnizable).

Como padre de tres hijos y no menos de quince años de experiencia en consultas pediátricas frecuentes puedo afirmar, con bastante seguridad, que los bebés sufren y se angustian, están felices y otras veces tristes, están alegres y a veces alicaídos. Los bebés se ríen y se enojan, se divierten y se aburren, como cualquier otro niño de mayor edad, adolescente o adulto. El ánimo, el humor y los sentimientos no son vivencias exclusivamente adultas y se manifiestan desde los primeros instantes de nuestra existencia humana. En otras palabras: su falta de discernimiento no supone ni conlleva una incapacidad de sentir dolor, malestar, o experimentar una vivencia desagradable susceptible de generar un daño moral.

La premisa teórica asumida por el colega de primera instancia fue abandonada en la primera mitad de la década de 1980, en la que todavía se discutía en la doctrina autoral si el daño moral requería alguna suerte de aptitud subjetiva para experimentarlo.

Zavala de González reseña que en aquellos tiempos algunos autores —como Orgaz— afirmaban que las personas con dificultades o inmadurez cognitiva (incluyendo a los bebés de pocos meses de vida) no podían sufrir daño moral por carecer de discernimiento. Similar posición asumían aquellos que admitían el daño moral de los bebés porque, si bien carecían de discernimiento, podían igualmente "ponerse tristes o alegres".

Los años transcurrieron y estas posturas fueron ampliamente superadas. Todas ellas partían de un error conceptual: imponer el discernimiento como un recaudo de la experiencia del sufrimiento. Mientras que el discernimiento es la idoneidad o potencialidad para conocer, distinguir el bien del mal, la conveniencia o inconveniencia del actuar y sus derivaciones —aspectos, todos, de carácter intelectual—, el sufrimiento que subyace al daño moral opera en la esfera volitiva y afectiva: no es preciso tener conciencia, saber o conocer para sufrir. Dice la autora con su habitual claridad: "la falta de comprensión del propio dolor y de su origen no excluye su existencia. Para la configuración del daño moral debe bastar dicho sufrimiento, aunque el sujeto no tenga conciencia de él" (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de Daños, 2.A. Daños a las personas", Buenos Aires: Hammurabi, 2005, 2a, ps. 454/5).

Pizarro coincide y agrega: "la ausencia de discernimiento no excluye la posibilidad del daño moral pues aquél es condición personal que se valora cuando se considera a una persona como agente de actos lícitos o ilícitos, pero no como posible víctima de un obrar ajeno. La falta de comprensión del dolor propio y su origen, en modo alguno pueden ser tomados en consideración para excluir su existencia ni su carácter axiológicamente negativo; el dolor, la pena, la angustia, no son sino formas posibles en que el daño moral puede exteriorizarse, mas no hacen a su esencia" (Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención, reparación, punición". Buenos Aires: Hammurabi, 1996, p. 272).

En las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984 se concluyó que es indemnizable el daño moral causado a personas que carecen de discernimiento (Comisión 6°, conclusión "VII.A", con adhesiones de Zavala de González, Pizarro, Junyent de Sandoval, Vázquez Ferreyra, Mosset Iturraspe, Stiglitz, entre otros).

Thomson Reuters

iii. Del plano conceptual vuelvo al caso en estudio: surge del certificado acompañado a fs. 27 —autenticado a fs. 377— que A. presentó un cuadro febril y de anginas al poco tiempo de arribar a Punta Cana y sus molestias persistieron hasta el día 01/07/2011 que regresó al país, donde fue finalmente atendido y tratado por un médico. Ello significa que ya el 27 de junio —al arribar a destino— el niño necesitaba atención profesional con urgencia que, de mínima, pudiere aplacar sus síntomas y mejorar su estado de salud.

A. sufrió en su cuerpo las molestias propias de las anginas y la fiebre que padecía, pero llegado un punto (al menos, luego del llamado de sus padres a Assist Card y la espera de un tiempo razonable para el arribo de la asistencia requerida) la continuidad de esos síntomas tuvo como causa de origen a una patología extendida por la omisión de recibir atención médica. Dicho de otro modo: A. debió padecer una fiebre y una angina no tratada ni medicada porque Assist Card falló en procurarle un médico que lo diagnostique y le brinde la atención y medicación necesaria (obligación de resultado que, sin duda, la demandada nunca cumplió).

Toda madre y todo padre sabe lo que es tener a un hijo afiebrado: los bebés se sienten débiles, molestos, incómodos. Sufren, a su modo, un síntoma físico que es sumamente tedioso y que los pone de mal humor; tanto más si en esas condiciones debió emprender un vuelo internacional de muchas horas de duración. A. sufrió la continuación innecesaria de un estado febril porque ningún profesional lo atendió, lo diagnosticó y lo trató prontamente. No puedo sino considerar que esa continuidad de un cuadro patológico sencillamente tratable constituyó para el bebé un sufrimiento tan molesto como evitable y —en lo que aquí interesa destacar— ha de ser concebido como un daño moral reparable en tanto ha sido consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento contractual de la firma demandada (arts. 1078 del Cód. Civil y 1741 del Cód. Civ. y Comercial).

A lo dicho debo agregar lo siguiente: no es solo su propia patología la que —debo presumir— le generó un malestar a A. F. Los bebés perciben y absorben la angustia y la intranquilidad de sus padres, especialmente de su madre, en edades tan pequeñas. La inquietud, tristeza o ansiedad que los rodea los pone mal, irritables, sensibles.

El niño F. no solo sufría en el extranjero una angina sintomática sin tratamiento médico, sino que además debió interactuar en todo momento con una madre a quien le fue negada la asistencia allí cuando (y donde) más la necesitaba. Es imposible para mí pensar que el enojo y la frustración de la Sra. B. con la empresa demandada (por cierto, correctamente ponderados en el fallo apelado al evaluar el daño moral) no haya repercutido en el humor y el estado anímico de su pequeño hijo.

Los padres sabemos que nuestro estado de ánimo influye a los pequeños, quienes perciben nuestra intranquilidad, nuestra tristeza y nuestros desánimos. No quiero insistir en la auto referencia ni volver sobre mis propias vivencias como padre (aunque, recordemos, la experiencia común es un elemento fundamental que, junto a los principios lógicos y científicos, nutre a las reglas de la sana crítica; art. 384 del CPCC-BA), por lo que me limitaré a poner de relieve que el tópico ha sido objeto de recientes investigaciones científicas que evaluaron, precisamente, el modo en el que los bebés aprehenden la angustia de su madre.

Un equipo de investigación del Departamento de Psiquiatría de la Universidad de California en San Francisco (UCSF) publicó en 2014 un trabajo en la revista Psychological Science en el que comprobaron que los bebés perciben el residuo psicológico de las experiencias estresantes de sus madres.

Los hallazgos —dicen los investigadores— sugieren que esas experiencias son "contagiosas" para sus bebés y ese binomio (madre y niño) pueden influenciarse recíprocamente [Waters, Sara F.; West, Tessa V.; Mendes, Wendy Berry. Stress contagion: Physiological covariation between mothers and infants. Psychological Science, 2014, vol. 25, no 4, p. 934-942; disponible en https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0956797613518352]

En entrevistas realizadas a revistas especializadas, la directora del grupo de investigadora explicó: "tu bebé puede no ser capaz de decirte que parecés estresada o preguntarte qué te ocurre, pero nuestro trabajo sugiere que, desde el instante en que está en tus brazos, ya capta las respuestas físicas y corporales que acompañan tu estado emocional e inmediatamente comienzan a sentir en su cuerpo tus propias emociones negativas (...). Antes de que los bebés puedan expresarse verbalmente podemos evaluar cuán exquisitamente sincronizados están con el estado emocional de sus cuidadores" señaló la científica, quien agregó que "hay una variedad de canales a través de los cuales estas emociones pueden ser comunicadas, incluyendo al olor, la tensión vocal y las expresiones faciales" (Association for Psychological Science, "For Infants, Stress May be Caught, Not Taught", publicado el 03/02/2014, disponible en www.psychologicalscience.org/news/releases/for-infants-stress-may-be-caught-not-taught.html; última fecha de visita: 10/05/2020).

En suma, entiendo que se han demostrado circunstancias de hecho de las cuales puedo inferir *in re ipsa*

Thomson Reuters

la configuración de un daño moral en la persona de A. F., tanto por el padecimiento de una enfermedad no tratada por el incumplimiento negocial de la firma Assist Card, como por la interacción del niño con sus propios padres, ambos lejos de su casa, preocupados y molestos por el fallido servicio de la compañía accionada.

Por todo lo expuesto, considero que la procedencia del reclamo indemnizatorio por daño moral a favor del niño A. F. resulta incuestionable. En lo que hace a su cuantificación, teniendo en consideración las circunstancias apuntadas, su corta edad al momento de los hechos y al sufrimiento que debió padecer por la extensión temporal de síntomas incómodos que no fueron tratados por un profesional (siendo él mismo contratante, consumidor y titular de un seguro de viaje individual), es que considero razonable —a la luz de la prueba reseñada, a cuyos resultados la actora expresamente supeditó su pretensión— reconocer el parcial en la suma de $200.000 (arts. 75.22 de la Constitución Nacional; 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1068, 1078 y cctes. del Cód. Civil —ley 340— y 7 del Cód. Civ. y Comercial —Ley 26.994—; 34 inc. 4°, 165 último párr. y cctes. del CPCCBA).

III.e. Sobre el daño moral de los coactores A. B. y J. N. F.

i. El juez cuantificó en $25.000 la indemnización por daño moral de los coactores A. B. y J. N. F. Los actores critican ese monto por considerarlo insuficiente.

ii. El recurso es fundado.

El fallo ha ponderado correctamente las variables más relevantes con las que es posible inferir que los accionantes sufrieron un daño moral resarcible: el incumplimiento de una obligación de resultado que impidió que su hijo sea tratado por un médico, el fracaso constante de todas las instancias extrajudiciales, la necesidad de iniciar un pleito para que su derecho les sea reconocido, etcétera. Todo ello —bien señaló el colega— supera la mera tolerancia que es exigible en una relación negocial, incluso de consumo.

Sin embargo, tienen razón los actores cuando destacan que el monto de la indemnización es insuficiente.

F. y B. contrataron un seguro de viaje para tener unas vacaciones tranquilas y cubrirse de cualquier eventualidad en su salud. Por desgracia, la patología recayó en el más vulnerable de la familia: el bebé A. Puedo imaginar la bronca, la angustia y el sufrimiento que debieron atravesar los actores cuando, encontrándose a miles de kilómetros de su hogar, advirtieron que la prestación principal por la que habían contratado un seguro finalmente no fue cumplida, debiendo emprender un largo regreso al país con un niño enfermo, sintomático y que no recibió la atención médica que necesitaba (v. fs. 27: "persistía febril" al volver a Argentina, afirmó su pediatra).

La sola consideración de esta circunstancia —aunque sin dejar de reparar en las restantes que fueron evaluadas en la sentencia— me lleva a concluir que la suma reconocida para este parcial es escasa y debe ser incrementada. Teniendo en cuenta que el monto reclamado en la demanda fue supeditado al resultado de la prueba producida y que la indemnización constituye una deuda de valor que debe ser cuantificada a la fecha de la sentencia (causas 137.518 —"Santecchia..."— del 14/02/2018, 161.257 —"Pellizi..."— del 06/10/2016, 131.976, 131.833 y 130.138 —"Caparrós..."— del 16/03/2016), es que considero justo y razonable reconocer una indemnización de $100.000 a cada actor en concepto de daño moral (art. 1078 del Cód. Civil y 7 del Cód. Civ. y Comercial).

III.f. Sobre el daño punitivo.

Los actores se agravian del rechazo de la aplicación de la sanción regulada en el art. 52 bis de la Ley 24.240.

La decisión que es objeto de recurso es correcta y debe ser confirmada.

i. Ya he señalado en otras oportunidades (mi voto en causas 162.615 —"Curry..."— del 27/04/2017 y 164.060 —"Gabas..."— del 07/02/2018) que el daño punitivo consiste en "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón D., "Derecho de Daños", 2ª parte, La Roca Buenos Aires, 1993, p. 291 y ss.).

En mi voto en la causa "Machinandiarena Hernández, N. c. Telefónica de Argentina s/ Reclamo contra actos de particulares" (Expte. 143.790, res. del 27/05/2009) expuse que para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, el art. 52 bis de la Ley 24.240 sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resultaría aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Confr. Álvarez Larrondo, "Contrato de paseo en un shopping,

Thomson Reuters

deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361", LA LEY 2008-D, 58).

Empero, también he reconocido que el amplio alcance que le fue asignado al instituto en el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor contrasta con las posturas dominantes en el derecho comparado, en cuanto afirman que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LA LEY 2009-B, 949).

Al presente esta postura se impone en la jurisprudencia nacional que, en forma ampliamente mayoritaria, considera que el mero incumplimiento de la normativa no basta para que proceda la aplicación de la multa civil, propugnando una interpretación sistemática del texto legal. En ese sentido, se señala que para la configuración del daño punitivo debe concurrir un elemento subjetivo agravado en la conducta del proveedor de bienes o servicios, que se traduce en culpa grave o dolo, negligencia grosera, actitud temeraria o notorio menosprecio por los derechos ajenos, así como un elemento objetivo consistente en un daño que por su gravedad, trascendencia social o repercusión institucional demande la imposición de una sanción ejemplar (v. CNCom., Sala A, "Emacny SA s/ ordinario", S. 09/11/2010, elDial.com AA6880; idem Sala F, "R. S. A. c. Compañía Financiera Argentina SA" S. 10/05/2012, elDial.com AA769F y "Murana c. Peugeot Citroen Argentina SA" S. 05/06/2012, elDial.com AA792B; idem Sala D, "E. N. c. Galeno SA" 28/06/2012 elDial.com AA7AC3; idem Sala C, "P. G. M. c. Nación Seguros de Vida SA" S. 11/07/2013, elDial.com AA8856; CNCiv., Sala H, "San Miguel c. Telecentro SA" S. 10/12/2012, elDial.com AA7CC9; CNCiv. y Com. Fed. Sala I, "L. M. c. Edesur SA" S. 15/07/2014, elDial.com AA8A08; TSJ Córdoba, "Teijeiro c. Cervecería y Maltería Quilmes SA" S. 15/04/2014, elDial.com AA8934; Cám. Sexta Civ. y Com. Córdoba, "R. S. c. Amx Argentina SA" S. 26/03/2015, elDial.com AA8EA7; Cám. Civ. y Com. Rosario, "Rodríguez c. AFA" S. 09/04/2013, elDial.com AA80D2; Cám. Civ. y Com. Azul, "Rossi c. Whirlpool Arg. SA" S. 11/06/2013, elDial.com AA805D, entre otros).

Esta idea se acompasa con la función económica que también se le ha asignado al instituto, funcionando como un elemento disuasivo para que el proveedor de un producto o servicio no continúe, mantenga o repita conductas similares a las que motivaron la multa, destruyendo la denominada "ecuación perversa" conforme la cual al empresario le resulta menos costoso dañar y reparar en el caso individual antes que prevenir y evitar en la generalidad de los casos (Irigoyen Testa, Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?" RCyS 2009-X, 16; Cám.Ap.Civ.Com. de Rosario, Sala IV, "Vázquez Ferreyra, Roberto c. Claro AMX Argentina y otro s/ daños y perjuicios", del 07/08/2012).

ii. Como he dicho en la causa "Taliercio Di Iorio" (c. 167624 del 11/06/2019) no escapa a mi conocimiento lo resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en caso "Castelli, María C. c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico" (C.119.562, del 17/10/2018). Allí la Corte afirmó que "[e]l art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (BO del 07/04/2008) es claro en cuanto impone una sola exigencia para la aplicación de la multa o resarcimiento del daño punitivo: que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor" (voto del juez de Lázzari). Agregó que la sanción no requiere "un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado a los fines de juzgar la aplicación de la sanción civil" (fallo cit.).

Reconozco que la interpretación del Máximo Tribunal bonaerense parece ponerse en pugna con la exégesis que ha sostenido este Tribunal en los precedentes ya mencionados: esto es, según la Casación, a la hora de aplicar la multa no debiera exigirse un incumplimiento de gravedad o que este último sea pasible de un reproche que la norma, en rigor, no contempla ni prescribe.

Sin embargo, no solo considero que ello no ha de cambiar la suerte del embate, sino que además me permito señalar mi disidencia con la exégesis propuesta por la Casación e insistir en el estándar detallado en los párrafos precedentes con base en los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales mayoritarios.

En efecto, el artículo 52 bis de la LDC dice que "[a]l proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor (...)".

La norma no impone al juez un deber de sancionar ante la sola verificación de un incumplimiento obligacional del proveedor. Si así hubiera sido regulado, la multa no sería más que la consecuencia jurídica forzosa derivada de la aplicación estricta de una norma ante la verificación procesal de un cierto estado de cosas (aquel que ha sido contemplado por el legislador como el antecedente de su aplicación). En otras palabras, la decisión de sancionar sería la conclusión de

Thomson Reuters

un sencillo silogismo: de verificarse un cierto estado de cosas —el incumplimiento— necesaria e indefectiblemente debe seguirse una cierta consecuencia normativa —el juez debe aplicar una sanción—.

Pero no es esa la opción deóntica escogida por nuestro legislador. La ley regula una facultad o prerrogativa del magistrado, de lo que se sigue que si se verifica un cierto estado de cosas (el incumplimiento de un proveedor) el juez puede sancionar, pero también puede no hacerlo aun cuando aquel presupuesto fáctico se encuentre acreditado.

De ello se sigue un interrogante para cuya respuesta —como la propia Corte lo reconoce— la norma no brinda pautas claras: ¿qué razón puede motivar al juez a aplicar la sanción en un caso y no en otro, aun cuando en ambos se hubiere comprobado el incumplimiento obligacional de la proveedora? O quizás la pregunta pueda plantearse de ésta otra manera: si ante dos casos que comparten una propiedad en común (que en ambos se verificó una ilicitud negocial en el marco de un contrato de consumo) el juez puede aplicar una multa en uno y no en el otro, ¿no es razonable pensar que, aceptando que lo anterior no implica un defecto en el desempeño del magistrado, la norma condiciona la aplicación de la multa a algo más que la sola verificación del incumplimiento obligacional?

La respuesta, sin duda, es afirmativa: la estructura lógica y deóntica del art. 52 bis de la Ley 24.240 lleva a considerar que la aplicación de la sanción depende siempre de algo más que la solitaria exigencia de la ilicitud negocial. Y ese algo más necesariamente ha de ser la valoración crítica que el juez debe efectuar sobre los incumplimientos de la proveedora, tarea para la cual —también necesariamente— debe acudir a un cierto parámetro, criterio o estándar que determina y condiciona [consciente o inconscientemente, expresa o implícitamente] la conclusión decisional que vuelca en su fallo. Por cierto: una valoración exactamente igual a la que la Suprema Corte efectúa sobre la base del comportamiento del Banco Galicia en el mencionado caso "Castelli" al momento de confirmar la multa aplicada por la Cámara bahiense (v. considerando V.1.d. del voto del ministro de Lázzari).

Es cierto que la norma no exige expresamente una cierta evaluación crítica del incumplimiento de la proveedora, pero al regular una facultad jurisdiccional [y no un deber que conlleva una consecuencia normativa forzosa e imperativa] implícitamente admite que la conducta de la demandada debe ser sometida a un escrutinio jurisdiccional de cuya suerte o resultado se determine si en el caso procede o no la punición.

Si ello es así —y no dudo que lo sea— el problema no radica en verdad en la disyuntiva de exigir o no exigir algo más que un simple incumplimiento del proveedor como recaudo para la aplicación de una multa civil. En tal caso, el debate pasa por definir si consideramos valioso que el juez explicite en sus sentencias los parámetros —objetivos, subjetivos, morales, económicos o del tipo que sea— que indefectible y necesariamente tendrán una relevancia fundamental a la hora poner en práctica la facultad contemplada en el art. 52 bis de la LDC y decidir si en un cierto caso ha entendido justificada la imposición de una sanción civil. Y el debate pasa también por analizar cuáles son —o entendemos que deben ser— los estándares que deben constituirse como parámetros para tomar esa decisión.

Es este último el contexto en el cual la doctrina ha sugerido —con razón y buenos argumentos— que el juez no aplique sin más una penalidad allí donde se verifica un simple incumplimiento: por el contrario, debe analizar si las conductas reprochadas revisten, además, una cierta gravedad o reflejan un verdadero desprecio por los derechos de la parte débil del contrato de consumo. Y, tal como adelanté, adhiero plenamente a esta propuesta conceptual pues se muestra como un parámetro razonable para definir si corresponde o no aplicar una sanción.

No se trata de hacerle decir a la ley lo que ella no dice, sino que se trata de brindar herramientas explícitas y verificables para que el juez justifique de qué manera evalúa las conductas de la demandada y explicite bajo qué parámetros ejercita la prerrogativa punitiva contemplada en la ley, imponiendo multas en algunos casos y desestimándola en otros.

Ya he dicho en otra oportunidad (mi voto en causa N° 164.033 —"Paco Beltrán...", de la Sala Primera, del 21/08/2018) que siempre es preferible que el juez exteriorice todas las premisas de su razonamiento dado que ello redunda en un resultado socialmente valioso: legitima la decisión como acto de poder, permite a las partes la comprensión de los fundamentos del fallo y facilita su crítica en instancias recursivas si es que acaso consideran que es injusta o inadecuada (art. 42 de la CN y 52 bis de la Ley 24.240).

iii. Ahora bien, he leído minuciosamente la totalidad de las constancias obrantes en este expediente, he reparado con atención en los reproches que los accionantes formularon sobre la conducta de Assist Card y —por último y primordialmente— he ponderado con detenimiento la entidad de los incumplimientos sobre los cuales el magistrado juzgó la procedencia de la demanda y respecto de los cuales la accionada no han invocado agravio alguno.

Thomson Reuters

Sin dejar de sopesar las incomodidades, los disgustos y la impotencia que el comportamiento de Assist Card debió haber provocado en los Sres. J. N. F. y A. B. así como también en el padecimiento soportado por el niño A. por la prolongación innecesaria de su patología —aspectos que ya han sido considerados al analizar la reparación del daño extrapatrimonial—, lo cierto es que el reclamo de la actora prosperó sobre la base de un incumplimiento negocial que, tanto objetiva como subjetivamente, no muestra una gravedad suficiente como para justificar la punición.

Agrego a ello que la falta de respuestas satisfactorias en instancias extrajudiciales ha sido evaluada en forma crítica en otras oportunidades por este Tribunal y ha motivado la aplicación del daño punitivo en los que ha sido posible percibir en la accionada una voluntad deliberada e indubitable de prolongar el pleito y licuar la deuda que la demandada prevé que será condenada a abonar a la accionante (c. 162.615 —"Curry..."— del 27/04/2017).

Sin embargo, no es ese el caso que aquí se presenta dado que no encuentro elementos que me permitan advertir, con la claridad que toda sanción exige, una intención pérfida en la firma accionada en este proceso dirigida a dilatar o prolongar indebidamente el reclamo que se le ha formulado. Reparo especialmente en la distancia temporal entre los hechos que motivaron el diferendo (junio de 2011), la solicitud de sorteo de mediación (agosto de 2013), la interposición de la demanda (junio de 2014), la paralización prolongada de la causa (desde junio de 2014 hasta mayo de 2017) y la ulterior ampliación de demanda (octubre de 2017). Son más de seis años entre los hechos que motivaron el diferendo y el impulso decidido y continuo de este pleito por parte de los reclamantes, todo lo cual —reitero— impide advertir una intencionalidad dilatoria en la parte demandada que pudiera justificar, llegado el caso, la aplicación de la sanción del art. 52 bis de la Ley 24.240.

Entiendo por ello que la solución del juez ha sido la correcta, motivo por el cual propondré al acuerdo el rechazo del recurso (arts. 34.4, 163.6 y cctes. del CPCCBA, art. 1, 4, 52 bis de la Ley 24.240).

III.g. Sobre los intereses moratorios.

i. Los actores objetaron dos aspectos de los intereses moratorios: el momento a partir de la cual corresponde calcularlos (fecha de mora) y la alícuota a utilizar para su liquidación (la tasa).

Es correcto la objeción que plantean sobre la fecha de mora en tanto resulta injusto fijar para todos los rubros que componen el reclamo un único punto de partida de los intereses moratorios y es injusto también establecer ese hito en el día en que se celebró la primera audiencia ante Dirección de Defensa del Consumidor del municipio local. A mi modo de ver, la fecha de mora debe ser establecida de la siguiente manera:

(a) los intereses moratorios correspondientes al daño moral deben calcularse desde el día que se produce el perjuicio. Tal fecha sería el 27/06/2011, momento en el que —según llega incontrovertido a esta instancia— los pasajeros arribaron a destino, corroboraron que su hijo estaba enfermo y solicitaron sin éxito la asistencia médica. Sin embargo, advierto que el apelante reclamó expresamente que la mora sea fijada el 01/07/2011. Razones de congruencia me obligan a ajustar mi decisión a esta última fecha (arts. 18 CN y 34.4 del CPCCBA).

(b) los intereses moratorios correspondientes a la ejecución de la garantía por interrupción de viaje (U$D500 por pasajero; v. supra. considerando "III.c."), el costo de llamada telefónica (U$D30) así como también el aquí incontrovertido reembolso de U$DS95 por pasajero por cambio de fecha de aéreos (considerando "II.1.c" de la sentencia de primera instancia), se calcularán desde el 2 de julio de 2011, día inmediato posterior al regreso al país y que presumiré que fue el momento en el que —de conformidad con lo establecido en la cláusula "D.5.7" del contrato— los actores reclamaron y fundaron su petición frente a la compañía accionada. Sobre este hecho no hay prueba directa pero será presumido como consecuencia del apercibimiento del art. 386 del CPCCBA que se hizo efectivo a fs. 342 ante la omisión de Assist Card presentar los listados de llamados y comunicaciones habidos entre las partes, ofrecido por la actora a fs. 276/vta. (art. 53 de la Ley 24.240 y 163 inc. 5 del CPCCBA).

ii. Las críticas referidas a la tasa con la que calcular los intereses moratorios no es admisible por falta de agravio.

La recurrente solicitó se aplique la tasa "VIP" aunque entiendo que quiso referir a la tasa "BIP", modo en el que se denomina a la alícuota que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires por sus depósitos a plazo fijo constituidos mediante homebanking (comercialmente llamado Banca Internet Provincia).

El juez aplicó la doctrina legal de la SCBA fijada *in re* "Cabrera" (Ac. 119.176, del 15/06/2016) conforme la cual los accesorios por mora han de liquidarse a la tasa pasiva más alta que paga el Banco Público provincial en sus depósitos a treinta días. La referida tasa "BIP" es, hoy, la tasa "más alta" que ofrece el Banco Provincia para ese tipo de inversiones bancarias. En otras palabras, el recurrente pide una solución que es idéntica a la que fue consignada en el fallo apelado (o

Thomson Reuters

incluso potencialmente peor, si el día de mañana —o al momento de liquidar su crédito— el Banco Provincia ofreciera otra tasa más alta y que le resulta más redituable).

Por tal motivo, el recurso —reitero— debe ser desestimado por falta de agravio (art. 242 del CPCCBA).

iii. Por último, entiendo necesario formular dos aclaraciones complementarias, una vinculada al modo de liquidar intereses moratorios en las indemnizaciones por daño moral (expresadas en pesos) y otra vinculada a los intereses moratorios de las restantes obligaciones que componen la condena (todas ellas expresadas en moneda extranjera).

Sobre la primera, memoro que en los fallos "Vera, Juan Carlos" (C. 120.536, sentencia del 18 de abril de 2018) y "Nidera SA" (C. 121.134, sentencia del 03 de mayo de 2018) la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha cambiado la posición que supo sostener en las causas "Cabrera" (Ac. 119.176, del 15/06/2016) y "Padin" (C. 116.930, sent. del 10/08/2016) con relación a los intereses moratorios liquidados sobre créditos calculados a valores actuales.

En estos precedentes, la Casación resolvió que en aquellos supuestos en los que sea pertinente el ajuste por índices o bien cuando se fije un quantum a valor actual, los intereses moratorios sobre el crédito indemnizatorio deben liquidarse aplicando una tasa pura del 6% anual que se devenga desde que se hayan producido los perjuicios y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Comercial). De allí en más, resultará aplicable la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días (en este punto se mantiene vigente lo resuelto en "Cabrera..." —c. 119.176, del 15/06/2016).

En mi voto en las causas "Pellizi..." (c. 161.257, sentencia del 06/10/2016) y "Larrea..." (c. 163.205, sentencia del 06/09/2017) ya había señalado —antes que la SCBA mute su criterio— que "[l]a utilización de tasas puras desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia es una razonable herramienta que pretende evitar resultados que pueden ser calificados de injustos, cual es el caso del damnificado que recibe el capital aumentado (representado aquí por la cuantificación actual del valor reclamado), y a la vez, sobre dicho capital percibiría el accesorio de los intereses a una tasa (activa o pasiva) solo justificable en épocas de aguda inflación. La concurrencia de dos correctivos encaminados al mismo fin, produciría, a favor del damnificado, un enriquecimiento sin causa".

En las causas "Taddey" y "Cerizola" (causas N° 165.213 y 165.214, del 04/06/2018) esta Sala se ha plegado a la nueva doctrina legal de la Casación. Afirmé allí que "si se utilizan tasas bancarias [pasivas o activas] que han sido determinadas en función del fenómeno inflacionario y se las aplica en forma retroactiva sobre un capital que ya fue cuantificado teniendo en cuenta el envilecimiento del signo monetario (sea por vía de indexación, o representación actual de un cierto valor), se produce una previsible distorsión que altera el significado económico de la condena y que encierra —en este punto— un enriquecimiento del acreedor que carece de causa".

Es importante destacar que no se trata de modificar el interés que percibe la actora como complemento que se devenga *ex lege* y que tiene como función indemnizar el daño moratorio (esto es, aquel que sufre el acreedor por el retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación). Por el contrario, el sistema de liquidación que ahora propone la Suprema Corte local —y que corresponde aplicar al rubro daño moral— lo que permite es evitar que los intereses moratorios terminen cumpliendo una función que en principio no le es propia: mantener el contenido económico de un capital que, en este caso en particular, ya se ha expresado en valores actuales (art. 622 del Cód. Civil —Ley 340— y 768 y ss. del Cód. Civ. y Comercial —Ley 26.994—).

Por ello, y teniendo en cuenta que la cuantificación del daño moral ha sido efectuada en esta instancia a valores actuales y no históricos, corresponde liquidar los intereses por mora sobre las indemnizaciones por daño moral a una tasa pura del 6% anual desde la fecha de mora y hasta la fecha de la presente sentencia y, de allí en más y hasta el efectivo pago, a la tasa fijada por el juez de primera instancia siguiendo los lineamientos del fallo "Cabrera" y que no han sido objeto de un agravio admisible (tasa pasiva más alta para depósitos a treinta días; SCBA, "Vera" —c. 120.536— del 18/04/2018 y "Nidera SA" —c. 121.134— del 03/05/2018, "Cabrera" —c. 119.176— del 16/06/2016).

iv. Ahora bien, no puedo dejar de advertir que el juez aplicó una tasa bancaria para operaciones en pesos —la más alta de depósitos a plazo fijo a treinta días del Banco de la Provincia de Buenos Aires— sobre la totalidad de la condena, sin reparar en que uno de los rubros que integran la obligación del deudor fue expresado en moneda extranjera.

Esa decisión luce problemática dado que las tasas bancarias de nuestro país —sean activas o pasivas— internalizan la depreciación del signo monetario nacional, motivo por el cual son bajas y a veces negativas en términos reales pero tienen una expresión nominal sumamente elevada (el valor real se obtiene descontando de la tasa nominal la inflación esperada). Demás decir que la inflación argentina es muy supe-

Thomson Reuters

rior a la que padece la economía estadounidense, por lo que aplicar una tasa de interés nominal que opera en una economía altamente inflacionaria sobre capital expresado en una moneda estable emitida por un país cuya economía tiene niveles inflacionarios muy bajos —como el dólar estadounidense— genera un resultado que puede ser objeto de fundadas críticas tanto desde una óptica jurídica como desde una mirada económica.

Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con el daño moral, no encuentro motivos para abordar y enmendar oficiosamente un error que ya trae la sentencia de primera instancia y que, pudiendo ser objeto de agravio, la demandada decidió consentir.

La adecuación del modo de liquidar los intereses sobre el rubro daño extrapatrimonial obedece a la modificación del sistema de cálculo adoptada por este Tribunal al admitir el agravio de la actora (en lugar de utilizar valores históricos se acudió a referencias monetarias actuales) y las directrices que en tal sentido fijó la Casación bonaerense (fallos "Vera" y "Nidera SA", cit.). En cambio, el error de aplicar tasas para operaciones en pesos a una condena en dólares no obedece a una decisión de esta Alzada ni ha sido consecuencia del éxito del recurso de la accionante: es un problema que arrastra una parte de la decisión de primera instancia y que la demandada decidió voluntariamente no controvertir.

En este punto —y, reitero, a diferencia de lo señalado en el acápite anterior— resulta aplicable la regla general conforme la cual los tribunales de segunda instancia asumen una competencia rogada, motivo por el cual ésta ha de ajustarse a los recursos deducidos ante ella, limitación que tiene jerarquía constitucional (CSJN, Fallos: 313:983; 319:2933 entre otros).

Así lo voto.

El doctor *Loustaunau* votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor *Monterisi* dijo:

Corresponde: I. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar la sentencia de primera instancia del siguiente modo: (a) admitir el reclamo denominado "daño emergente" consistente en la garantía por viaje interrumpido por un total de 500 dólares estadounidenses para cada uno de los tres actores; (b) admitir el reclamo por el costo de llamada telefónica por un total de 30 dólares a favor de los coactores J. N. F. y A. B.; (c) admitir la indemnización por daño moral a favor de A. F. por un total de $200.000; (d) incrementar la indemnización por daño moral a favor de J. N. F. y A. B. a un total de $100.000 para cada uno, (e) modificar la fecha de mora que operará como punto de partida del cálculo de los intereses moratorios, de conformidad con lo establecido en el considerando "III.g.i" de la presente; (f) modificar el modo en que se calcularán los intereses moratorios sobre las indemnizaciones por daño moral, el cual deberá ajustarse a las pautas establecidas en el considerando "III.g.iii" de la presente sentencia; II. Imponer las costas a la demandada en atención al modo en que se resuelven la cuestiones que fueron objeto de agravio (art. 68 *in fine* del CPCCBA, esta Sala, c. 166.734 —"Capparelli"— del 06/03/2019); III. Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la Ley 14.967).

Así lo voto

El doctor *Loustaunau* votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos dados en el precedente Acuerdo, se resuelve: I. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar la sentencia de primera instancia del siguiente modo: (a) admitir el reclamo denominado "daño emergente" consistente en la garantía por viaje interrumpido por un total de 500 dólares estadounidenses para cada uno de los tres actores; (b) admitir el reclamo por el costo de llamada telefónica por un total de 30 dólares a favor de los coactores J. N. F. y A. B.; (c) admitir la indemnización por daño moral a favor de A. F. por un total de $200.000; (d) incrementar la indemnización por daño moral a favor de J. N. F. y A. B. a un total de $100.000 para cada uno, (e) modificar la fecha de mora que operará como punto de partida del cálculo de los intereses moratorios, de conformidad con lo establecido en el considerando "III.g.i" de la presente; (f) modificar el modo en que se calcularán los intereses moratorios sobre las indemnizaciones por daño moral, el cual deberá ajustarse a las pautas establecidas en el considerando "III.g.iii" de la presente sentencia; II. Imponer las costas a la demandada en atención al modo en que se resuelven la cuestiones que fueron objeto de agravio (art. 68 *in fine* del CPCCBA, esta Sala, c. 166.734 —"Capparelli"— del 06/03/2019); III. Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 31 de la Ley 14.967).III. Regístrese y notifíquese personalmente o por cédula (art. 135) y, oportunamente, devuélvase. En Mar del Plata se procede a firmar digitalmente la presente resolución conforme la acordada 3975/20 de la SCBA. *— Ricardo D. Monterisi. — Roberto J. Loustaunau.*

Thomson Reuters

VENTA POR INTERNET. GENERACIÓN DE CONFIANZA

Plataforma digital de comercio electrónico. Sanción administrativa por infracciones a la Ley de Defensa del Consumidor. Derecho a la doble instancia.

1. — Si bien el principal servicio prestado por las plataformas digitales de comercio electrónico consiste en la intermediación tecnológica con la finalidad de que los usuarios del sistema intercambien bienes y servicios, en los últimos tiempos han ido incorporando herramientas y prestaciones adicionales (tales como sistemas de reputación o calificación de los usuarios, plataformas de pago, sistema propio de envíos, mecanismos de reclamos) que tienen como propósito generar confianza a los usuarios del sistema y, en definitiva, como objetivo final, atraer cada vez más usuarios; esto, sumado al beneficio económico que obtienen, justifican que les sean aplicables las normas del derecho de consumo.

2. — Si la propuesta negocial de la empresa consiste en ofrecer un ámbito virtual para que las personas que ofertan y demandan bienes y servicios se contacten, pero además para que celebren y perfeccionen el contrato entre ellas. La organización no se limitó a ofrecer un espacio de encuentro sino que participó de la concreción de la operación final, en torno a la cual confluye toda su operatoria y de la cual obtiene un beneficio económico, es por esto que asumió un rol activo en procura del perfeccionamiento de los contratos entre los usuarios, quienes ingresan al sistema en base a la confianza que les genera la empresa, y, como prestadora de un servicio que excede la mera intermediación, tiene a su cargo obligaciones en materia de información al consumidor o usuario del servicio.

3. — El hecho de considerar que el reclamo estaba resuelto, a pesar de la evidente ausencia de una respuesta satisfactoria al reclamo de la compradora en una plataforma digital, no se condice con el trato digno que la ley exige dispensar al consumidor o usuario (art. 8 bis, Ley 24.240).

4. — Si de las constancias de la causa surge que el consumidor abonó el producto adquirido en una plataforma virtual utilizando la plataforma virtual de pago asociada a la empresa sancionada, es decir el sistema de pago electrónico ofrecido y gestionado ella, ello importa la prestación de un servicio adicional que evidencia que el rol asumido es claramente diferente al de un "periódico o boletín electrónico".

5. — La postura asumida por la empresa, de calificarse como enteramente ajena al contrato que le da sentido a su operatoria y del cual obtiene un beneficio, resulta contraria a la buena fe, más aún cuando tiene a su disposición los instrumentos técnicos para procurar el cumplimiento del deber de información previsto en la LDC.

6. — El comercio a través de las vías informáticas representa un fenómeno cuya utilización se ha multiplicado exponencialmente en vastos sectores sociales. Precisamente, porque constituye un canal de comercialización de suma importancia en la actualidad, la plataforma de compra y venta digital debe desarrollar su actividad en el marco de la legalidad, cumpliendo los deberes que emanan del estatuto consumeril cuando asuma la calidad de proveedor de servicios en los términos de esa normativa.

7. — La singularidad de la causa, que importa la revisión de una sanción administrativa impuesta en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, a lo que se suman las particularidades en la tramitación señaladas como consecuencia de la entrada en vigencia de la ley 10.247, conduce a flexibilizar los rígidos contornos del recurso de casación, habilitando el análisis de aquellos aspectos propios de las instancias ordinarias, a los fines de garantizar el derecho a la doble instancia.

TS Córdoba, sala civil y com., 19/05/2020. - Mercado Libre SRL c. Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/ recurso apelación c/ decisiones de persona jur. pub. no estatal - recurso directo.

[Cita on line: AR/JUR/16523/2020]

COSTAS

Por el orden causado, toda vez que existen elementos objetivos que autorizan a atenuar el criterio general de vencimiento y a eximir de costas a la vencida en casación (art. 130 *in fine* del CPC). En efecto, la complejidad de la causa, lo novedoso de la materia discutida y las particularidades que rodearon la tramitación de la denuncia que dio lugar al presente juicio, pudieron válidamente inducir a la parte actora a considerarse con derecho a litigar y —en definitiva— a estimar razonable incoar el presente embate extraordinario.

Thomson Reuters

Córdoba, mayo 19 de 2020.

Considerando:

I. Los términos del recurso directo admiten la siguiente síntesis:

Luego de referirse al cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la queja y a los antecedentes de la causa, la impugnante sostiene que la resolución denegatoria resulta inválida.

Afirma que acreditó *prima facie* la configuración de la causal prevista en el inc. 1° del art. 383 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y que explicó y detalló los motivos por los cuales la decisión casada carece de fundamentación lógica y legal.

Sostiene que el *a quo* debía limitarse a controlar los requisitos de admisibilidad y que, pese a ello, ingresó al análisis del fondo de la cuestión, reiterando los argumentos expuestos al resolver la apelación.

Denuncia que omitió tratar el agravio referido al principio de presunción de inocencia, en función del cual alegó la ausencia de prueba que acredite los hechos imputados a su parte.

Asevera que el *a quo* incurrió en un razonamiento erróneo y arbitrario al desestimar el planteo de afectación del derecho de defensa y aduce que no prestó aquiescencia tácita al rechazo del ofrecimiento de prueba efectuado por su parte, y que además no tuvo —siquiera— la oportunidad de cuestionar esa decisión.

Objeta que se haya calificado a la impugnación como una discrepancia con la sentencia, alegando que explicitó los motivos que sustentaron los planteos de falta de fundamentación lógica y legal. Reseña los agravios y argumentos expresados en el recurso de casación.

Idéntica crítica postula en torno a la desestimación del planteo de arbitrariedad. Afirma que, de mantenerse la condena, se afectaría el derecho de Mercado Libre a ejercer una industria lícita.

Sostiene que la *a quo* hace caso omiso al planteo consistente en que el caso reviste trascendencia social y gravedad institucional y reitera los argumentos que convergen en señalar que el criterio sustentado en el fallo implicará la desaparición de los servicios de intermediación por internet, así como el rol económico que cumple la empresa en el comercio de Argentina y Latinoamérica.

Asevera que la declaración de inadmisibilidad del recurso vulnera la garantía constitucional de acudir a un Tribunal Superior, prevista en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de rango constitucional. Aduce que dicha garantía fue reconocida por nuestro Máximo Tribunal en la causa "Giroldi", declarándose la inconstitucionalidad de una norma del CPPN que establecía limitaciones a la admisibilidad del recurso de casación en razón del monto de la pena.

Sostiene que dicho principio es aplicable al caso, teniendo en cuenta que la Ley de Defensa del Consumidor contiene normas que forman parte del llamado "Derecho Administrativo Sancionador", las cuales revisten naturaleza penal. Cita doctrina y jurisprudencia en sustento de su alegación.

Puntualiza que se ha tramitado solo una instancia judicial y que resulta necesaria la habilitación del recurso ante este Alto Tribunal porque, de lo contrario, se afectaría la garantía de su parte a obtener la revisión de la condena.

Alega que en caso de duda, por aplicación del principio in dubio pro reo, debe resolverse a favor de la concesión del recurso. Cita doctrina en sustento de su alegación.

II. Previo a ingresar al tratamiento de la queja, considero conveniente formular una reseña de los antecedentes de la causa.

Mediante la decisión objeto del recurso de casación, la Cámara *a quo* confirmó la Resolución N° 185 dictada con fecha 17 de octubre de 2014 por el Sr. Director General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial de la Provincia, que impuso una multa a la firma Mercado Libre SRL —en los términos del art. 47 inc. b de la Ley 24.240— graduada en la suma de $20.000, por considerar que infringió los arts. 4, 9, 11, 13 y 34 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

La denuncia que dio lugar a la aplicación de la sanción se sustentó en la falta de respuesta satisfactoria de parte de Mercado Libre SRL frente al hecho de que con fecha 12/01/2014 la Sra. Carolina Nilda Grifasi adquirió por medio del sitio web de Mercado Libre un par de zapatillas nuevas y, sin embargo, la vendedora le envió un par de zapatillas usadas en una caja correspondiente a otra marca.

Tramitada la etapa de conciliación prevista en el art. 45 de la Ley de Defensa del Consumidor, compareció el apoderado de la firma y manifestó que Mercado Libre se limitó a brindar una plataforma web en la que vendedor y comprador concretaron un negocio jurídico en el que Mercado Libre no tuvo ninguna participación.

Thomson Reuters

La decisión de la Dirección Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, de fecha 16 de mayo de 2014, dispuso la imputación de Mercado Libre por presunta infracción a los arts. 4; 9; 11; 13 y 34 de la ley 24.240 y sus modificatorias. La firma Mercado Libre SRL formuló su descargo a fs. 21/32 de los autos principales. Alegó que su actuación se limita a generar —mediante su plataforma en línea— un lugar de encuentro para los diferentes usuarios que se registran a los fines de comprar y vender determinados productos y/o servicios, para que sean éstos quienes, de manera independiente y por fuera de la plataforma comercial, realicen las operaciones que correspondan. Expresó que el usuario vendedor es el creador de su anuncio clasificado, quien bajo su propia y exclusiva responsabilidad establece todos y cada uno de los términos y condiciones de su oferta, siendo el único responsable del contenido de la publicación y del respeto de lo establecido en la Ley 24.240. Insistió en que el usuario que se vale del sitio web de Mercado Libre para vender o comprar servicios o productos lo hace por su cuenta y bajo su propio riesgo, sin que éste sea responsable de la calidad y demás detalles de los productos ofrecidos.

Adujo que el objeto de las actuaciones se sustentó en hechos en los que su parte no tuvo ninguna participación ni injerencia —entrega de un producto que no se encontraba en las condiciones anunciadas por la vendedora y posterior incumplimiento de la garantía correspondiente al artículo en cuestión— por lo que mal pudo haber sido imputada por presunta violación de los arts. 9 y 11 de la ley 24.240. Cuestionó la aplicabilidad del art. 34 de la LDC a la actividad desarrollada por su parte por cuanto no reviste la condición de vendedor de los artículos y servicios que se publicitan para su venta y/o contratación en el sitio web.

Mediante resolución N° 185/2014 el Sr. Director General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial dispuso la imposición de una multa a Mercado Libre SRL de Pesos Veinte Mil ($20.000) y la publicación, a su costa, de la resolución en el diario "La Voz del Interior" (fs. 65/66 de los autos principales radicados en esta sede).

Apelada la decisión por Mercado Libre SRL, el recurso fue concedido por resolución N° 003/2015 y se dispuso la remisión de las actuaciones a la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo. Con fecha 29/04/2015 se ordenó la remisión de las actuaciones a la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial que por turno corresponda, de conformidad a lo dispuesto por el art. 57 de la ley 10.247.

Recibidas las actuaciones por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Cuarta Nominación, asumida la competencia por el Tribunal (Auto N° 228 de fecha 03/07/2015, fs. 56/59), se corrió traslado al Sr. Fiscal de Cámaras en lo Civil y Comercial quien lo evacuó a fs. 61/79.

A fs. 98 el Tribunal de apelación rechazó el planteo de incompetencia formulado a fs. 90/91 por Mercado Libre SRL

A fs. 112/126 Mercado Libre SRL, presentó un escrito contestando el dictamen de Fiscalía de Cámaras y solicitó el replanteo de prueba en segunda instancia. Mediante proveído de fecha 11 de octubre de 2016 (fs. 127) el Tribunal no hizo lugar a la contestación del dictamen y al replanteo de prueba solicitado.

Con fecha 29 de diciembre de 2016 se dictó el Auto Interlocutorio N° 492 (fs. 138/141) objeto del recurso de casación *sub judice.*

III. El régimen procesal aplicado al trámite y a la competencia de la instancia revisora jurisdiccional.

III.1. En los presentes autos se da la particularidad de que, como consecuencia de la vigencia —a partir del mes de febrero de 2015— de la Ley N° 10.247: "Regulación de derechos de consumidores y usuarios - Aplicación de las leyes nacionales N° 24.240 (Defensa del consumidor), N° 22.802 (Lealtad comercial) y N° 19.511 (Metrología legal)", se aplicaron al caso dos regímenes procesales distintos: uno al trámite por el cual se analizó la presunta infracción y se impuso la sanción y, otro, a la competencia del tribunal revisor en la instancia jurisdiccional.

Al recibir las actuaciones con fecha 13 de mayo de 2015, la Cámara *a quo* advirtió que el recurso de apelación había sido concedido por ante el fuero contencioso administrativo de conformidad a los términos de la Ley 8835, texto según ley 8994/02 (denominada "Carta del Ciudadano") y que, no obstante ello, con invocación de la nueva Ley de procedimiento administrativo de consumo N° 10.247, se había efectuado la remisión al fuero civil y comercial. En ese contexto, decidió correr traslado al Sr. Fiscal de Cámaras, para luego expedirse sobre su competencia (ver decreto de fs. 75 de los autos principales tenidos a la vista ad effectum videndi). Mediante Auto Interlocutorio N° 228, de fecha 3 de julio de 2015, la Cámara *a quo* se declaró competente para entender en el recurso de apelación en los términos de la nueva normativa; sin perjuicio de ello, asumió que el trámite debía juzgarse cumplido bajo la vigencia de la ley anterior. Tal resolución adquirió el carácter de firme.

III. 2. Las modificaciones operadas en el régimen local en materia de procedimiento administrativo de consumo

Thomson Reuters

Tal como fuera referido precedentemente, en el mes de febrero de 2015 empezó a regir una nueva ley de procedimiento administrativo del consumo (Ley provincial N° 10.247), cuyo objetivo es implementar en el ámbito de la provincia las directivas que —en materia de derecho del consumo— establecen el art. 42 de la Constitución Nacional y la Ley Nacional 24.240 y sus modificatorias.

La norma modifica el trámite administrativo de juzgamiento de las presuntas infracciones a dicho ordenamiento y, en especial, el régimen para impugnar las sanciones aplicadas por la Dirección General de Defensa del Consumidor (en adelante la Autoridad de Aplicación).

En términos generales, establece que las actuaciones pueden iniciarse de oficio (art. 12), o por reclamo o denuncia (art. 19); se prevé la elaboración de un acta de infracción (art. 13) y la posibilidad de que el presunto responsable efectúe el correspondiente descargo y ofrezca prueba (art. 16).

Luego de producida la prueba y previo dictamen del área jurídica, se elevan las actuaciones al Director General de la Autoridad de Aplicación para que dicte resolución definitiva (art. 35).

Contra el acto administrativo que impone la sanción puede plantearse el recurso de reconsideración (art. 54), que es resuelto por la misma autoridad, sin sustanciación (art. 55). Esta última decisión agota la vía administrativa y puede impugnarse por la vía del recurso de apelación ante la jurisdicción provincial con competencia en la materia de fondo (derecho del consumidor), es decir, las Cámaras de Apelaciones Civiles y Comerciales (arts. 55 y 57, ib.).

Cabe resaltar que el régimen de procedimiento administrativo anteriormente vigente (Ley 8835, modificada por ley 8994/2002, llamada "Carta del Ciudadano"), no preveía el recurso de reconsideración para agotar la vía administrativa y las decisiones dictadas por la Autoridad de Aplicación que imponían sanciones eran impugnables ante las Cámaras Contencioso Administrativas.

A su vez, la decisión dictada por estos tribunales podía apelarse ante el Tribunal Superior de Justicia, en los términos del art. 10 del Código de Procedimiento Contencioso Administrativo, Ley 7182, norma que en lo pertinente dispone: "...El Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Contencioso Administrativa, conoce y resuelve en segunda instancia en las causas en que la Provincia sea parte...".

III.3. Las particularidades en la tramitación de la presente causa como consecuencia de la modificación legislativa operada.

En el caso se configura una situación procesal singular, originada en las modificaciones introducidas por la Ley 10.247, a las que se hizo referencia en el apartado precedente.

En efecto, como consecuencia de la nueva competencia asignada a las Cámaras de Apelaciones Civiles y Comerciales para ejercer el control jurisdiccional sobre las decisiones adoptadas por la Autoridad de Aplicación, llega a esta instancia extraordinaria por la vía del recurso de casación, la impugnación contra una resolución que aplica una sanción administrativa, aspecto del cual no puede prescindirse al efectuar el análisis de admisibilidad de la impugnación intentada. Además, en razón de que la competencia ahora es asignada a las Cámaras con competencia en lo Civil y Comercial, la resolución dictada por éstas puede ser objeto de recurso de casación, en los términos del art. 383, Cód. Proc. Civ. y Comercial. Como consecuencia de ello, el análisis que puede formular este Tribunal Superior de Justicia es —en principio— más acotado que el que podía realizar cuando la competencia era asignada a las Cámaras en lo Contencioso Administrativo (supuesto en que este Tribunal actúa como segunda instancia en las causas en que la Provincia sea parte - art. 10, Ley 7182).

Pero, al mismo tiempo, se da otra particularidad en la tramitación de la causa, cual es que —como en sede administrativa se llevó a cabo de conformidad al régimen anterior, Ley 8836— las partes no contaron con la posibilidad de deducir recurso de reconsideración en contra de la decisión que impuso la sanción.

Es decir, por un lado, en la instancia administrativa, la denunciada no tuvo la alternativa de plantear recurso de reconsideración y, por el otro, la posibilidad de revisar judicialmente la procedencia de la sanción estaría limitada por el estrecho marco de cognición delimitado por el régimen del recurso de casación previsto por el Cód. Proc. Civ. y Comercial.

III.4. Una mirada estricta sobre el ámbito de cuestiones que pueden ser impugnadas por vía del recurso de casación, tal como ha sido legislativamente diseñado en el Cód. Proc. Civ. y Comercial, conduciría a concluir que la posibilidad de lograr una revisión amplia de la decisión que aplicó la sanción, quedó reducida a la instancia de apelación en cuyo marco se pronunció la Cámara *a quo* en tanto la competencia revisora propia de esta sede extraordinaria, acotada a los aspectos lógicos-formales, excluye la posibilidad de formular un juicio de mérito que abarque la valoración integral de los hechos y de la prueba rendida.

Thomson Reuters

Sin embargo, la singularidad de la presente causa, que importa la revisión de una sanción administrativa impuesta en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, a lo que se suman las particularidades en la tramitación señaladas como consecuencia de la entrada en vigencia de la ley 10.247, conduce a flexibilizar los rígidos contornos del recurso intentado, habilitando el análisis de aquellos aspectos propios de las instancias ordinarias, a los fines de garantizar el derecho a la doble instancia.

Sin adentrarnos en el problema de la naturaleza de las contravenciones —y su relación con los ilícitos penales—, en la actualidad existe consenso en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia en orden a que ambos constituyen una exteriorización del poder punitivo del Estado y que, por tal razón, en el trámite tendiente a verificar la existencia de la infracción y aplicar la sanción, deben regir las garantías del derecho penal. No obstante, la aplicación de tales principios exige las necesarias modulaciones del caso, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, lo que determina que debe realizarse con suma cautela, atenuado rigor y mayor flexibilidad y ponderando las diferencias entre los diversos regímenes.

En ese sentido se ha pronunciado la CSJN "...los principios y reglas del derecho penal resultan aplicables en el ámbito de las sanciones administrativas (doctrina de Fallos: 290:202; 303:1548; 312:447; 327:2258; 329:3666, entre otros), siempre que la solución no este prevista en el ordenamiento jurídico específico (doctrina de Fallos: 274:425; 296:531; 323:1620; 325:1702), y en tanto aquellos principios y reglas resulten compatibles con el régimen jurídico estructurado por las normas especiales (doctrina de Fallos: 317:1541, entre otros)" (conf. CSJN, 26/06/2012, Comisión Nacional de Valores c. Telefónica Holding Argentina SA s/ organismos externos", Fallos: 335:1089).

Es que, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la posibilidad de una revisión íntegra del fallo confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y, al mismo tiempo, brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado (CIDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina [Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones], Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C N° 260, párr. 242; Caso Barreto Leiva c. Venezuela [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C N° 206, párr. 89; Caso Mohamed c. Argentina [Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia de 23 noviembre de 2012, Serie C N° 255, párr. 97; Caso Liakat Ali Alibux c. Suriname [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276, párr. 85)".

En definitiva, las particularidades puestas de resalto, tornan aplicable al caso la garantía de la doble instancia recursiva prevista para los procesos penales en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 8°, apart. 2°, inc. h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Desde esta perspectiva, debe procederse a la consideración de los agravios planteados a través de la impugnación extraordinaria local, dejando en claro que el criterio excepcional sentado responde a las específicas características que convergen en el caso y que, por ende, no resulta directamente extrapolable a otros supuestos.

IV. A mérito de lo expuesto, corresponde declarar mal denegado el recurso de casación fundado en el inc. 1° del art. 383 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y habilitarlo por ésta vía.

V. La admisión de la queja impone la restitución del depósito que fuera condición de su admisibilidad formal.

VI. El escrito de casación, en lo que es de interés para el presente acto decisorio, admite el siguiente compendio.

a. La recurrente denuncia que lo decidido afecta el principio de inocencia y la garantía de defensa por cuanto los hechos que se le imputan no fueron acreditados y se rechazó el diligenciamiento de prueba por ella solicitado.

En sustento de la crítica, alega que las infracciones y sanciones administrativas integran el derecho penal, por lo que resultan supletoriamente aplicables sus principios y normas.

Sostiene que el acto sancionatorio confirmado por la Cámara sólo se sustenta en simples manifestaciones de la denunciante y de la Dirección de Defensa del Consumidor, que no tienen correlato con las constancias de la causa ni con los hechos acontecidos.

En ese sentido, afirma que las copias simples acompañadas al expediente no dan respaldo a las manifestaciones realizadas en la denuncia.

Aduce que no se notificó el reclamo a la Sra. Micaela Tercero —vendedora de las zapatillas—, coartando su oportunidad de controvertir los hechos alegados por la Sra. Grifasi y de aportar prueba.

Alega que la Autoridad de Aplicación pasó por alto el ofrecimiento de prueba documental e informática efectuado por su parte y que, al interponer el recurso de apelación, su parte insistió con el diligenciamiento

Thomson Reuters

y el pedido fue desestimado de manera arbitraria por la Cámara. Indica que a través de ambos medios de convicción procuraba acreditar lo expresado en sus escritos, mediante una explicación técnica sobre el funcionamiento de Mercado Libre.

b. Denuncia que la Cámara formuló una incorrecta aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.

En tal orden de ideas, cuestiona que se le aplique la responsabilidad solidaria prevista en el art. 13 LDC, alegando que la actividad por ella desarrollada no engasta en ninguno de los supuestos previstos en esa norma.

Afirma que sólo es proveedor de los servicios que ofrece y publicita a través del sitio web, los cuales fueron prestados de manera efectiva y eficiente, y que no tiene vinculación con los productos que se comercializan por ese medio informático. Niega ser distribuidor de los artículos publicados.

Agrega que pretender que garantice los negocios celebrados entre los usuarios de la plataforma de comercio electrónico importa imponerle una obligación de cumplimiento imposible (art. 279, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Cuestiona que se le atribuya el incumplimiento del deber de información (arts. 4 LDC) bajo el argumento de que resulta ajena a las operaciones de compraventa que se celebran a través de la plataforma de comercio electrónico. Afirma que tales deberes recaen sobre el vendedor que realiza la operación y que su participación se limita al ofrecimiento del software que posibilita la interacción entre vendedor y comprador.

Asevera que le resulta fácticamente imposible proveer información respecto de los productos que se comercializan porque no toma contacto con los mismos.

Añade que constituye una compañía de software que provee soluciones de comercio electrónico y que, previo a la utilización de los servicios ofrecidos, informa a todos los usuarios los términos y condiciones con las exigencias del art. 4 LDC. Sobre esa base, afirma que se equipara erróneamente a su parte con el vendedor adjudicándole el incumplimiento de deberes de la LDC, de manera infundada.

Sostiene que no existe conexidad entre los tres contratos celebrados: 1. vendedor-Mercado Libre; 2. comprador-Mercado Libre; 3. comprador-vendedor y alega que se trata de negocios individuales e independientes, que carecen de una finalidad económica común. Desarrolla argumentos tendientes a justificar dicho aserto. Adita que no hay finalidad económica común en tanto la frustración de uno de los contratos no afecta la finalidad económica de los otros.

Agrega que no se configura ninguna de las fuentes de conexidad previstas en el art. 1073 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y que ésta tampoco surge de los términos y condiciones aceptados por el denunciante. Señala que los principios de la conexidad contractual son de interpretación restrictiva, en cuanto constituyen una excepción al principio general de relatividad de los contratos. Afirma que otorgar una acción directa a la denunciante contra su parte, en base al incumplimiento del vendedor de un contrato en el cual no intervino, implica vulnerar el principio de relatividad de los contratos.

Posicionándose hipotéticamente en el supuesto de que existiese conexidad contractual, esgrime que de ninguna norma del Cód. Civ. y Com. de la Nación se extrae la solidaridad que aplica la Cámara.

En otro orden de ideas, sostiene que el art. 34 LDC —que prevé la facultad de revocar la aceptación por parte del consumidor y el deber del vendedor de informar ese derecho— deviene inaplicable porque Mercado Libre no reviste la calidad de vendedor de los artículos que se publican en el sitio web y la posibilidad de anunciar esa información sólo la tiene quien realiza la oferta. Afirma que dicha norma está prevista para situaciones comerciales distintas a las del caso, en las cuales el aceptante no tiene suficiente tiempo para reflexionar sobre la operación. Desde otro costado, agrega que la denunciante efectuó el primer reclamo quince días después de que el artículo supuestamente defectuoso estuvo a su disposición, es decir, cuando ya estaba vencido el plazo legal previsto en la norma.

Alega que no existe relación de causalidad entre el supuesto hecho dañoso y la actividad de Mercado Libre. Al respecto, afirma que el hecho de que preste una plataforma y almacene imágenes de productos o servicios ofrecidos por terceros en sus servidores, carece de nexo de causalidad con los supuestos daños que dijo haber sufrido la denunciante. Desarrolla argumentos tendientes a justificar tal afirmación. Agrega que se omitió considerar el hecho de un tercero con virtualidad para quebrar el nexo causal entre el supuesto daño y la conducta de Mercado Libre, en referencia al incumplimiento contractual del usuario vendedor.

Afirma que el cobro de una comisión por venta no implica que Mercado Libre sea parte en esa operación; sostiene que esa vía es una de las tantas formas en que Mercado Libre puede cobrar por el servicio de software que presta.

Thomson Reuters

c. Denuncia que la decisión incurre en un déficit de fundamentación. Cuestiona que se haya descartado la aplicación de las pautas fijadas en el precedente "Rodríguez, María B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios (CSJN, 28/10/2014), en el cual se estableció que la responsabilidad de los motores de búsqueda en internet es de carácter subjetiva, alegando que en el caso se configuran los mismos supuestos de hecho y de derecho que en tal decisorio. Reseña las premisas centrales del mismo, explicando las razones por las cuales estima que deben aplicarse.

Esgrime que la imposición de un factor de atribución objetivo significa: a) poner en cabeza de Mercado Libre una responsabilidad gravosa, que derivaría en la inviabilidad de la actividad por ella desarrollada; b) una "invitación" para que los usuarios demanden con el objeto de obtener indemnizaciones económicas, sin que Mercado Libre pueda esbozar defensa alguna. Desarrolla los argumentos tendientes a justificar ambas premisas.

Cuestiona que la Cámara haya aplicado la doctrina del fallo "Claps, Enrique M. y otro c. Mercado Libre SA s/ daños y perjuicios" (CNCiv., Sala K, 05/10/2012) en el cual se asumió que el software es una cosa riesgosa y que por ende opera un factor objetivo de atribución, alegando que dicho criterio representa una opinión minoritaria que desconoce la doctrina sentada por la CSJN en el fallo "Rodríguez".

d. Sostiene que la resolución cuestionada excede la afectación de los derechos particulares de Mercado Libre, proyectando su efecto nocivo al resto de la sociedad. En tal sentido, alega que el criterio sentado en la sentencia recurrida importa prácticamente la desaparición de los servicios de intermediación por internet, en cuanto determina la obligación de afrontar cuanto incumplimiento se constate en cabeza de los usuarios, lo que representa una cantidad inconmensurable de potenciales reclamos.

Destaca el rol económico y social que cumple como agente generador de puestos de trabajo, oportunidades de negocios, igualdad y democratización del comercio, en Argentina y Latinoamérica.

VII. Reseñados de tal modo los agravios casatorios, corresponde ingresar a su análisis.

VIII. Delimitación de la cuestión a decidir.

Tal como resulta de las consideraciones formuladas al juzgar la procedencia del recurso directo, por vía de la impugnación bajo análisis se cuestiona la imposición de una sanción administrativa por infracciones a la Ley 24.240, en concreto a sus arts. 4, 9, 11, 13 y 34. Es decir, en la presente causa no se juzga un supuesto de responsabilidad por los daños sufridos por la denunciante, sino que el análisis se ciñe a analizar si la conducta desplegada por Mercado Libre importó una infracción a las pautas de conducta prescriptas por las normas mencionadas.

IX. El núcleo de la defensa de Mercado Libre.

La empresa ha reconocido la existencia de la compraventa de las zapatillas, como así también que fue realizada mediante la plataforma de comercio electrónico de su dominio.

Sin embargo, alega que su actividad consiste en ofrecer una plataforma on line que actúa como mercado virtual, en la cual interactúan los usuarios, esto es, quienes ofrecen bienes y servicios y quienes pretenden adquirir los mismos, distinguiéndose en tal operatoria tres contratos: dos de ellos iniciales, por un lado el celebrado entre Mercado Libre con los oferentes de los productos o servicios y, por otro, el celebrado entre Mercado Libre con los compradores, mediante los cuales éstos quedan habilitados a usar el sistema, previa conformidad con los términos y condiciones fijados por la empresa. El tercer contrato es el que se perfecciona entre los usuarios, a través del cual se adquieren los bienes y servicios ofertados. El núcleo de la defensa de Mercado Libre consiste en señalar que este último negocio no lo obliga de ninguna forma, en razón de que le resulta ajeno ya que no tiene ningún tipo de intervención en su perfeccionamiento y carece de todo contacto con los bienes que se comercializan.

X. Relación de consumo en el marco de la conexidad contractual. La calificación de Mercado Libre como proveedor de servicios en los términos de la Ley 24.240.

X. 1. La comercialización a través de plataformas digitales involucra una operatoria ciertamente compleja cuyas modalidades generan relaciones jurídicas que, en ocasiones, resultan difíciles de encuadrar en los esquemas tradicionales y que todavía carecen de una regulación normativa específica.

X.2. La modalidad operativa que propone Mercado Libre a través de la utilización de su plataforma de comercio electrónico importa la configuración de un supuesto de conexidad contractual, en tanto la misma se estructura en base a tres negocios, dos de ellos iniciales celebrados entre los usuarios y Mercado Libre, por los cuales se habilita la utilización de la plataforma de comercio electrónico y, el tercero, celebrado entre los usuarios por el cual se adquieren los bienes y servicios. Si bien se trata de tres contratos distintos, es claro que presentan un elemento o aspecto común que los vincula, consistente en que convergen hacia

Thomson Reuters

un mismo fin económico: los contratos que habilitan el uso de la plataforma se realizan en miras de la adquisición de un bien o un servicio que luego se concreta con el negocio posterior.

En otras palabras, el acuerdo inicial o de ingreso al sistema no tiene un fin en sí mismo sino que se realiza en pos de concretar el contrato subsiguiente de adquisición de un bien o servicio.

X.3. Es de destacar que la conexidad contractual es una figura jurídica que tiende a superar la mirada clásica del contrato como un compartimento estanco, determinado por el sinalagma entre prestaciones a cargo de dos polos definidos. Precisamente, la figura tiende a flexibilizar el funcionamiento de tal postulado, posibilitando que los efectos del contrato se extiendan más allá de sus límites, y que se proyecten y sean oponibles a terceros.

X.4. El rol asumido por Mercado Libre en el caso.

Mercado Libre engasta en la figura de proveedor prevista en el art. 2 ib., pues se trata de una persona jurídica de carácter privado, que desarrolla de manera profesional la prestación de un servicio, consistente en la puesta a disposición de la plataforma destinada al comercio de bienes y servicios entre los usuarios.

Desde la perspectiva de esa norma, la actividad desarrollada por Mercado Libre puede encuadrarse en el concepto de "proveedor de servicios", teniendo en cuenta que además de organizar la operatoria de la plataforma, desarrolla un rol activo tendiente al perfeccionamiento de los contratos entre los usuarios.

Si bien el principal servicio prestado por las plataformas digitales de comercio electrónico consiste en la intermediación tecnológica con la finalidad de que los usuarios del sistema intercambien bienes y servicios, en los últimos tiempos han ido incorporando herramientas y prestaciones adicionales (tales como sistemas de reputación o calificación de los usuarios, plataformas de pago, sistema propio de envíos, mecanismos de reclamos, etc.) que tienen como propósito generar confianza a los usuarios del sistema y, en definitiva, como objetivo final, atraer cada vez más usuarios.

Tales premisas, sumadas al beneficio económico que obtienen y la confianza que generan en los usuarios —aspectos que serán desarrollados ulteriormente—, justifican que les sean aplicables las normas del derecho de consumo.

De las constancias de autos resulta que, en el supuesto de autos, Mercado Libre no asumió una conducta neutra o pasiva en la prestación del servicio de intermediación, sino que, tuvo un rol activo en la vinculación entre la vendedora y los potenciales compradores y —en el caso particular— en la concreción del negocio. Diversamente a lo alegado, no se limitó a la mera intermediación, tal como si fuese un clasificado, sino que desempeñó un rol activo en pos de la concreción del negocio y una vez que éste fue concretado.

En el caso —efectivamente— se distinguen tres contratos, uno celebrado entre Mercado Libre y la Sra. Carolina Nilda Grifasi (compradora); otro celebrado entre Mercado Libre y Micaela Terreno (vendedora), mediante los cuales se les habilitó el uso de la plataforma de comercio electrónico, en base a los términos y condiciones dispuestos unilateralmente por la empresa; y, finalmente, el contrato entre la Sra. Grifasi y Tercero que tuvo por objeto la compraventa de las zapatillas.

Por lo demás, resulta evidente que el acuerdo celebrado entre la Sra. Carolina Grifasi y Mercado Libre dio lugar a una relación de consumo. Tal como lo señala el Sr. Fiscal de Cámaras en su dictamen, es claro que la denunciante reviste la calidad de consumidora en los términos del art. 1 de la LDC, en tanto se trata de una persona física que adquirió un servicio —por vía electrónica— con destino final y para beneficio propio.

De las constancias obrantes en el expediente principal surge que Mercado Libre envió dos correos electrónicos a la compradora, Sra. Grifasi, el primero de fecha 12 de enero de 2014, con el detalle de la compra, en el cual se indicaron datos del producto, la forma y condiciones de pago, la expresión "Tu pago aparecerá como Mercado Pago en el resumen de la tarjeta", especificando además "Pago con tarjeta Visa terminada en 3974; el segundo, de fecha 31 de enero de 2014, informándole que la vendedora manifestó que "la operación ha sido concretada".

Desde el punto de vista de la reglamentación interna del sistema "Términos y condiciones de uso del sitio", cabe resaltar que la empresa mantiene un cierto control sobre las publicaciones que realizan los usuarios, tal como surge del punto 4.2 de ese documento: "En caso que se infrinja cualquiera de las disposiciones establecidas en esta cláusula, Mercado Libre podrá editar el espacio, solicitar al Usuario que lo edite, o dar de baja la publicación donde se encuentre la infracción y en ningún caso se devolverán o bonificaran los cargos de publicación" (fs. 33 vta. del expediente principal.). Además, prevé un sistema de reputación o calificación de usuarios, que es actualizado periódicamente en base a datos vinculados con su actividad en el sitio y a los comentarios ingresados en las operaciones realizadas (pto. 4, de los términos y condiciones), los cuales constituyen referencias para los otros

Thomson Reuters

usuarios sobre el nivel de cumplimiento y diligencia. También cuenta con una plataforma de pago propia —Mercado pago—, cuya utilización consiente expresamente el vendedor al publicar un anuncio, como una de las formas disponibles para efectuar el pago del bien o servicio ofrecido (pto. 4.1).

Asimismo, instrumenta un sistema de reclamos ante incumplimientos del oferente. En ese sentido, a fs. 10 se adjunta constancia del Reclamo N° 173350562 efectuado por la Sr. Carolina Grifasi titulado "Recibí un artículo diferente", que da cuenta que el mismo no tuvo solución.

De lo expuesto se extrae que la propuesta negocial de la empresa consiste en ofrecer un ámbito virtual para que las personas que ofertan y demandan bienes y servicios se contacten, pero además para que celebren y perfeccionen el contrato entre ellas. La organización montada por Mercado Libre no se limitó a ofrecer un espacio de encuentro sino que participó de la concreción de la operación final, en torno a la cual confluye toda su operatoria y de la cual obtiene un beneficio económico.

Es así que asumió un rol activo en procura del perfeccionamiento de los contratos entre los usuarios, quienes ingresan al sistema en base a la confianza que les genera la empresa.

En tal contexto, resulta claro que —como prestadora de un servicio que excede la mera intermediación— tiene a su cargo obligaciones en materia de información al consumidor o usuario del servicio.

Si bien es razonable la afirmación de que no puede imponérsele la obligación de controlar todos los productos ofertados, resulta evidente que puede tomar medidas que incidan en el comportamiento de los proveedores de bienes y servicios, tales como exigir un detalle minucioso de las características de los productos o servicios ofrecidos (que obviamente debe contener la explicitación de si el producto es nuevo o usado, así como la posibilidad de acceder a fotografías que den cuenta de su estado, etc.).

Igualmente, una vez que se pone en su conocimiento algún incumplimiento o irregularidad de la operación, debe informar a los usuarios todas las alternativas legales con que cuentan a los fines de ejercer los derechos que como consumidores les asisten. En el caso, frente al reclamo de la compradora se limitó a expresar que se había puesto en contacto con la vendedora para lograr una solución y, frente a la falta de respuesta por parte de ésta, con fecha 19/02/2014 expresó: "Tu vendedor no solucionó el problema, por lo que cerramos el reclamo y tomamos las medidas correspondientes en su cuenta. Reclamo resuelto" (conf. fs. 11 de los autos principales).

X.5. Mercado Libre obtiene un beneficio económico por el servicio que presta Si bien la registración en la plataforma es gratuita, luego cobra dos cargos: en primer lugar un precio por la publicación efectuada en el sitio web, y en segundo lugar una comisión por transacción perfeccionada. Así surge del reconocimiento efectuado por la empresa a fs. 53 vta. y del punto 13 de los términos y condiciones.

X.6. La confianza generada en los usuarios.

La empresa ofrece el servicio plataforma de comercio electrónico generando confianza en los usuarios en torno a las operaciones que se celebran por su intermedio, y tal expectativa de seguridad es fuente de obligaciones y debe ser protegida. En pos de generar tal confianza de los usuarios, brinda diversos servicios adicionales, tales como la instrumentación de un método de calificación de la reputación de los usuarios, un sistema de pagos integrado a la plataforma, una herramienta para concretar el envío de los productos adquiridos mediante la plataforma, un mecanismo para viabilizar los reclamos, etc.

Por lo tanto, esa apariencia de un marco de confianza generada por el proveedor se erige en un factor determinante de la decisión de contratar, por lo que adquiere una clara relevancia desde la óptica jurídica, debiendo instrumentarse los medios necesarios para su amparo.

XI. Las consideraciones vertidas justifican que Mercado Libre SRL resulte gravada con los deberes previstos en el estatuto del consumidor respecto del contrato que origina las presentes actuaciones.

XII. Previo a analizar si la denunciada incurrió en las infracciones que se le atribuyen, corresponde considerar los planteos formulados por la recurrente en torno a la afectación del principio de inocencia y del derecho de defensa, por no haberse diligenciado la prueba pericial informática ofrecida por su parte.

Se adelanta que las alegaciones formuladas en tal sentido, no son de recibo.

Al respecto, corresponde señalar que, al efectuar el descargo en sede administrativa con fecha 16 de junio de 2014, Mercado Libre ofreció como prueba documental el "Anexo I: Términos y Condiciones de Uso del Sitio Web de Mercado Libre" —cuya copia obra agregada a fs. 33/36— y prueba pericial informática. Previo dictamen del Departamento Jurídico (fs. 44/46), el Director General de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial —mediante la Resolu-

Thomson Reuters

ción N° 165— aplicó la sanción de multa a la empresa por considerar que infringió los arts. 4, 9, 11, 13 y 34 de la Ley 24.240, asumiendo tal decisión con base en las constancias de las actuaciones administrativas y las propias manifestaciones de la empresa imputada efectuadas en el descargo.

En el recurso de apelación interpuesto el 17 de noviembre de 2014 (fs. 48/63), Mercado Libre no formuló alegación alguna en torno de la falta de diligenciamiento de la pericia informática; recién en el escrito "Contesta dictamen de Fiscal de Cámara..." presentado el 07 de octubre de 2016, solicitó el diligenciamiento de esa prueba por la vía del art. 375, inc. 2 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Mediante proveído de fecha 11 de octubre de 2016 la Cámara rechazó el pedido en los siguientes términos: "...A la prueba ofrecida, en calidad de "replanteo", teniendo en cuenta que luego de la imputación habida en sede administrativa (fs. 20/21), MercadoLibre SRL ofreció prueba, la que no fue diligenciada, disponiéndose el dictado de la resolución sancionatoria, sin que el interesado haya impugnado la falta de proveimiento de la prueba ofrecida, de modo que consintió que la cuestión se fallara conforme las alegaciones habidas, y que la prueba en esta Sede es de carácter estricto, atento el carácter revisor y no renovador de lo actuado y decidido en la anterior instancia administrativa: no ha lugar, por resultar manifiestamente improcedente" (fs. 127).

Tal decreto no fue objeto de cuestionamiento alguno, por lo cual operaron a su respecto los efectos preclusivos, sin que pueda insistirse con el planteo en esta instancia.

Resulta pertinente destacar que en sede administrativa transcurrió un lapso de cuatro meses desde que Mercado Libre ofreció la prueba pericial y el dictado de la resolución que aplicó la multa, siendo evidente que, si era de su interés la producción de la pericial informativa, tendría que haber instrumentado un pedido expreso en esa sede. Tal déficit se extendió al recurso de apelación contra la decisión administrativa, donde tampoco invocó la falta de diligenciamiento de la prueba. Las reglas que integran los códigos procesales se erigen —precisamente— en torno a la protección del derecho de defensa, regulando las vías y oportunidades para ejercitar las distintas facultades que lo conforman, es decir, para postular, probar, recurrir, etc., en función del interés de la parte. No obstante, la protección de tal garantía no puede operar para sanear el desinterés o la negligencia en la que ha incurrido el litigante.

A ello cabe agregar que los puntos indicados en el ofrecimiento de la pericia informática, sobre los cuales solicita que se expida el perito, se refieren a la operatoria que lleva adelante Mercado Libre para registrar un nuevo usuario y para efectuar la publicación de un producto. Tales datos surgen claramente de los "Términos y condiciones de uso del sitio", cuya copia obra agregada a fs. 33/36, con lo cual no se advierte la trascendencia que ostentaría el medio de convicción sobre el cual insiste para modificar la resolución impugnada.

Tampoco puede invocar la afectación del principio de inocencia, en cuanto la decisión sobre la existencia de la infracción confirmada por la Cámara, se sustentó en las constancias obrantes en las actuaciones administrativas y principalmente en las propias manifestaciones de la empresa imputada.

XIII. Las infracciones imputadas a Mercado Libre.

XIII.1. Tal como resulta del acta de imputación y de los términos de la resolución impugnada, se atribuye a la recurrente la infracción a los arts. 4, 9, 11, 13 y 34 de la ley 24.240. Se analizan a continuación las conductas reprochadas a Mercado Libre SRL.

XIII.2. Incumplimiento de la obligación de información precisa y detallada del producto o servicio.

Tal como lo sostuviera este Tribunal por intermedio de la Sala Contencioso Administrativo en autos "Compañía de Teléfonos del Interior SA c. Provincia de Córdoba —Plena Jurisdicción— Recurso de Apelación" (Expte. N° 1820799), Sentencia N° 197 de fecha 11/12/2019, a partir de la consagración constitucional del derecho que titulariza todo consumidor o usuario a obtener una información adecuada y veraz, las normas dictadas en consecuencia, establecen los deberes a cargo de los proveedores, disponiendo que estos están obligados a proveer —de manera cierta, clara y detallada— los datos necesarios para que el interesado conozca acabadamente las características esenciales de los bienes o servicios que adquiere o se le prestan, y las condiciones de su comercialización.

El art. 4 de la Ley 24.240 —vigente a la fecha de los hechos— refería: "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que facilite su comprensión."

Por su parte, el art. 9 de la LDC prescribe: "Cosas Deficientes Usadas o Reconstituidas. Cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indi-

Thomson Reuters

carse la circunstancia en forma precisa y notoria". En el marco de la relación de consumo el deber de información asume una importancia dirimente, especialmente en la contratación efectuada a distancia como la que nos ocupa, en donde la decisión de compra se realiza en función de los datos suministrados por el proveedor y sin tener contacto directo con la cosa. Específicamente en lo referido al comercio electrónico, en el marco del Mercado Común del Sur (Mercosur) se dictó la Resolución N° 21 de fecha 8 de octubre de 2004, relativa al Derecho a la Información del Consumidor en las Transacciones Comerciales Efectuadas a través de Internet, donde se estableció la obligación de los proveedores de brindar en los sitios de Internet, información clara, precisa y fácilmente advertible sobre las características de los bienes y servicios ofrecidos como así también respecto de las condiciones de comercialización de los mismos. La doctrina nacional ha resaltado el deber de información, definido como el jurídicamente impuesto al proveedor "...en virtud del cual está constreñido a transmitir a la otra parte de la relación, la información respecto de aquello que resulte necesario y útil para la toma de decisiones respecto del acto de consumo, para evaluar los riesgos propios de la contratación, para optimizar el aprovechamiento de los intereses en juego, y para evitar los daños que eventualmente deriven del intercambio de bienes y servicios." (cfr. Jepaze, Belén "El derecho a la salud y la seguridad del Consumidor", en Rusconi, Dante - Coord.- Manual de Derecho del Consumidor, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 190).

Con mayor precisión, se ha caracterizado tal conducta como el "deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada a una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha nformación no se suministra" (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2009, p. 205-206).

En análoga postura, se ha pronunciado este Tribunal Superior de Justicia (cfr. Sala Cont. Adm., Sent. N° 180/2017, "Rohr, Enrique Abraham..."), señalando que el deber de información es la expresión máxima de la actuación del principio de buena fe, que en materia de defensa del consumidor, adquiere el rango de un derecho reconocido expresamente en la Constitución Nacional cuyo desarrollo se remite a la Ley N°. 24.240 (arts. 4, 6, 9, 10, 25,28, 34 y 37) afirmando la doctrina nacional y extranjera que se trata de un deber que actúa no sólo en la etapa precontractual, sino también durante la ejecución del contrato (conf. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., A diez años de la Ley de defensa del consumidor - Panorama jurisprudencial, Sistema Argentino de Informática Jurídica, p. 4).

a. De las constancias reseñadas surge que en la publicación, respecto de las características del bien sólo se expresó "Zapatillas Nike Para Running, Talle y Color: 40, Cantidad: 1", sin otras precisiones y —especialmente— sin indicar si eran nuevas o usadas, de donde se extrae la configuración de la infracción al deber de información.

De los términos y condiciones de la operatoria de la plataforma, surge que Mercado Libre tiene la posibilidad de intervenir en las publicaciones que realizan los oferentes y que cuenta con los medios técnicos para procurar que la información cumpla con los requisitos previstos en la ley consumeril (v.gr, mediante la incorporación de campos de llenado obligatorio en donde se consignen los datos esenciales del bien, el estado real del mismo, etc.)

b. Además no dio cumplimiento al deber de informar la facultad de revocación prevista en el art. 34, que establece lo siguiente: "Revocación de aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada.

c. Igualmente, incumplió con el deber de informar respecto de la garantía legal prevista en el art. 11 LDC. La norma prescribe: "Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Cód. Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento.

La garantía legal tendrá vigencia por tres meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor...".

A fs. 11 obra el Reclamo N° 173350562 efectuado por la Sra. Grifasi con fecha 8 de febrero de 2014 en la plataforma de Mercado Libre, titulado "Recibí un artículo diferente", en el cual manifiesta "Las zapatillas que compré son usadas, están todas marcada... y rotas en la punta por dentro, los cordones no son originales. Yo compré un artículo nuevo y mandaste uno usado. Te escribí por mail y nunca contestaste. Exijo el cam-

Thomson Reuters

bio por uno nuevo o la devolución del dinero". A continuación se abre un segmento denominado "inicio de mediación", que culmina con un mensaje de Mercado Libre de fecha 19 de febrero de 2014 que textualmente expresa: "Tu vendedor no solucionó el problema, por lo que cerramos el reclamo y tomamos las medidas correspondientes en su cuenta. Reclamo resuelto".

Tal constancia da cuenta de que la empresa tomó conocimiento de la disconformidad expresada por la Sra. Grifasi, frente a lo cual —en primer término— debía informarle las distintas alternativas con que contaba en resguardo de su derecho y, en especial, sobre la garantía legal que le asistía, en función de la cual podía optar por el cambio de las zapatillas o la devolución del dinero, ambas facultades previstas en el art. 17 de la Ley 24.240.

Pero además, el hecho de considerar que el reclamo estaba resuelto, a pesar de la evidente ausencia de una respuesta satisfactoria al reclamo de la compradora, no se condice con el trato digno que la ley exige dispensar al consumidor o usuario (art. 8 bis, Ley 24.240).

Por otro lado, y ello tiene una incidencia determinante, de las constancias de autos surge que la Sra. Grifasi abonó las zapatillas utilizando Mercado Pago,es decir el sistema de pago electrónico ofrecido y gestionado por Mercado Libre. Tal como fuera puesto de resalto con anterioridad, ello importa la prestación de un servicio adicional que evidencia que el rol asumido es claramente diferente al de un "periódico o boletín electrónico".

XIII.3. Finalmente, no podemos dejar de considerar que la postura asumida por la empresa, de calificarse como enteramente ajena al contrato que le da sentido a su operatoria y del cual obtiene un beneficio, resulta contraria a la buena fe, más aún cuando tiene a su disposición los instrumentos técnicos para procurar el cumplimiento del deber de información previsto en la LDC.

El comercio a través de las vías informáticas representa un fenómeno cuya utilización se ha multiplicado exponencialmente en vastos sectores sociales. Precisamente, porque constituye un canal de comercialización de suma importancia en la actualidad, Mercado Libre debe desarrollar su actividad en el marco de la legalidad, cumpliendo los deberes que emanan del estatuto consumeril cuando asuma la calidad de proveedor de servicios en los términos de esa normativa.

XIV. En definitiva, en función de las consideraciones efectuadas, corresponde rechazar el recurso y confirmar la aplicación de las sanciones impuestas.

XV. Las costas de esta sede extraordinaria se imponen por el orden causado, toda vez que existen elementos objetivos que autorizan a atenuar el criterio general de vencimiento y a eximir de costas a la vencida en casación (art. 130 *in fine* del CPC). En efecto, la complejidad de la causa, lo novedoso de la materia discutida y las particularidades que rodearon la tramitación de la denuncia que dio lugar al presente juicio, pudieron válidamente inducir a la parte actora a considerarse con derecho a litigar y —en definitiva— a estimar razonable incoar el presente embate extraordinario. No se regulan, en esta oportunidad, honorarios a los letrados intervinientes, a tenor de lo dispuesto por el art. 26, ley 9459.

Por todo ello, se resuelve: I. Declarar mal denegado el recurso de casación fundado en el inc. 1° del art. 383 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Consecuentemente, restituir el depósito que fuera condición de su admisibilidad formal. II. Rechazar el recurso de casación y confirmar la aplicación de las sanciones a Mercado Libre SRL. III. Imponer las costas por el orden causado. No regular en esta oportunidad, honorarios a los letrados intervinientes. Protocolícese e incorpórese copia. — *María M. Cáceres de Bollati. — Domingo J. Sesin. — Luis E. Angulo Martín.*

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Facturación por líneas telefónicas no solicitadas. Prestación deficiente del servicio prestado para la anulación. Responsabilidad. Violación al deber de información. Daño moral. Daño punitivo. Procedencia. Derecho aplicable. Tramitación de contrataciones no realizadas. Consumidor de hecho. Promulgación del nuevo Código Civil y Comercial. Excepciones al principio de irretroactividad de la ley. Momento de la denuncia del error. Cargas probatorias dinámicas. Información del estado de morosidad. Maniobras tendientes a confundir al consumidor. Responsabilidad de la empresa de informes crediticios.

1. — La empresa de telefonía, en su carácter de proveedora en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor, debe responder por los daños derivados del deficiente funcionamiento del servicio prestado para la anulación de facturas por servicios no contratados.

2. — La omisión del deber de información se verificó en la persistente omisión de la demandada, tanto en la instancia extrajudicial, como en la administrativa ante la OMIC y la judicial, de informar al accionante las causas de la improcedente facturación emitida a su nombre.

Thomson Reuters

3. — Es procedente la indemnización del daño moral padecido por el consumidor, ya que este, tras tener que molestarse obligadamente —lo que ya constituye una vulneración de su libertad de acción—, a formular un reclamo, por una suma exorbitante tratándose del servicio telefónico, no sólo no recibió contestación alguna, sino que continuó recibiendo facturas por las mismas once líneas no contratadas, por dos períodos más; a su vez recibió la "comunicación" de deuda por la empresa de informes crediticios.

4. — El destrato en que incurre quien detenta mayor poder, daña fuertemente la tranquilidad espiritual de quien, en su existencia más débil, se siente cautivo de una situación jurídica que en nada ha contribuido a generar, y sujeto a que el más poderoso, por su "buena voluntad", se digne a concederle la "gracia" de escuchar su reclamo.

5. — Es procedente la indemnización del daño punitivo en los términos del art. 52 bis LCT, pues la empresa telefónica ha incurrido en un comportamiento gravemente desaprensivo y desconsiderado, respecto de los derechos y reclamos del actor de marras, incurriendo así en un incumplimiento severo de los deberes propios de un "buen proveedor profesional"; máxime cuando la accionada es la segunda en el país en el ranking de empresas denunciadas por reclamos de consumidores y usuarios, acorde en las estadísticas que se realizan con base en los reclamos efectuados mediante la plataforma electrónica "Ventanilla Federal Única de Reclamos de Defensa del Consumidor".

6. — Si bien efectivamente el actor no contrató y nunca usó las líneas telefónicas cuyos cargos se le reclamaron —es decir, no fue consumidor jurídico ni fáctico de ellas—, sí fue usuario —compulsivo— de servicios prestados por empresa de telefonía celular coaccionada como anexos o complementarios al de telefonía; tal es el caso de su servicio de atención y de información y, más específicamente, del mecanismo por ella previsto para la tramitación de las denuncias por "contrataciones no realizadas".

7. — Pese a que los hechos denunciados son anteriores al 1º de Agosto del año 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo CCCN, las normas más protectorias para el consumidor o usuario previstas en ese cuerpo legal también resultan aplicables, en razón de la aplicación inmediata que prevé expresamente el art. 7 CCCN, que consagra, de ese modo, una excepción a la regla de la irretroactibilidad de la ley.

8. — Debe tenerse por probado que el reclamo del consumidor fue efectuado en forma inmediata a la recepción de la primera factura indebida, pues la empresa de telefonía no acompañó —pudiendo fácilmente hacerlo— documentación o constancia alguna que desvirtúe esa afirmación. Ello considerando, además, que acorde el curso normal y ordinario de las cosas, resulta verosímil que un ciudadano con una diligencia media que recibe una facturación de once líneas telefónicas que no ha contratado, efectivamente se apersone inmediatamente en la empresa a fin de denunciar la situación y conocer las razones de semejante error.

9. — Una empresa que ha ideado y comercializado un sistema cuyas potencialidades naturalmente conoce, y que no ha argüido que su cliente adherente usó el sistema en contra de lo acordado, no puede luego desentenderse de las consecuencias dañosas que su uso genera; quien concienzudamente ofrece el medio para la consecución de un resultado, y permite incluso la falsa invocación de su nombre, no puede luego prevalerse de la prueba de la realidad oculta al actor, para invocar su falta de autoría y pretender que la causa del daño invocado —comunicación del estado de morosidad al Veraz— en realidad no existía, cual si todo hubiera sido producto del mero imaginario o errónea interpretación del consumidor.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Facturación de servicios no contratados.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $90.000

Daño patrimonial

Daños varios: Daño punitivo: $400.000

CCiv. y Com., Azul, sala II, 30/04/2020. - Martínez, Esteban c. Telecom Personal SA y otro/a s/ daños y perj. del./cuas. (Exc. uso aut. y Estado).

[Cita on line: AR/JUR/15366/2020]

Thomson Reuters

COSTAS

Se imponen a las demandadas vencidas.

INTERESES

Hasta la fecha de la sentencia se aplica la tasa pura del 6% y luego la tasa pasiva digital que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, en cuanto tasa pasiva más alta.

2ª Instancia.- Azul, abril 30 de 2020.

1ª ¿Es procedente el recurso de apelación incoado contra la sentencia definitiva de 190/194 vta.? 2ª En caso negativo, ¿Es procedente el recurso de apelación planteado contra la regulación de honorarios de fs. 196/197? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Peralta Reyes* dijo:

I. 1. A fs. 38/53 Esteban Martínez promovió demanda de daños y perjuicios contra Telecom Personal SA y Organización Veraz SA, por la suma de $540.000 más intereses (y/o lo que en más o en menos resulta de la prueba a rendirse en autos), en concepto de daño moral y daño punitivo (fs. 38/53).

Relató que en octubre de 2014 recibió una factura de Personal por la suma total de $5.862,08 (fs. 26), en razón del consumo de once líneas telefónicas que nunca había solicitado, correspondiente al período transcurrido del 21/08/2014 al 20/09/2014 (cf. resumen de cargos por línea de fs. 23).

Narró que al apersonarse inmediatamente en la sucursal de Telecom Personal de Tandil, su reclamo fue registrado mediante la Declaración Jurada de Contrataciones no realizadas (fs. 11/13), pero en noviembre de ese mismo año, recibió otra factura por las mismas líneas correspondiente al período comprendido entre el 21/09/2014 y el 20/10/2014, por la suma total de $11.511,04 ($5.648,96 del último consumo, más $5.862,08 del saldo impago anterior).

Que tras concurrir nuevamente a la empresa, le informaron que su reclamo había sido procesado y que no se preocupara pues no iba a tener inconvenientes, pero el 19 de noviembre de 2014 recibió una intimación de Veraz, donde se le reclamaba un saldo de $11.511,04, indicándose que registraba una mora de 34 días, y que en caso de no abonar, la deuda se incorporaría a su historial crediticio.

Agregó que Telecom Personal informó a Veraz el falso historial crediticio, por lo que no pudo acceder al crédito hipotecario Procrear. Explicó que ante la gravedad de la situación y en vías de tramitar un crédito hipotecario, envió la CD N° RC10004159 de fecha 17/12/2014 (no obra copia en las actuaciones), solicitando la inmediata baja de la cuenta abierta a su nombre por resultar producto de una maniobra de falsificación de datos, así como la extensión de un libre deuda, y la notificación a Veraz del yerro en la información suministrada.

Relató que ante la falta de respuesta de Telecom Personal SA, inició actuaciones ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC; ver fs. 161) sin resultado alguno, ya que ninguna de las demandadas se presentaron, y Telecom Personal continuó enviándole facturas (factura de fs. 6 por la suma de $50,13 por "cargos variables: suscripción texto 752887"), e informando a Veraz su situación de moroso hasta abril del año 2015. Reclamó entonces, la suma de $40.000 en concepto de daño moral y la de $500.000 en concepto de daño punitivo o multa civil.

2. Por su parte, la codemandada Telecom Personal SA (fs. 106/112) argumentó que el actor no mencionó un daño que amerite la suma irracional que pretende; que no hubo violación a la Ley de Defensa del Consumidor toda vez que en todo momento brindó la información requerida; y que la real intención del actor ha sido prefabricar un supuesto daño para obtener un beneficio económico. Esgrimió que no tiene facultades para incluir a alguna persona en la base de datos de deudores o morosos crediticios de Veraz, y que no existe daño ni conducta dolosa o negligente de su parte, pues sólo ha intentado el cobro de una deuda facturada correctamente al usuario titular de las líneas (fs. 108 vta.). Considera que las sumas reclamadas son exorbitantes, y peticiona que, a todo evento, se reduzcan al monto fijado en el art. 40 bis de la Ley 24.240. Asimismo, plantea la inconstitucionalidad del daño punitivo (art. 52 bis LDC), y entiende, de todos modos, que no es procedente en razón de que no ha mediado de su parte una "grave inconducta".

3. A su turno, la codemandada Organización Veraz Sociedad Anónima Comercial de Mandatos e Informes (en adelante Veraz SA), refirió que el actor nunca estuvo informado en su base de datos como deudor moroso, pues Telecom nunca le efectuó un requerimiento en tal sentido. Expresó que el actor sí estuvo informado como moroso por el Banco de Galicia y Buenos Aires en el año 2014 (acorde el informe Veraz Risc que acompaña; fs. 119), pero no por Telecom. Señaló que el Banco Hipotecario nunca solicitó informe alguno durante los últimos cinco años, por lo que no resulta cierto que el actor no haya podido acceder al sistema de crédito hipotecario Procrear por encontrarse en su base de datos. Agregó que la carta del 19/11/2014 que el actor acompañó con el membrete

Thomson Reuters

de Veraz (fs. 5), en la que se lo intima a cancelar una supuesta deuda con Telecom; deriva de un servicio que presta a sus clientes adherentes, que se denomina "Sistema Único de Monitoreo y Alertas (SUMA)", a través del cual se puede analizar con mayor eficiencia el comportamiento crediticio (scoring) y optimizar la clasificación de riesgo para tomar acciones preventivas y así evitar que se incrementen los deudores morosos. Explicó que, a la vez, "Mora Control" que forma parte de SUMA, es una plataforma on-line que permite a los clientes adherentes de Veraz accionar la cartera de morosos vía SMS, por mail o por carta, ya sea por envíos masivos o individuales. Que como parte de dicho servicio, el cliente adherente incorpora unilateralmente datos de manera individual o masiva, y puede realizar diferentes acciones para el recupero de la deuda: primero la invitación al deudor a que la cancele, luego la intimación bajo apercibimiento de figurar en la base de Veraz, y luego la comunicación efectiva de que está en esa base de datos. Enfatiza que todo ese procedimiento se realiza sin intervención de Veraz que únicamente presta su logo para tal acción.

II. La sentencia de primera instancia (fs. 190/194 vta.) rechazó la demanda en todas sus partes, con costas a la actora vencida.

Para así resolver, comenzó por determinar la aplicabilidad al caso del derogado Cód. Civil vigente al tiempo de los hechos, así como la normativa de defensa del consumidor. Para considerar aplicable esta última normativa, consideró que las demandadas resultan proveedoras en los términos del art. 2 de la Ley 24.240, y que el actor, no obstante no ser parte de la relación de consumo "base" o "fuente" y no haber adquirido bienes o servicios como destinatario final, se encuentra expuesto a una relación de consumo, lo que permite, a su entender, categorizarlo como tercero expuesto a la relación de consumo o "bystander".

Sentado ello, estimó acreditado que la codemandada Telecom Personal facturó indebidamente a nombre del actor las once líneas telefónicas, pretendiendo su pago. Ello a partir de las facturas agregadas a fs. 8/33, y del art. 386 Cód. Proc. Civ. y Comercial pues las accionadas no cumplieron la intimación a acompañar la documentación que acreditara que el actor había solicitado las líneas telefónicas, o la certificación de deuda o documentación que hubiera ameritado la intimación de pago que cursaran. Tuvo asimismo por probado que el actor concurrió a la oficina local de la empresa codemandada y suscribió la "Declaración Jurada Respecto de Contrataciones no Realizadas" cuya copia luce a fs. 12, y no fue desconocida por la codemandada.

Tras destacar que tanto el art. 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor como el art. 1067 del Cód. Civil exigen la existencia de daño como presupuesto de la obligación de reparar, subrayó que el accionante no produjo ninguna prueba tendiente a justificar los daños que invocó. Por el contrario, sostuvo que de su propio relato surge que no abonó las facturas aludidas y que ninguna de las demandadas adoptaron actitud alguna tendiente a obtener su pago. Consideró que fue recepcionada la declaración del actor de no haber contratado nunca el servicio, y que no existe indicio alguno que permita suponer que debió realizar más trámites, o que fue sometido a algún tipo de destrato. Argumentó que tampoco se ha acreditado que la codemandada lo hubiera informado como deudor moroso en la base de datos Veraz, y menos aún que ello hubiera gravitado en la posibilidad de obtener un crédito Procrear en el Banco Hipotecario Nacional. Destacó que en la carta de fs. 5 se señaló que "en el caso de haber cancelado su deuda con anterioridad a la recepción de la presente carta, le agradeceremos acepte nuestras disculpas y se sirva a bien dejar sin efecto lo dispuesto en la misma"; y que si bien se expresa allí que en caso de no cancelarla, Telecom daría de baja el servicio iniciando las acciones legales que pudiere corresponder, esa empresa nunca lo hizo. Destacó que en la aludida misiva, se aclara por nota final que ella no constituye una intimación de pago, sino un aviso que tiene por objeto poner en conocimiento de que en caso de corresponder, la falta de pago implicaría la incorporación de la deuda al historial crediticio, cosa que tampoco sucedió.

Agrega que de la prueba informativa producida por el actor a fs. 149/158 no surge que las codemandadas lo hubieran informado como deudor moroso, ni en la base de datos Veraz ni en ninguna otra; y que tampoco ello se desprende del informe Veraz Risc aportado por la codemandada Veraz a fs. 119 (quien además señaló en su contestación de demanda que la única deuda por la que figuraba el actor como deudor moroso durante el año 2014, fue la informada por el Banco de Galicia y Buenos Aires). Añadió que lo aseverado por el actor en el sentido de que el hecho de figurar en el Veraz frustró su posibilidad de acceder a un crédito Procrear, fue descalificado por la prueba informativa por él mismo ofrecida y producida a fs. 71/72, 75/78, 81/88 y 96, de la que surge que no tiene solicitud de préstamo alguna registrada en el Banco Hipotecario; que no resultó ganador en el sorteo del Programa Procrear que se realizó el 6/2; por lo que no realizó trámite alguno ante la entidad bancaria y por ello no fue evaluado en su situación financiera. Finalmente, entendió que el perjuicio sufrido por la emisión de facturas indebidamente a nombre del actor y el hecho de que hubiera debido acudir a las oficinas de la codemandada a radicar el reclamo correspondiente, no sobrepasa el límite de tolerancia como para movilizar a la jurisdicción.

Thomson Reuters

III. La sentencia fue apelada por el actor, y fundada con el escrito presentado con fecha 22/10/2009. Aduce allí el mencionado que no se trata solo de la facturación de conceptos indebidos, sino de que la demandada ha creado un cliente usurpando su identidad, y generado daños al tener que recorrer durante diez meses distintas instancias para que cese una situación antijurídica. Hace hincapié en que al omitir acompañar el contrato, Telecom Personal SA lo sustrajo del contralor judicial, lo que demuestra que no fue suscripto por él o que no existió, quedando demostrado el manejo desaprensivo e inescrupuloso que se hizo de su patrimonio. Argumenta que esa conducta reticente, reiterada en este proceso, fue exteriorizada ya ante la OMIC, y se vio agravada por el hecho de que al contestar demanda, las accionadas sostuvieron que el actor era su cliente, y no lo probaron. Ello, insiste, resulta una grosera transgresión al deber de información del art. 4 de la ley consumeril. Expresa que de agregarse dicha documentación, se daría inicio a una acción penal por falsificación de la "Solicitud de Servicio", y de no existir, se estaría frente a una sustracción de datos para la comisión de conductas antijurídicas. Sin embargo, esgrime, el silencio "ampara" a quien abusó del consumidor.

Destaca que Telecom Personal SA no demostró que para dar de baja al servicio telefónico actuó de modo razonable, previsible y regular, conforme el standard del "buen proveedor profesional". Sostiene que con la prueba directa y la presuncional se acreditó un trato indigno en los términos del art. 1097 Cód. Civ. y Com. de la Nación, que remite a los Tratados de Derechos Humanos de los arts. 1 y 2 Cód. Civ. y Com. de la Nación. Se agravia de que la sentencia no haya considerado que la creación de once líneas a su nombre, la generación de una deuda, remisión de información a Veraz, no baja del servicio e intimación de su pago, genere un daño. Critica que tampoco se considere un comportamiento intimidatorio el reclamar el cobro por vía de la Organización Veraz con apercibimiento de información del estado de deuda al sistema informático Veraz. Enfatiza que frente a la primera denuncia Telecom debió dar de baja el servicio; y que sin embargo lo mantuvo desde agosto de 2014 hasta mayo de 2015. Destaca que Telecom siempre sostuvo que el accionante fue cliente, aún en el escrito de contestación de demanda.

En relación con el daño moral, considera maltrato que a una persona que no contrató líneas de telefonía celular y jamás fue cliente se le generen y facturen la 11 líneas de teléfono; que se hayan realizado dos reclamos ante la propia sede de Telecom sin resultado; que se envíe una carta documento a Telecom para que cese la conducta sin obtener respuesta; ser intimado por Veraz por orden de Telecom a abonar una deuda que no se contrajo bajo apercibimiento de ser informado con antecedentes desfavorables ante el sistema financiero; todo ello agravado por el hecho de que en pleno proceso de denuncia ante la OMIC, se continuó facturando el servicio. Subraya que es falso que Veraz no haya intimado al actor al pago de la deuda y entiende que la sola intimación genera el daño. Agrega que $11.000 en el año 2014 o 2015 equivalía a U$S 2000; lo que hoy representaría la suma de $120.000. Y hoy una persona que recibe una factura de $120.000 por consumo de celular, no solo se intranquiliza, sino que se descompensa, pierde la paz y la tranquilidad que detentaba.

En relación con el daño punitivo, considera que es procedente en razón de "las sucesivas y reiteradas conductas de la demandada en orden al aprovisionamiento de servicios no adquiridos ni contratados, usurpación de identidad, ocultamiento de la documentación que fue base para la generación de los servicios, hostigamiento para obtener un cobro sin causa e indebido, ello aunado a la inclusión de informes inexactos a Veraz quien (...) a su vez intimó al actor al pago." Entiende que Veraz es partícipe y solidariamente responsable, por intimar una deuda inexistente por cuenta y orden de una empresa que usurpó datos de identidad; y que su conducta es una clara amenaza de que en caso de no cumplir con el objeto de la comunicación, el usuario será informado. Por todo ello solicita se haga lugar al daño punitivo no sólo a fines reparatorios, sino para disuadir a las empresas demandadas de incurrir en lo sucesivo en conductas similares. En orden a la cuantificación de este rubro, argumenta que las 3680 denuncias que sólo en el año 2018 se efectuaron contra la compañía telefónica en sede administrativa (conforme el sitio web que refiere), resultaron ineficaces a los fines de disuadirla de su conducta. Ello impone concluir, estima, que el pago de las sanciones y de los costos judiciales, sigue siendo inferior al costo de brindar información adecuada y abstenerse de realizar prácticas abusivas, intimidatorias y antijurídicas. Es por ello que aplicando un criterio de disuasión óptima, peticiona que el daño punitivo sea fijado en la suma reclamada. Recuerda que el texto del art. 8 bis de la Ley de Defensa al Consumidor, y destaca que ese mismo artículo establece en su párrafo final que las conductas abusivas podrán ser sancionadas con multas civiles a favor del consumidor. Critica que se haya corrido vista al agente fiscal sólo con antelación a la traba de la litis y no en forma previa al dictado de la sentencia. Solicita que se condene a ambas empresas en forma solidaria, por ser coautoras y corresponsables del daño provocado.

Enfatiza que Organización Veraz operó como una agencia de cobranza, y que, como tal, hostigó y amenazó, asumiendo responsabilidad por intimar al actor por una deuda inexistente. Esgrime que la expresión contenida en su CD de que "en caso de corresponder,

Thomson Reuters

la falta de regularización de la situación en el plazo indicado, implicará la incorporación de la misma al historial crediticio", constituyó una amenaza que excede los términos de un aviso de deuda, "amedrentando" al destinatario. Entiende que esa conducta resulta hostil, vejatoria e intimidatoria, y debe ser castigada.

Insiste en que debió tolerar que la compañía telefónica no atendiera su petición de dar de baja las líneas, y soportar los reiterados reclamos por montos indebidos por un lapso de más de nueve meses, y recibir intimaciones en dicho sentido. Más adelante se agravia de que el juez no haya considerado la disparidad jurídica en que se encuentra el consumidor frente a las accionadas, imponiéndole la carga de tener que acreditar documentadamente los daños, minimizando, a su vez lo que sería un accionar negligente, descuidado e imperito de las demandadas. En esa línea trae a colación en su favor el principio in dubio pro consumidor o usuario. Finalmente, sostiene que las costas deben en todo caso ser impuestas a las demandadas, pues el actor ha sido, como consumidor, el eslabón más débil de la cadena, debiendo entenderse que tuvo derecho a reclamar acorde las facultades otorgadas por la Ley 24.240.

IV. Por escritos electrónicos de fechas 30/10/19 y 04/11/19, contestan agravios las codemandadas Veraz SA y Telecom Personal SA, respectivamente. Corrida vista, el Fiscal General Departamental considera a fs. 236/237 vta. que se ha configurado un supuesto de daño moral por violación al derecho a la libertad de acción. Ello pues las acciones llevadas a cabo por las empresas impusieron al actor la realización de determinados actos que no hubiese llevado delante de no ser por los injustos reclamos llevados en su contra. En lo que concierne al daño punitivo, estima que su aplicación prudente puede generar en el caso un efecto positivo en la actividad que despliega Telecom Personal SA. Ello pues al tenerse por cierto que las misivas con mención de una deuda carecían de justificación, debe considerarse probado el incumplimiento del deber de trato digno y buena fe con que deben desplegar su accionar comercial las empresas. Entiende que la falta cometida por la empresa fue muy grave en razón de que los hechos pusieron de relieve una "notable falla en la administración de la información sobre los clientes", en el "manejo de la documentación" y "en los nexos informativos que vinculan diferentes sectores de la empresa". Argumenta que uno de los mayores compromisos que debe tener una empresa de servicio, es el de contar con la capacidad operativa y los recursos necesarios para administrar todas las circunstancias atinentes a dicho servicio (como atención al cliente), por lo que si alguna empresa no puede cumplir con ello debe cargar con sus consecuencias. Por último, estima que Veraz SA tuvo un papel secundario en los daños ocasionados, aunque el hecho de dirigir una nota injustificada al actor mencionando la existencia de una posible deuda es suficiente para atribuirle responsabilidad, aunque en inferior medida que a su codemandada.

A fs. 238 se dictó la providencia de autos para sentencia, por lo que habiéndose cumplido con los pasos procesales de rigor (fs. 238 vta./239), se encuentra esta Alzada en condiciones de dictar sentencia.

V. Preliminares

1. En primer término, destaco que no resulta de recibo la afirmación de la codemandada Veraz SA en punto a que el recurso de apelación de la actora no se encontraría suficientemente fundado. Ello así pues advierto que la fundamentación presentada con fecha 22/10/2019, controvierte concreta y razonadamente —sin juzgar aún sobre su procedencia—, los argumentos centrales del decisorio apelado (art. 260 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Por lo demás, cabe recordar que este Tribunal tiene dicho que la expresión de agravios resulta idónea "en tanto aborde y desarrolle un piso mínimo de crítica con respecto a aquellas pretensiones por las cuales la demanda prosperó" (esta Sala causas N° 54.255, del 26/08/2010 "Carrizo"; N° 58.840, "Demarco, Lidia", del 09/09/2014; N° 58.439, "HSBC Bank Argentina SA", del 18/03/2014; N° 59.508, "Iglesias de Pagliaro A." del 24/09/2015; N° 60.803, "Olivera, Ernesto Oscar", del 09/05/2016; N° 61.947, "Banco Francés del Río de La Plata", del 11/05/2017, entre otras tantas). En igual sentido, ha expresado Loutayf Ranea que "la carga procesal de fundar los agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva" (Loutayf Ranea, Roberto G., El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, 2ª Ed., Ed. Astrea, Bs. As., 2009, Tomo I. p. 62 y jurisprudencia allí citada).

2. Por otra parte, en lo concerniente a la crítica del apelante en punto a que en la instancia anterior se omitió correr vista al Ministerio Público Fiscal previo al dictado de la sentencia definitiva, aclaro que si bien le asiste razón en esa crítica (no obstante que no ha planteado incidente de nulidad alguno; arts. 172 y 173 Cód. Proc. Civ. y Comercial), es cierto también que la ausencia de la aludida vista no pone en crisis la validez de lo actuado en la anterior instancia (lo que podría ser ponderado de oficio por este Tribunal; art. 172 Cód. Proc. Civ. y Comercial), pues ese déficit ha quedado subsanado con la debida intervención que se le ha dado en esta instancia al aludido Ministerio (fs. 236/237 vta.). En consecuencia, en los términos del art. 172 Cód. Proc. Civ. y Comercial no se advierte perjuicio ni interés alguno que subsanar de oficio por este Tribunal.

Thomson Reuters

VI. Derecho aplicable

En orden a la naturaleza jurídica del vínculo habido entre las partes, corresponde advertir primeramente que conforme quedó acreditado en autos y llega consentido a esta instancia, el actor nunca contrató ni usó el servicio telefónico prestado por la codemandada Telecom Personal SA. Si bien ello podría conducir *prima facie* a considerar aplicables sólo las normas sobre responsabilidad extracontractual del derecho común (tal como se ha hecho en algún precedente similar al presente, vgr. en la causa "García, Brenda Y. c. AMX Argentina SA s/ daños y perjuicios", Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala H, causa N° 30.240, del 25/06/2019), estimo que ello no es ajustado a derecho. Es que si bien efectivamente el actor no contrató y nunca usó las líneas telefónicas cuyos cargos se le reclamaron (es decir, no fue consumidor jurídico ni fáctico de ellas), sí fue usuario —compulsivo por cierto— de servicios prestados por la coaccionada Telecom Personal SA como anexos o complementarios al de telefonía. Tal es el caso de su servicio de atención y de información y, más específicamente, del mecanismo por ella previsto para la tramitación de las denuncias por "contrataciones no realizadas". Y lo cierto es que fue precisamente en ocasión de usar esos servicios, organizados por la codemandada Telecom Personal SA, que el Sr. Martínez habría sufrido los daños que invoca en la presente acción judicial. De modo que entiendo que entre el actor y la coaccionada Telecom Personal SA, efectivamente se verifica una relación de consumo, cuyos efectos se extienden, por conexidad jurídica, también a la coaccionada Veraz SA Ello en razón del vínculo que la mencionada mantiene con la empresa de telefonía, que explica, a su vez, la misiva de fs. 5 remitida al actor (más adelante se vuelve sobre el punto), y la hace partícipe, en términos generales, de la situación jurídica abusiva y dañosa descripta por el consumidor accionante (arts. 1, 2 y 3 LDC; 10, 1092, 1094 y 1120 Cód. Civ. y Comercial).

Lo dicho es conteste con el sentido amplio que se otorga por la doctrina y jurisprudencia a la noción de consumidor y usuario, en tanto como lo ha destacado este Tribunal, "el vínculo jurídico entre el consumidor y el proveedor podrá tener fuentes diversas: un contrato, un acto ilícito o un acto unilateral (cf. Carlos A. Hernández - Sandra A. Frustagli, "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", JA, 2008-II-1212). Es decir, comprende las situaciones en las que el sujeto es protegido: antes, durante y después del contratar, cuando es dañado por un ilícito extracontractual, cuando es sometido a una práctica del mercado, cuando actúa individualmente y cuando lo hace colectivamente (cf. Wajntraub, Javier en Mosset Iturraspe, Jorge - Wajntraub, Javier H., "Ley de Defensa del consumidor. Ley 24.240", p. 58). En esa tendencia interpretativa señalaba Sozzo, con anterioridad a la ley 26.631 y siguiendo a Lorenzetti, que las fuentes obligacionales pueden ser no sólo el contrato de consumo, sino los hechos ilícitos (entre los cuales se incluyen casos de abuso de derecho) simples hechos jurídicos y actos jurídicos unilaterales y bilaterales" (cf. Sozzo, Gonzalo, "Daños sufridos por consumidores (jurisprudencia y cambios legislativos), Revista Derecho Privado y Comunitario, 2002-1-559). (...) Por eso la acepción de consumidor no se limita a la adquisición onerosa de cosas sino que incluye a quién tiene 'derecho de uso o goce de la cosa y al que es destinatario de un servicio de cualquier naturaleza' o sea 'quien utiliza servicios sin ser comprador de bienes' (cf. Farina, Juan A., "Defensa del consumidor y del usuario", ps. 19 y 39, 42 y ss.)." (cf. esta Sala, causa cit. N° 62.827 "Barcelonna"; asimismo, ver Galdós Jorge Mario, con la colaboración de Jorge Mariano Ferrari, La relación de consumo en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Picasso Sebastián-Vázquez Ferreyra Roberto, Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, Tomo III p. 1 Ed. LA LEY, Bs. As., 2011).

En igual sentido, al analizar el alcance del término "vínculo jurídico" empleado por el art. 3 LDC, Chamatropulos destaca que este vínculo base de una relación de consumo, puede provenir de un contrato, de un acto jurídico unilateral, de hecho jurídicos, prácticas comerciales precontractuales, hecho ilícitos, declaraciones unilaterales de voluntad, etc., concluyendo así que "la causa de ese vínculo obligacional será intrascendente. Lo relevante será que exista efectivamente vinculación (sea o no de origen contractual)" (Demetrio Alejandro Chamatropulos, Estatuto del Consumidor Comentado, 2ª ed., LA LEY, T. 1, ps. 255 y 256). Destaca asimismo el aludido autor, que incluso "con una postura más amplia y buscando ser omnicomprensivo, se ha dicho que "la relación de consumo se individualiza por el mero contacto social entre uno o varios proveedores y uno o varios consumidores"" (Chamatropulos, ob. cit. p. 257).

Esa amplitud interpretativa, se ha recogido mediante figuras como la del "consumidor de hecho" (también denominado "consumidor no contratante", "tercero beneficiario", "consumidor fáctico", etc., expresamente contemplado en el 2° párr. del art. 1 de la Ley 24.240) o la del "bystander" o tercero expuesto a una relación de consumo ajena, que se menciona en el decisorio apelado (para su conceptualización, puede verse de esta Sala, la causa recientemente citada "Barcelonna").

En suma, en el caso estimo que la relación consumeril con la coaccionada Telecom Personal SA, extensible, conforme lo dicho, a la codemandada Veraz SA, quedó configurada cuando el actor se vio compe-

Thomson Reuters

lido a hacer uso de sus servicios de atención e información, así como de su procedimiento para denunciar la indebida facturación, siendo en ese menester que habría sufrido el daño moral que invoca, y se habría verificado la causa del daño punitivo o multa civil que reclama (arts. 1, 2 y 3 LDC, 1092, 1094 y 1120 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

De manera que no abrigo dudas de que en el caso, se configura una relación de consumo entre el actor y las accionadas, resultando aplicables todas las normas específicas sobre la materia.

En consecuencia, pese a que los hechos denunciados son anteriores al 1° de Agosto del año 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, las normas más protectorias para el consumidor o usuario previstas en ese cuerpo legal también resultan aplicables, en razón de la aplicación inmediata que prevé expresamente el art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación, que consagra, de ese modo, una excepción a la regla de la irretroactibilidad de la ley (cf. esta Sala causa N° 64.537, "Ibarlucía Miguel...", del 20/03/2020; SCBA, C. 119.562, "Castelli, María Cecilia...", del 17/10/2018; Galdós, Jorge Mario, La responsabilidad civil y el derecho transitorio, LA LEY, 2015-F, 867, Cita Online: AR/DOC/3711/2015 —con la colaboración de Gustavo Blanco—; El art. 7 Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio en la responsabilidad civil (en la primera etapa de implementación del Código Civil y Comercial) en Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R. J., Tratado de Derecho de Daños, T° III; El art. 7 Código Civil y Comercial de la Nación y algunas reglas de derecho transitorio en materia de responsabilidad civil, Rubinzal on line RC D 5/2016).

VII. Los hechos probados

Sobre la base de los antecedentes reseñados al inicio, ponderados a la luz de las pruebas y constancias obrantes en autos; y considerando los aspectos del decisorio apelado que llegan firmes a esta instancia, tengo como hechos acreditados en autos los siguientes:

Que el actor no contrató con Telecom Personal SA el suministro de línea telefónica alguna, pues la citada empresa, pese a lo sostenido al contestar demanda (fs. 106 vta.) no ha acompañado constancia alguna de ello.

Que Telecom Personal SA nunca explicó —ni mucho menos probó—, ni en las actuaciones administrativas llevadas adelante ante la OMIC ni en estos autos, el motivo por el cual procedió a dar de alta líneas a nombre del consumidor, sin su requerimiento. De modo que subsiste improbado si ello obedeció a un obrar doloso de la empresa, a un error de su parte, o a una maniobra fraudulenta por parte de un tercero que hubiera suplantado —con culpa concurrente de la empresa o no— la identidad del aquí actor.

Que, en formulario sin fecha, el accionante dio inicio al trámite previsto por la accionada Telecom Personal SA para denunciar la facturación indebida de líneas no solicitadas, completando la declaración jurada en tres hojas, cuya copia luce a fs. 11/13 y 163/165, y cuya autenticidad no fue desconocida por la mencionada. Pese a la ausencia de fecha en la aludida declaración, tendré probado que el reclamo del consumidor fue efectuado en forma inmediata a la recepción de la primera factura —como lo sostiene en su demanda, fs. 38 vta.-, pues la empresa de telefonía no acompañó —pudiendo fácilmente hacerlo— documentación o constancia alguna que desvirtúe esa afirmación (art. 375 Cód. Proc. Civ. y Comercial y principio de la carga dinámica de la prueba, art. 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Ello considerando además, que acorde el curso normal y ordinario de las cosas (art. 901 Cód. Civil; art. 1727 Cód. Civ. y Comercial), resulta verosímil que un ciudadano con una diligencia media que recibe una facturación de once líneas telefónicas que no ha contratado, efectivamente se apersone inmediatamente en la empresa a fin de denunciar la situación y conocer las razones de semejante error (art. 163 inc. 5 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Que pese a ello, nunca recibió comunicación o respuesta alguna por parte Telecom Personal SA, quien, por el contrario, continuó facturando el servicio de las once líneas telefónicas por dos períodos más (el que va desde el 21/09/2014 al 20/10/2014, cf. factura N° 5478-17218064 por la suma de $5.648,96, obrante a fs. 24; y el que va desde el 21/10/2014 al 20/11/2014, cf. factura N° 5478-21838600, por la suma de $1.760,17, obrante a fs. 29; ver resúmenes de cargo por línea a fs. 23 y 33). Y no sólo que la aludida empresa continuó facturando el aludido servicio de las once líneas por esos dos períodos más, sino que además, hacia abril de 2015, le remitió una tercer factura (la factura N° 5478-39083684, obrante a fs. 6) por la suma de $50,13, en concepto de "cargos variables: suscripción texto 752887" (más impuestos y saldo anterior, menos "ajustes") cuya razón de ser resulta ininteligible.

Que ínterin, y pese a la denuncia ya formulada ante Telecom Personal SA, el actor recibe una comunicación con el logo de "Veraz", firmada el 19/11/2014 por "Organización Veraz SA. División Collection", "actuando por cuenta y orden de Telecom Personal SA" en la que, en lo sustancial, se le "comunica" el atraso en el pago de obligaciones contraídas con esta última compañía por la suma de $11.511,04; se le hace saber que en caso de no pagar, Telecom Personal SA dará de baja las líneas "e iniciará las acciones legales

Thomson Reuters

que pudiera corresponder"; y en "Nota" al pie, que "la presente carta no constituye una intimación de pago, sino un aviso que tiene por objeto poner en su conocimiento que, en caso de corresponder, la falta de regularización en el plazo indicado implicará la incorporación de la misma a su historial crediticio" (fs. 5).

Que con fecha 5 de febrero de 2015, el actor denuncia ante la Oficina de Defensa del Consumidor de Tandil "que se ha procedido a utilizar mi nombre y constancias personales falsificándome la firma para obtener líneas de celulares, que yo no he contratado. Que esta situación la he denunciado ni bien tomé conocimiento, conforme las denuncias que se acompañan y las cartas documentos remitidas a Personal y Telecom sin que a la fecha se me haya satisfecho ninguna de mis exigencias. Obviamente no aboné ninguna de las facturas que a mi nombre se recepcionan, dando origen esta situación a que la propia empresa Personal, la cual adulteró mis datos y firma me denuncie en Veraz, lo que provocó que me excluyeran del sistema crediticio por mora" (fs. 161). En torno a sus pretensiones, el aquí actor refirió que pretendía "A) la exclusión inmediata como usuario de personal, B) exhibición y entrega de la documentación en que se me ha falsificado la firma, a fin de radicar la denuncia penal pertinente, y C) resarcimiento económico por el daño ocasionado". (fs. 162).

Que en esas actuaciones administrativas, Telecom Personal SA nunca respondió la denuncia, ni adjuntó o exhibió documentación o brindó explicación alguna, ni compareció a la audiencia de conciliación fijada para el 04/06/2015 (ver copia acta a fs. 177), limitándose toda su participación a ofrecer una propuesta de "acuerdo conciliatorio", en la que la única obligación por ella asumida era "informar que el cliente no tiene líneas activas en las bases de Telecom Personal SA bajo su titularidad" ("al solo efecto conciliatorio y sin reconocer hechos ni derechos", ver fs. 167). Esa propuesta no fue aceptada por el Sr. Martínez por las razones brindadas en la presentación obrante en copia a fs. 170, solicitando allí la instrucción de un sumario a la empresa denunciada. Con fecha 4 de junio de 2015, se pasan las actuaciones al área de sumarios (fs. 177), dictándose el 04/12/2018 el auto de imputación a Telecom Personal SA por infracción a los artículos 4 (deber de información) y 35 (propuestas prohibidas al consumidor) de la Ley de Defensa del Consumidor (cf. documentación adjunta a la presentación electrónica del 24/10/2018). Se puso de relieve allí, respecto de la vulneración al art. 4 LDC que "en ningún momento (Telecom Personal SA) envía o adjunta documentación acerca de la contratación del servicio realizada por el consumidor, ni en papel ni ningún otro soporte, absolutamente nada que acredite que el consumidor hubiera solicitado los servicios que luego se facturaron a su cargo (fs. 10)". En lo que respecta a la vulneración del segundo precepto citado, el art. 35 LDC, considera que no habiendo mediado requerimiento del consumidor, la cuestión encuadraría *prima facie* en una hipótesis de contratación no realizada que genera un cargo.

De la reseña de los elementos fácticos que he tenido por probados o firmes (arts. 375, 384, 163 inc. 5 y 260 Cód. Proc. Civ. y Comercial), emana a mi juicio la responsabilidad de ambas coaccionadas, por los fundamentos que referiré en cada caso.

VIII. 1. La responsabilidad de Telecom Personal SA.

La empresa de telefonía Telecom Personal SA, en su carácter de proveedora en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor (arts. 2, 40 y 40 bis LDC), debe responder por los daños derivados del deficiente funcionamiento (a la luz del standard del "buen proveedor profesional"), del servicio prestado para la anulación de facturas por servicios no contratados (arts. 23, 40 y 40 bis LDC). Asimismo, debe responder por el incumplimiento de sus deberes de información (art. 42 CN, art. 4 Ley 24.240 y 1100 Cód. Civ. y Com. de la Nación), y de atención y trato digno al consumidor o usuario (art. 42 CN; art. 8 bis LDC, y 1097 Cód. Civ. y Com. de la Nación). El primer incumplimiento se manifiesta en el deficitario servicio brindado por Telecom Personal SA para registrar la declaración jurada de contratación no requerida, constatar su atendibilidad y efectivizar la anulación de la factura improcedentemente emitida a nombre del Sr. Martínez (por la causal que fuere: error, suplantación de identidad etc.); déficit que se evidenció en la continuación de la facturación durante dos períodos más (con una tercer facturación emitida al cabo de unos meses, por concepto desconocido y sin causa evidente y legítima que la justifique; ver fs. 24, 29 y 6), y en el aparente requerimiento efectuado a la empresa Veraz SA (más adelante profundizaré sobre el punto) para que remita el improcedente "aviso" de fs. 5.

Como lo ha señalado este Tribunal, "la carga de la prueba de que la prestación se efectuaba en las condiciones normales y propias del servicio recaía sobre la demandada, sobre la base de sus propias alegaciones, por tratarse de una responsabilidad objetiva, de resultado, en el que la carga probatoria (además de que en la responsabilidad objetiva el sindicado como responsable debe demostrar la causa ajena exoneratoria) está incidida por la prueba a cargo del proveedor (art. 53 LDC) (...) 'tratándose de una relación de consumo, donde rige la teoría de la carga dinámica de la prueba (art. 53, ley 24.240) —dijo la Casación local— la empresa demandada, atento a su profesionalidad (arts. 902 y 909, Cód. Civil), es quien está en mejores condiciones para acreditar ciertos extremos. ... El proveedor tiene una obligación legal: colaborar en el es-

Thomson Reuters

clarecimiento de la situación litigiosa. Toda negativa genérica, silencio, reticencia o actitud omisiva creará una presunción en su contra" (SCBA LP, C 117760, S 01/04/2015, "G., A. C. c. Pasema SA y otros s/ daños y perjuicios", cit). (...) La doctrina procesal asigna valor probatorio a la conducta procesal omisiva o a aquella que denota falta de colaboración" (cf. esta Sala, causa N° 64.121, 29/10/2019, "Leguizamón, Sandra M. c. Maluendez, José M. y otros s/ daños y perj. resp. profesional (Excluido Estado))" (esta Sala, causa N° 64.537, "Ibarlucía Miguel, del 12/03/2020).

Por su parte, el segundo incumplimiento (el del deber de información), se verificó en el caso en la persistente omisión de Telecom Personal SA, tanto en la instancia extrajudicial, como en la administrativa ante la OMIC y la judicial, de informar al Sr. Martínez las causas de la improcedente facturación emitida a su nombre; con las implicancias que ello acarreó conforme se desarrollará al abordar los daños reclamados.

Finalmente, el tercer incumplimiento, el del deber de atención y trato digno, resulta en el caso directa derivación de los dos anteriores. Al respecto, ha dicho esta Sala que "la exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones, ni mortificaciones como desarrollo de la exigencia de trato digno del art. 42 de la CN, algunos de cuyos casos son hechos ilícitos en sentido lato del art. 1066 del CC como en los reclamos extrajudiciales o dolosos como en la discriminación (ver Kiper, Claudio M. en Picasso-Vázquez Ferreyra, "Ley de Defensa del Consumidor...", T. 1, ps. 122 a 148; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas..." cit. y Tobías, José W., "Persona, derechos personalísimos y derecho del consumidor" en Picasso-Vázquez Ferreyra, "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada", Buenos Aires, LA LEY 2011, T. 1, 91, 114). Se trata de considerar, a la vez, la dignidad del consumidor como la conducta específicamente desarrollada por el proveedor que se conoce habitualmente como "mal trato" que permite imponer las sanciones del art. 52 bis originados en el aprovechamiento por la parte más fuerte que es el proveedor (Junyent Bas, Francisco y otros, "Ley de defensa del consumidor: comentada, anotada y concordada", Buenos Aires, Errepar, 2012, p. 107, las comillas son del original; Lorenzetti, Consumidores, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, ps. 149 y 233 e Iturbide, Gabriela A., "Reflexiones sobre el trato equitativo y digno en la relación de consumo", pto. 3, elDial-DCB6A del 01/06/2007) o eventualmente a conductas que son claramente dolosas como se ha entendido ocurre en el caso de la discriminación" (esta Sala, causa N° 63.121, "Olaciregui, María del Rosario...", del 28/08/2018, voto del Dr. Galdós).

2. La responsabilidad de Veraz SA.

Como destaqué al aludir al derecho aplicable, los efectos de la relación de consumo verificada en autos alcanzan a la coaccionada Veraz SA, en razón de que, como consecuencia de la misiva de fs. 5 remitida al actor, ella resultó partícipe de la situación dañosa generada al actor en su calidad de usuario (arts. 1, 2, 3 y 40 LDC, arts. 10, 1092, 1094 y 1120 Cód. Civ. y Comercial).

Se trata, como se dijo, de la comunicación con el logo de "Veraz", firmada el 19/11/2014 por "Organización Veraz SA. División Collection", "actuando por cuenta y orden de Telecom Personal SA" en la que, en lo sustancial, se le "comunica" el atraso en el pago de obligaciones contraídas con esta última compañía por la suma de $11.511,04; se le hace saber que en caso de no pagar, Telecom Personal SA dará de baja las líneas "e iniciará las acciones legales que pudiera corresponder"; y en "Nota" al pie, que "la presente carta no constituye una intimación de pago, sino un aviso que tiene por objeto poner en su conocimiento que, en caso de corresponder, la falta de regularización en el plazo indicado implicará la incorporación de la misma a su historial crediticio" (fs. 5).

Como puede observarse, la aludida "comunicación o aviso", al margen de la nutrida explicación (desprovista de toda prueba) que Veraz SA brindó en punto al entramado negocial en que se inserta este tipo de comunicaciones, o de la real autoría que atribuye a su coaccionada Telecom SA (ver fs. 312 y vta.), tiene toda la apariencia y literalidad propias de una comunicación remitida por Veraz SA, como consecuencia de una previa información de morosidad efectuada por Telecom Personal SA. En consecuencia, sólo así pudo ser interpretada por el consumidor, quien no tiene por qué conocer ni descifrar esa enmarañada explicación.

Por lo demás, aún cuando se tuviera por cierto lo aducido por la aludida empresa de información crediticia comercial y financiera, en punto a la comunicación fue remitida en realidad por Telecom Personal SA, lo cierto es que, según su propia explicación, esa carta es confeccionada en base a las posibilidades que ofrece la plataforma ideada por la misma empresa Veraz, la que, de este modo, conoce y acepta —pues ello es parte de la lógica del sistema— que las aludidas intimaciones puedan ser enviadas a su nombre, en representación del acreedor (cliente adherente). Tanto es así que la coaccionada Veraz SA admite que "dicha carta con el membrete "Veraz" es un servicio que presta mi mandante a los clientes adherentes que contratan el mismo (como es el caso de Telecom), que se denomina "Sistema Único de Monitoreo y Alertas (SUMA)", (fs. 132). Y tanto es así también, que la pro-

Thomson Reuters

pia coaccionada deja expuesto el quid del eficaz sistema ideado, cuando explica que "la plataforma permite hacer envíos en nombre de la empresa (Telecom) utilizando el logo de Veraz, lo que ha quedado demostrado que mejora notablemente los indicadores de pago ya que el índice de recupero varía entre el 50 y el 60%" (fs. 132 vta.).

De modo que a mi juicio, resulta de toda evidencia que una empresa que ha ideado y comercializado un sistema cuyas potencialidades naturalmente conoce (y reconoce expresamente en autos; fs. 132 y vta.); y que no ha argüido —ni menos probado— que su cliente adherente usó el sistema en contra de lo acordado, no puede luego desentenderse de las consecuencias dañosas que su uso genera, y, puntualmente, de la confusión —o apariencia— que el propio sistema permite generar en el consumidor, que indefectiblemente creerá —y en ello parece radicar la eficiencia del sistema— haber recibido una notificación de Veraz en representación de su acreedor. Y no puede desentenderse tampoco de que en ese aparente cuadro, deliberadamente elucubrado, el consumidor necesariamente concluirá también que su acreedor fue quien informó su estado de morosidad —inexistente en el caso— a Veraz SA.

Por ello es que en el marco de esa premeditada maniobra, resulta a mi juicio improcedente toda carga que pretenda colocarse en cabeza del consumidor, en orden a desentrañar el real remitente de la misiva, o la información que a ciencia cierta se ha remitido o no se ha remitido a Veraz SA, y qué se ha asentado o no en sus bases de datos. Incluso, tengo para mí que las aclaraciones que efectúa en este proceso judicial la citada empresa, en punto a que no fue ella quien remitió la misiva sino que fue el resultado de las posibilidades que admite la plataforma que ofrece a sus clientes adherentes; y a que, en rigor, no se le había notificado formalmente morosidad alguna respecto del aquí actor, no hacen más que poner en evidencia el carácter engañoso que merced a la plataforma por ella creada, ostentó el aviso de fs. 5. Ergo, quien concienzudamente ofrece el medio para la consecución de un resultado, y permite incluso la falsa invocación de su nombre, no puede luego prevalerse de la prueba de la realidad oculta al actor, para invocar su falta de autoría y pretender que la causa del daño invocado (comunicación del estado de morosidad al Veraz) en realidad no existía, cual si todo hubiera sido producto del mero imaginario o errónea interpretación del consumidor. Cuanto menos, ello contradice flagrantemente el principio general de buena fe (art. 9 Cód. Civ. y Comercial).

Por lo demás, es de destacar que el reproche que vengo formulando a la conducta de Veraz SA, es conteste con la pretensión del derecho consumeril de evitar maniobras tendientes a confundir al consumidor o usuario moroso. Ello así pues el art. 8 bis (incorporado por Ley 26.361) que regla el "trato digno y las prácticas abusivas", determina, en lo que aquí importa, que "en los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse (los proveedores) de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor." Dicho precepto, si bien alude a una situación diferente a la de autos, tiende a evitar el aprovechamiento de la ligereza o inexperiencia del consumidor para hacerle creer que su deuda ha sido judicializada, a modo de lo que aquí han realizado las codemandadas al generar de mala fe e ilegítimamente, mediante la plataforma por ellas contratada, la convicción en el accionante de estar recibiendo una intimidatoria comunicación por parte de Veraz SA.

Conforme lo dicho, estimo que la coaccionada Veraz SA debe responder solidariamente por todos los daños y perjuicios ocasionados al usuario, considerando que aún teniendo por cierto que el aviso fue remitido por Telecom Personal SA, el mismo fue confeccionado en base a las posibilidades que admite la plataforma creada por Veraz SA (arts. 1, 2, 3 y 40 LDC, arts. 10, 1092, 1094 y 1120 Cód. Civ. y Comercial).

IX. El daño moral sufrido por el actor

1. Como lo viene recordando esta Sala en diversos pronunciamientos sobre la materia "el daño moral se concibe considerando el interés jurídico susceptible de ser reparado toda vez que el derecho no protege los bienes en sí mismos o en abstracto sino en cuanto idóneos para satisfacer necesidades (intereses) patrimoniales o extrapatrimoniales que resultan frustrados a raíz del hecho dañoso (conf. "El daño moral colectivo. Su problemática actual" en "Derecho Ambiental y Daño" —Director Ricardo L. Lorenzetti— p. 253; Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, p. 237; Boragina, Juan, "El Daño" en "Derecho Privado" (Homenaje a Alberto Bueres), p. 1138; Calvo Costa, Carlos, "Derecho de las obligaciones" T. 2 p. 239).(...) De su clásico y más reducido ámbito, restringido inicialmente al "precio del dolor", ahora se difunde la noción del "precio del consuelo" —receptado por el art. 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación— esto es al resarcimiento que "procura la mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables (por ejemplo escuchar música) que conjugan la tristeza, desazón, penurias" (Iri-

Thomson Reuters

barne, Héctor P., "De los daños a la persona" ps. 147, 577, 599 p. 401 (...) El daño moral consiste "no sólo en el dolor, padecimiento o sufrimiento espiritual del individuo", sino también en la "privación momentos de satisfacción y felicidad en la vida del damnificado —víctima o reclamante— y que en definitiva influyen negativamente en la calidad de vida de las personas" (Highton, Elena I. - Gregorio, Carlos G. - Álvarez, Gladys S., "Cuantificación de Daños Personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas", Revista de Derecho Privado y Comunitario 21, Derecho y Economía, p. 127; conf. mis trabajos "Afección al Espíritu de la Persona. Legitimados para reclamar el daño moral" en "Estudios de Derecho Privado Moderno. Homenaje al Dr. Julio César Rivera", p. 145; "Los daños a las personas en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", Revista de Derecho de Daños 2009-3-245; "Cuánto" y "quién" por daño moral" en "Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-161-1969). Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Ed. Advocatus, Córdoba 2009-T. III p. 1659; esta Sala, causa N° 57.218, 13/06/2013, "Rossi...", "Barcelonna" cit. anteriormente, causa N° 63.121, del 28/08/2018, "Olaciregui, María del Rosario..."" (esta Sala, causa N° 64.537 "Ibarlucía Miguel...", del 12/03/2020, voto del Dr. Galdós)"

Por lo demás, como se destacó en el precedente "Ibarlucía" recientemente citado, corresponde tener presente que "el daño no patrimonial o extrapatrimonial o moral constituye un daño presumido cuando se trata en varios supuestos fácticos, particularmente en lo que atañe a incumplimientos en el marco de las relaciones de consumo y en los que los padecimientos, fastidios y disgustos superan ampliamente el umbral de lo que se denomina "daños morales mínimos" para configurar, por su entidad y persistencia, un daño resarcible en los términos de los citados arts. 1737, 1741 y ccs. Cód. Civ. y Comercial".

2. Sobre la base dogmática que antecede, debo destacar que el caso suscitado en autos no se limitó al de una facturación errónea de líneas telefónicas, que, tras la debida denuncia del consumidor, fue dejada sin efecto con razonable inmediatez. De haber sido así, coincidiría con la sentencia recurrida en punto a que no se habría sobrepasado "el límite de tolerancia como para movilizar la jurisdicción" (fs. 194 vta.). Sin embargo, ello no es así.

Veamos. Al actor de marras, que ni siquiera era cliente de la empresa de telefonía, se le remitió una primer factura por once líneas telefónicas por la suma total de $5.862,08 (fs. 26). A fin de percibir la dimensión económica del reclamo —como bien lo sugiere el apelante— que enfrentaba el consumidor es conveniente destacar que esa suma, previa conversión a dólares (el dólar venta Banco Nación a octubre de 2014 era de $8,41, y al 31/03/2020 es de $65,75), equivale en la actualidad a recibir, por el servicio de telefonía, una factura de $45.830.

Y tras tener que molestarse obligadamente —lo que ya constituye una vulneración de su "libertad de acción", como bien lo destaca el Fiscal General; fs. 236/237 vta.— a formular el correspondiente reclamo, por una suma exorbitante tratándose del servicio telefónico, no sólo no recibió contestación alguna a su reclamo, sino que continuó recibiendo facturas por las mismas once líneas, por dos períodos más (por las sumas de $5.648,96 —fs. 24— y $1.760,17 —fs. 29—; las que actualizadas conforme el criterio antedicho, equivaldrían a las de $44.163 y $13.761 respectivamente). Y como si ello ya no fuera suficiente para perturbar su tranquilidad, recibió la "comunicación" de deuda por la suma de $11.511,04 (equivalente en la actualidad a la de $89.994) remitida (o aparentemente remitida, que es lo relevante) por la empresa de informes crediticios Veraz SA. En ese cuadro de circunstancias, la recepción de esa suerte de comunicación exhortativa, que pretende calificarse como simple "aviso", poseyó —pese a la distinción que se formula en el decisorio recurrido; fs. 193 vta./194— similar fuerza amedrentadora a la de una intimación lisa y llana, y debió generar, a mi juicio, semejante perturbación de la tranquilidad a la que sufre quien es intimado a abonar una deuda importante que no posee, y cuya inexistencia ya ha denunciado. Y ello calificado por el hecho de que aquí ni siquiera esa intimación fue remitida por el acreedor —al menos en apariencia—, sino que implicó la intromisión en el conflicto —a requerimiento del acreedor— de un tercero ajeno al presunto vínculo obligacional; tercero que además es una especializada empresa de informes comerciales, financieros y crediticios, que en algunos casos puede perjudicar la vida negocial de quienes figuran en sus asientos. Ello sin duda, posee suficiente aptitud para menoscabar la tranquilidad espiritual de cualquier persona con una moralidad media.

Y a diferencia de lo que se sostiene en la instancia anterior, no modifica lo expuesto el hecho de que la comunicación contuviera las "disculpas" del caso para quien ya hubiera cancelado la deuda, pues está claro que ese no era el caso del aquí actor, quien no había pagado la deuda precisamente por desconocerla. Por otra parte, aún cuando el hecho de no haber contratado ningún servicio pueda hacer presumir al consumidor que la situación muy probablemente se esclarecería y no se vería obligado a pagar la deuda, lo cierto es que, frente a lo desconocido, necesariamente habrá de subsistir en el usuario una considerable y perturbadora duda, pues siempre es posible que un

Thomson Reuters

tercero haya efectuado una maniobra eficiente de suplantación de su identidad que no le sea fácil desvirtuar. En otros términos, vale presumir, pues ello resulta del curso normal y ordinario de las cosas (arts. 901 Cód. Civil y 1727 Cód. Civ. y Comercial) que cualquier consumidor normal a quien se le reclame el pago de facturas de once líneas telefónicas (por una importante suma total que, sumando las facturas de fs. 24, 26 y 29, equivaldría a la actualidad a la de $103.754) hasta que no reciba la confirmación de que se ha constatado la improcedencia de las facturaciones, no recuperará la tranquilidad injustamente perdida (art. 163 inc. 5 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Y no termina allí la nómina de aflicciones padecidas por el actor, pues al cabo de cuatro meses más, Telecom Personal SA le remitió una cuarta factura (la de fs. 6, por un concepto que, como ya se dijo, ni siquiera se comprende), cuyo monto si bien es insignificante, nuevamente importó una afrenta a sus derechos, y debió generarle necesaria incertidumbre e indignación. Por lo demás, el actor continuó siendo perturbado en sus afecciones legítimas cuando Telecom Personal SA vulneró su derecho a conocer los motivos de la improcedente facturación, haciendo caso omiso del requerimiento formulado al efecto ante la OMIC (fs. 162) e impidiéndole verificar —incluso en estos autos— si ha sido víctima de un supuesto de suplantación de identidad por un tercero, de modo de radicar la pertinente denuncia penal (y, agrego, tomar las precauciones del caso frente a un ilícito penal que podría replicarse ante otras compañías).

Entiéndase bien, el destrato en que incurre quien detenta mayor poder, daña fuertemente la tranquilidad espiritual de quien, en su existencia más débil, se siente cautivo de una situación jurídica que en nada ha contribuido a generar, y sujeto a que el más poderoso, por su "buena voluntad", se digne a concederle la "gracia" de escuchar su reclamo. Y debe comprenderse que no es cada episodio dañoso —a veces menor—, lo que configura el perjuicio moral en su real dimensión, sino que éste es el resultado de la persistente intranquilidad espiritual que genera el reiterado destrato a la parte más débil de la situación jurídica.

En razón de lo expuesto, considero que la suma de $90.000 resarcirá adecuadamente el perjuicio extrapatrimonial sufrido por el Sr. Martínez, teniendo particularmente en cuenta que el perjuicio invocado por la presunta imposibilidad de acceder a un crédito hipotecario Procrear resultó desvirtuado por la prueba reunida en autos (lo que ha llegado consentido a esta instancia). En razón de lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Martínez, y revocar el decisorio apelado en cuanto rechazó la acción de daños y perjuicios incoada, fijando en concepto de reparación por el perjuicio extrapatrimonial sufrido por el Sr. Martínez la suma de $90.000. Por ella deberán responder en forma solidaria ambas accionadas (art. 40 LDC), sin perjuicio de determinar, al exclusivo efecto de una eventual repetición entre ellas, que la cuota de contribución de Telecom Personal SA y de Veraz SA por la causación del aludido daño, es del 80% y el 20%, respectivamente (art. 841 Cód. Civ. y Comercial).

El referido importe dinerario, que guarda relación con las sumas fijadas en los antecedentes más recientes de este Tribunal sobre la materia (vgr. causas citadas "Dours", N° 64.706 del 18/02/2020, e "Ibarlucía", N° 64.537, del 12/03/2020) permitirá al actor acceder a ciertos bienes deleitables, a fin de mitigar razonablemente el perjuicio moral sufrido (art. 42 CN; arts. 1, 2, 4, 8 bis, 23, 40, 40 bis y ccds. LDC; arts. 1, 2, 3, 5, 7, 9, 1725, 1727, 1740, 1741 y concs. Cód. Civ. y Comercial; arts. 163 inc. 5, 165, 375 y 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

X. El daño punitivo o multa civil reclamada. Su constitucionalidad.

1. En su expresión de agravios, el actor apelante pretende también que se reconozca la suma de $500.000 en concepto de daño punitivo, acorde lo oportunamente requerido en su escrito inicial (fs. 43 vta./45 vta.). Antes de valorar la procedencia de tal agravio, en virtud de la llamada apelación adhesiva o implícita (SCBA, C 95.643, "Miara de Vázquez, Delia María...", del 18/11/2009; C 97.182, "Conti, Raúl Pedro", del 19/05/2010; C 104.703, "Torres, Marta y otro...", del 27/06/2012; C 109.849 "Postigo, Norma Lionel...", del 27/11/2013; Ac. 110.499, "R., M., G. y otros...", del 26/03/2014, entre otras tantas), ponderaré el planteo de inconstitucionalidad que al contestar demanda introdujo la coaccionada Telecom Personal SA (fs. 109 vta./110 vta.). Adujo allí la mencionada que el art. 52 bis LDC no recepta el daño punitivo sino la posibilidad de fijación de una multa civil, y que, de todos modos, ella resulta inconstitucional pues el tipo previsto en esa norma es abierto y no respeta los principios del art. 18 CN e instrumentos internacionales de jerarquía constitucional. Ello desde que, afirmó, esa norma no describe con precisión la conducta prohibida (antijuridicidad); ni el factor subjetivo de atribución; ni las pautas para graduar la sanción, violando el principio de que no hay pena sin ley previa. Sostuvo además que su aplicación le ocasionaría un gravamen irreparable y supondría una hipótesis de confiscación, por exceder el daño efectivamente sufrido por el accionante. Subsidiariamente, solicitó que el daño punitivo sea fijado en el mínimo de la escala legal.

Para dar respuesta a esos planteos, recuerdo que como lo ha destacado esta Sala en la causa ya citada "Olaciregui", "Las objeciones y cuestionamientos

Thomson Reuters

constitucionales (...) en contra de la sanción pecuniaria disuasiva (como la denominaban los arts. 1714 y 1715 del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación) o daño punitivo o multa civil como lo designa el art. 52 bis LDC, así como los restantes reproches constitucionales, no son de recibo, conforme lo resuelto por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia e incluso la doctrina legal de la Suprema Corte (confirmando el "leading case" de CCiv. y Com. de Mar del Plata, Sala II, 27/5/2009, "Machinandiarena Hernández c. Telefónica de Argentina", LA LEY 2009-C, 647; SCBA, 06/11/2012, LA LEY Bs. As. 2012, 1175)" (esta Sala, causa cit. N° 63.121, "Olaciregui, María del Rosario", del 28/08/2018, confirmada por la Suprema Corte de Buenos Aires; en igual sentido, causas cit. N° 64.537, "Ibarlucía"; N° 64706, "Dours", entre otras tantas).

Se recordó en la aludida causa "Olaciregui", que "los daños punitivos consisten en adicionar al dañador un "plus" de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros. Se trata de una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo" (esta Sala, causa cit. "Olaciregui", con remisión a las consideraciones teóricas formuladas en las causas previas N° 57.494, "Rossi, Laura V..."del 11/06/2013; N° 61.668, "Dabos, Marcos Alberto", del 05/04/2017; N° 62.827, "Barcelonna, María Paula y otro/a" 05/06/2018, y a trabajos del Dr. Galdós: Galdós, Jorge M., (con la colaboración de Gustavo Blanco y María Eugenia Venier), "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos, "Tratado de Derecho del Consumidor", Ed. LA LEY Bs. As., 2015, Tomo III, p. 259; "Otra vez sobre los daños punitivos", SJA 2016/06/08-1; JA, 2016-II; "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones", RCyS, 1999-23; entre otros tantos).

Asimismo, se añadió allí que conforme la opinión de López Herrera "los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada, representan una expresión clara de la función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil y se caracterizan porque si bien no son una indemnización, constituyen una reparación (reparar significa "desagraviar, satisfacer al ofendido" y "remediar o precaver un daño") (...) (cf. López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II-1198, p. 1202). (...). Mosset Iturraspe afirma que "la multa civil es una especie de sanción represiva, aflictiva, en cuanto impone una privación patrimonial" (arts. 21 Cód. Penal y 1004 Cód. Civil) que no atiende al daño causado, lo que es propio de la responsabilidad civil, organizada en interés de los particulares, víctimas de un daño (cf. Mosset Iturraspe Jorge, "Responsabilidad por daños", Parte general, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 359, 362 y 404). (...) Es decir, el daño punitivo importa una condena "extra" que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente (cf. Irigoyen Testa, Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?", RCyS 2009-X, 16; Vázquez Ferreyra, Roberto, "La naturaleza jurídica de los daños punitivos", RDD, Daño punitivo, 2011-2, Rubinzal Culzoni Editores, p. 11)" (esta Sala, causa cit. "Olaciregui").

Además, previa cita de la opinión de otros numerosos autores, se especificó en el referido antecedente que "las notas tipificantes según el art. 52 bis LDC son las siguientes: se trata de una condenación que es distinta y diferente del resarcimiento del daño; por eso se la vincula con las funciones de prevención y punición de la responsabilidad civil; su finalidad esencial es prevenir y punir graves inconductas del dañador; son de origen legal, por lo que se requiere de norma expresa que los regule; la determinación del destino es un aspecto librado esencialmente al arbitrio legislativo; son de carácter excepcional por lo que requiere que sus presupuestos subjetivos y objetivos estén tipificados: dolo o culpa grave, "grave menosprecio hacia los derechos ajenos" en la terminología de los proyectos de reforma, y una conducta antijurídica del dañador que revista entidad y significación" (esta Sala, causa cit. "Olaciregui", con remisión a las causas previas ya mencionadas "Rossi", "Dabos" y "Barcelonna").

Se explicó más adelante que "en la doctrina se postulan tres criterios: el que sostiene la inconstitucionalidad de la norma, sea en general o, en particular, con específica relación al destino conferido al consumidor; la tesis intermedia que se refiere a su procedencia restrictiva sólo en caso de ilícitos lucrativos; y, finalmente, la que se pronuncia por su constitucionalidad y procedencia (...), que es la prevaleciente (postura de la mayoría de la doctrina de Zavala de González, Pizarro, Moisá, Rubén Stiglitz y Gabriel López Herrera, Chamatropulos, Alvarez Larrondo, Sozzo, Hernández, Irigoyen Testa, Rinessi, Vázquez Ferreyra, entre otros (..). Ello a partir de una "lectura correctora" del texto legal, ya que existe coincidencia acerca de los defectos de técnica legislativa que exhibe el citado art. 52 bis. (...) La postura favorable, parte del presupuesto de que la responsabilidad civil cumple tres funciones: prevenir, reparar, sancionar (...) y más allá de la conveniencia de que el destino del daño punitivo sea mixto, el art. 52 bis no vulnera el principio de la

Thomson Reuters

reparación plena del daño ni produce un enriquecimiento sin causa de la víctima porque se trata de una pena civil." (esta Sala, causa cit. "Olaciregui").

En esa línea, se destacó "la constitucionalidad de la multa civil que cumpla con los requisitos de legalidad (es decir existencia de norma expresa que la regule, y que en el caso resulta del art. 52 bis LDC), razonabilidad y proporcionalidad y que se asegure el derecho de defensa y del debido proceso (...) En las XVII Jornadas Nacionales se decidió por unanimidad que: "las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (v.gr. non bis in idem, prohibición de autoincriminación, personalidad de la pena, etc.). Es preciso, en cambio, que ellas no sean excesivas y que resulten respetadas las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa". Ello así porque las mencionadas penas privadas "abastecen los principios de legalidad y del debido proceso; afianzan el rol preventivo y sancionador de la responsabilidad civil, confiando en la prudencia y razonabilidad judicial (...) Por lo demás, recuerda Trigo Represas la existencia en nuestro derecho de "supuestos emparentados con los daños punitivos": las "astreintes" (art. 666 bis Cód. Civil), la cláusula penal (art. 656 Cód. Civil), los intereses punitorios o sancionatorios (arts. 622 Cód. Civil y 565 Cód. Comercial) y la temeridad procesal (arts. 45 CPC Bs. As. y CPC Nac.; cf. Trigo Represas Félix A. en Cazeaux Pedro N. - Trigo Represas Félix A. "Derecho de las Obligaciones", 3ª. Ed. aumentada y actualizada, Ed. Platense, La Plata, 1996, T°. V p. 930; aut. cit. "Daños punitivos" en "La responsabilidad-Homenaje al profesor Dr. Isidoro Goldenberg", dir. Atilio A. Alterini y López Cabana Roberto M., Ed. Abeledo-Perrot, 1995, p. 283). Se verifica un "revival de la pena privada" y el derecho civil "no debe temer la introducción de la noción de pena cuando esta sirve a los otros fines del derecho de daños, fundamentalmente, a su finalidad preventiva" (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?", cit. p. 13, N° 4 y p. 59 N° 3)" (esta Sala, Causa cit. "Olaciregui").

Se explicó más adelante con cita de Arauz Castex y Trigo Represas que en "el derecho civil la mayor parte de las sanciones son resarcitorias; pero las hay también represivas, tanto en materia patrimonial como de familia. Es erróneo pensar que las sanciones represivas son exclusivamente propias del derecho penal. En derecho civil también las hay, y nada tienen de anómalo ni de inconciliable con los caracteres generales de la materia". De allí concluye sistematizando las sanciones represivas extrapatrimoniales —vgr. pérdida de la patria potestad (art. 307 Cód. Civil), corrección del hijo por el padre (art. 278) —entre otras— y las patrimoniales (vgr. pérdida de la vocación hereditaria por indignidad (art. 3291/96), revocación de la donación por ingratitud (art. 1858), "nemo auditur..." (vgr. pago —art. 795—; dolo recíproco —art. 1047—; juego prohibido —art. 2063—; entre otras)" (cf. Arauz Castex, Manuel, "Derecho Civil-Parte General" cit., T. II p. 384 N° 1683; Trigo Represas, "Derechos de las Obligaciones", T. IV, p. 462 cit.). En conclusión, y con palabras del Congreso Nacional de Derecho Civil del año 2009: "La sanción o punición de ciertos ilícitos contractuales o extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro derecho vigente, y se manifiesta en institutos como la cláusula penal, los intereses punitorios, sancionatorios, astreintes, entre otros" (cf. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: conclusiones. Santa Fe, 23 a 25 de setiembre de 1999. Comisión n. 10: Derecho privado comparado. Las penas privadas, JA, 2000-I-1035)." (esta Sala, causa cit. "Olaciregui").

Párrafos adelante, se hizo mención de numerosa jurisprudencia que se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del instituto, destacándose finalmente que "la constitucionalidad de la norma tuvo el respaldo de la Suprema Corte de Buenos Aires que además de la causa citada de éste Tribunal ("Olaciregui") había confirmado la sentencia mencionada del "leading case" de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, "Machinandiarena Hernández..") y posteriormente la admitió en otros antecedentes más recientes (cf. expte. N° 141.404, Cam. 1ª Apel. Civ. y Com., Sala 2ª, Bahía Blanca, 28/08/2014, "Castelli, María C. c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico", confirmado por la SCBA, C. 119.562, sent. del 17/10/2018, causa "Castelli ..." cit., voto Dr. Pettigiani)" (esta Sala, causa cit. "Olaciregui").

De modo que, siguiendo el desarrollo efectuado en la causa que vengo citando, ratificado por pronunciamientos posteriores de este Tribunal como la causa también ya citada "Ibarlucía" (N° 64.537) y "Dours" (N° 64.706), y recordando que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la ultima ratio del orden jurídico, entiendo que el planteo de inconstitucionalidad bajo análisis debe ser desestimado.

2. Corresponde ahora evaluar la procedencia y eventual cuantificación de la multa civil reclamada, la que, por las razones que seguidamente expongo, considero procedente.

En lo que concierne a Telecom Personal SA valoro que ha incurrido en un comportamiento gravemente desaprensivo y desconsiderado —conforme fue descripto a lo largo del presente—, respecto de los derechos y reclamos del actor de marras, incurriendo así en un incumplimiento severo de los deberes propios de un "buen proveedor profesional".

Thomson Reuters

A ello se añade lo destacado por el Fiscal General departamental cuando sostuvo que la falta cometida por esa empresa fue muy grave, desde que los hechos "dan cuenta de una notable falla en la administración de la información sobre los clientes que tiene la empresa; así como también en el manejo de la documentación que nutre dicha vinculación (no se acompañó la información requerida). Asimismo, quedó expuesta una gran falla en los nexos informativos que vinculan diferentes sectores de la empresa (cliente— servicios prestados y cobranzas), lo que supone la necesidad de que la empresa organice mejor dichas áreas, con el objeto de evitar nuevas situaciones como las que aquí nos ocupan" (fs. 237).

Por lo demás, comparto la apreciación vertida por el mencionado en punto a que "uno de los mayores compromisos que debe tener una empresa de servicio, es el de contar con la capacidad operativa y los recursos necesarios para administrar todas las circunstancias atinentes a dicho servicio (como atención al cliente), por lo que si alguna empresa no puede cumplir con ello debe cargar con sus consecuencias." (fs. 237).

Con lo dicho, entiendo verificado el recaudo de la culpa grave que considera exigible este Tribunal para que proceda la multa civil prevista por el art. 52 bis LDC (esta Sala, causas citadas "Olaciregui", "Ibarlucía" "Dours"; asimismo, causa N° 64.024, "Newbery, Domingo Santiago", del 19/06/2019, entre otras), siendo asimismo de interés destacar que la aplicación en el caso de una sanción pecuniaria disuasiva luce de evidente utilidad a fin de motivar a la empresa coaccionada a mejorar su sistema de registro y trámite de las declaraciones juradas por facturas por servicios no contratados, disuadiéndola de perpetuar un sistema ineficiente que daña injustamente derechos de sus usuarios, al demorar excesiva e innecesariamente la toma de razón de esa índole de reclamos, favoreciendo la remisión de avisos o intimaciones de pago carentes de toda causa real.

Por su parte, estimo que Veraz SA debe responder solidariamente por esa multa, conforme lo prevé el art. 52 bis LDC. En relación con la solidaridad prevista en ese precepto respecto de todo proveedor "responsable del incumplimiento", es oportuno destacar, como lo ha hecho el Dr. Galdós, que el art. 52 bis LDC "ha sido severamente criticada argumentándose que "la regla de la solidaridad está en pugna con la naturaleza y esencia de la figura. No parece conforme con el buen sentido jurídico que alguien pueda verse obligado solidariamente a indemnizar daños punitivos por el solo hecho de ser corresponsable de un incumplimiento, cuando no se configuren, con relación a dicho sujeto, las exigencias básicas para la procedencia de la punición (...) El criterio prevaleciente, que receptó el Anteproyecto - en referencia al Anteproyecto de nueva Ley de Defensa del Consumidor presentado en el Senado en junio de 2019— fue sostenido en las Jornadas de Junín que para dotar de sentido al precepto legal sostuvo que "los daños punitivos sólo deben recaer en los proveedores que sean autores del hecho que motiva la sanción, quienes también responden por los actos de sus dependientes. Debe, consecuentemente, interpretarse que la solidaridad entre los proveedores dispuesta por el art. 52 bis presupone autoría o complicidad del sujeto sancionado, por lo que no puede ser condenado al pago de daños punitivos aquel proveedor cuya conducta no encuadre en los requisitos de aplicación de la figura" (por mayoría)." (Jorge M. Galdós, La sanción punitiva en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, en Suplemento Especial Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, Homenaje a Rubén S. Stiglitz, Dres. Fulvio G. Santarelli y Demetrio Alejandro Chamatropulos, LA LEY, marzo 2019, con cita de Stiglitz, Rubén S. - Pizarro, Ramón D., Reformas a la ley de defensa del consumidor, LA LEY 2009-B, 949, y referencia a las XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral de Junín, 2009 (en homenaje a la memoria de Augusto Mario Morello), y, en el mismo sentido, las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba 2009).

En consecuencia, recogiendo esa fundada crítica a la literalidad del texto vigente, que ha motivado posturas correctoras de su recta interpretación, así como su posible reforma en virtud del Anteproyecto antes aludido, es que entiendo conveniente destacar que en el caso, Veraz SA ha sido parcial coautora de los graves incumplimientos ya aludidos, lo que la convierte, a su vez, en solidariamente responsable por la sanción pecuniaria disuasiva que aquí propongo admitir. Ello así pues la misiva de fs. 5 —cuya aptitud dañosa ya fue ponderada en autos y que vinculó a la citada empresa con los hechos dañosos de marras—, fue uno de los actos jurídicos probados en autos, que puso de manifiesto el grave menosprecio en que incurrieron ambas accionadas respecto de los derechos del usuario actor. Ello así, en lo que particularmente concierne a Veraz SA, pues como ha quedado dicho, con el sistema SUMA que proveyó a la codemandada Telecom Personal SA, facilitó y permitió, a sabiendas, que se remitiera al aquí actor una impropia comunicación con el falso remitente de Veraz SA.

En orden a la cuantía del rubro, entiendo razonable, lo que así propongo, fijar la suma de $400.000, acorde los parámetros que establece el art. 52 bis LDC (gravedad del hecho y demás circunstancias de la causa); los parámetros, aplicables analógicamente, que rigen la graduación de las sanciones administrativas (arts. 47 y 49 LDC), y los valores fijados en los últimos precedentes de este Tribunal (esta Sala, cau-

Thomson Reuters

sas cit. N° 64.706, "Dours", del 08/02/2020 y N° 64.537, "Ibarlucía", del 12/03/2020). Tengo en cuenta además la falta de colaboración evidenciada por la empresa de telefonía en el trámite seguido ante la OMIC, así como la conducta procesal adoptada en este proceso, en el que se limitó a adoptar una postura sustancialmente negativa, e incluso continuó sosteniendo que el accionante era su cliente, sin aportar prueba alguna al respecto (fs. 106 vta.).

Por lo demás, tengo en cuenta el hecho no casual de que Telecom Personal SA es la segunda en el país en el ranking de empresas denunciadas por reclamos de consumidores y usuarios, acorde en las estadísticas que se realizan con base en los reclamos efectuados mediante la plataforma electrónica "Ventanilla Federal Única de Reclamos de Defensa del Consumidor" (institucionalizada en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor de la Secretaria de Comercio Interior del Ministerio de Producción y Trabajo, mediante la Disposición 663/2019 dictada el 23/08/2019 por el Director Nacional de Defensa del Consumidor). Acorde la última estadística publicada en el sitio web oficial https://www.argentina.gob.ar/defensadelconsumidor/estadisticas-de-reclamos, Telecom Argentina SA es, como dije, la segunda en todo el país en cantidad de denuncias, computando un total de 4.801 desde el 01/01/2018 al 30/06/2019. Ese dato sugiere que, pese al tiempo transcurrido desde los hechos de marras, la aludida empresa no parece haber mejorado, en términos generales, los servicios que presta.

En suma, conforme todas las razones dadas, propongo fijar la suma de $400.000 en concepto de daño punitivo (art. 52 bis LDC), por la que deberán responder en forma solidaria ambas accionadas (art. 52 bis LDC), sin perjuicio de determinar, al exclusivo efecto de una eventual repetición entre ellas, que la cuota de contribución de Telecom Personal SA y de Veraz. SA al establecimiento de la aludida sanción, es del 80% y el 20%, respectivamente (art. 841 Cód. Civ. y Comercial).

XI. Intereses. Costas. Honorarios.

Por otra parte, acorde lo requerido en la demanda, corresponde adicionar intereses a los montos de condena, los que se devengarán desde la fecha de mora, que en las circunstancias del caso entiendo razonable fijar en la fecha de la denuncia administrativa ante la OMIC (el 05/02/2015, fs. 161), atento no contener fecha la declaración jurada de fs. 11/13. En lo que concierne a la tasa, al haberse fijado a valores actuales tanto la indemnización por daño moral como la cuantía del daño punitivo, corresponde fijarla en una tasa pura del 6% anual desde la aludida fecha de mora y hasta la de esta sentencia, y desde aquí en adelante y hasta la fecha del efectivo pago, corresponde que se devenguen a la tasa pasiva digital que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, en cuanto tasa pasiva más alta (cf. SCBA, causas "Vera, Juan C. c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", C. 120.536, del 18/04/2018 y "Nidera SA c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", C. 121.134, del 03/05/2018) (esta Sala causa N° 64.067, del 27/08/2019 "Ferreira", 62.504, del 25/09/2018 "Degano", entre muchas otras).

Por otra parte, propongo modificar el modo en que fueron impuestas las costas en el decisorio apelado (art. 274 Cód. Proc. Civ. y Comercial), e imponer las de ambas instancias a las accionadas vencidas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial), sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar entre ellas.

Finalmente, en atención a la revocación que propongo de la sentencia apelada de fs. 190/194 vta., debe dejarse sin efecto la regulación de honorarios practicada en la resolución de fs. 196/197 también impugnada, tornando ello abstracto el tratamiento de la segunda cuestión.

Así lo voto

Los doctores *Galdós* y *Longobardi* adhieren al voto precedente, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos.

3ª cuestión. — El doctor *Peralta Reyes* dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, corresponde: 1) Revocar la sentencia apelada de fs. 190/194 vta., y hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Esteban Martínez contra Telecom Personal SA y Organización Veraz SA Comercial de Mandatos e Informes, condenándolas en forma solidaria a abonar al actor, en el plazo de diez días corridos de quedar firme la presente, la suma de noventa mil pesos ($90.000) en concepto de daño moral, más los intereses establecidos en el Considerando XI. 2) Determinar, al exclusivo efecto de una eventual repetición entre las condenadas, que la cuota de contribución al daño moral provocado al accionante, es del 80% respecto de Telecom Personal SA, y del 20% respecto de Organización Veraz SA Comercial de Mandatos e Informes. 3) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del daño punitivo formulado por la codemandada Telecom Personal SA, y condenar a la mencionada y a Organización Veraz SA Comercial de Mandatos e Informes, a abonar en tal concepto al actor, en el plazo de diez días corridos de quedar firme la presente, la suma de cuatrocientos mil pesos ($400.000) más los intereses devengados conforme el Considerando XI. 4) Determinar, al exclusivo efecto de una eventual repetición entre las condenadas, que la cuota de contribución por el daño punitivo admi-

Thomson Reuters

tido en el punto anterior, es del 80% respecto de Telecom Personal SA, y del 20% respecto de Organización Veraz SA Comercial de Mandatos e Informes. 5) Modificar el modo en que fueron impuestas las costas en el decisorio apelado de fs. 190/194 vta., e imponer las de ambas instancias a las accionadas vencidas (sin perjuicio de la eventual repetición a que hubiere lugar entre ellas). 6) Dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada en la sentencia de fs. 196/197, y diferir la regulación de los honorarios de Alzada para la oportunidad del art. 31 de la Ley 14.967.

Así lo voto.

Los doctores *Galdós* y *Longobardi* adhieren al voto precedente, votando en igual sentido.

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: 1) Revocar la sentencia apelada de fs. 190/194 vta., y hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Esteban Martínez contra Telecom Personal SA y Organización Veraz SA Comercial de Mandatos e Informes, condenándolas en forma solidaria a abonar al actor, en el plazo de diez días corridos de quedar firme la presente, la suma de noventa mil pesos ($90.000) en concepto de daño moral, más los intereses establecidos en el Considerando XI. 2) Determinar, al exclusivo efecto de una eventual repetición entre las condenadas, que la cuota de contribución al daño moral provocado al accionante, es del 80% respecto de Telecom Personal SA, y del 20% respecto de Organización Veraz SA Comercial de Mandatos e Informes. 3) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del daño punitivo formulado por la codemandada Telecom Personal SA, y condenar a la mencionada y a Organización Veraz SA. Comercial de Mandatos e Informes, a abonar en tal concepto al actor, en el plazo de diez días corridos de quedar firme la presente, la suma de cuatrocientos mil pesos ($400.000) más los intereses devengados conforme el Considerando XI. 4) Determinar, al exclusivo efecto de una eventual repetición entre las condenadas, que la cuota de contribución por el daño punitivo admitido en el punto anterior, es del 80% respecto de Telecom Personal SA, y del 20% respecto de Organización Veraz SA Comercial de Mandatos e Informes. 5) Modificar el modo en que fueron impuestas las costas en el decisorio apelado de fs. 190/194 vta., e imponer las de ambas instancias a las accionadas vencidas (sin perjuicio de la eventual repetición a que hubiere lugar entre ellas). 6) Dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada en la sentencia de fs. 196/197, y diferir la regulación de los honorarios de Alzada para la oportunidad del art. 31 de la Ley 14.967. Regístrese. Notifíquese a las partes por Secretaría y devuélvase. — *Víctor M. Peralta Reyes. — Jorge M. Galdós. — María I. Longobardi.*

LESIONES POR AGRESIÓN EN FIESTA PRIVADA

Responsabilidad del agresor. Responsabilidad del organizador. Deber de seguridad. Rechazo. Caso fortuito. Hecho imprevisible. Cobro de la entrada. Difusión del evento a través de las redes sociales. Servicio de seguridad privada. Acreditación del hecho dañoso. Existencia de sentencia penal absolutoria. Declaración del testigo. Aplicación de las normas de defensa del consumidor.

1. — Debe confirmarse la responsabilidad del agresor, toda vez que se comprobó que fue el autor del golpe al actor, que le provocó el daño motivo de la demanda de autos, independientemente de que obrara con la intención o no de causarle tan grave lesión.

2. — No se dan los supuestos fácticos para que sea de aplicación la doctrina de la obligación tácita de seguridad, ya que si existió un "contrato de asistencia a fiesta", ello implicó brindar seguridad por lo que pasara adentro del lugar en que la misma se desarrollara, pero no afuera aun cuando el daño fuera provocado por algún otro asistente; en el caso, la lesión se produjo afuera de la quinta donde se desarrollaba la fiesta, y el desgraciado suceso se ocasionó, no por algo iniciado adentro del local y causado por algo vinculado a la fiesta, sino afuera provocado por un altercado con motivo del estacionamiento de un auto **[1]**.

3. — La trompada que el codemandado le pegó al actor fue imprevisible. Ningún hecho anterior podía hacer suponer que pudiera ocurrir. Hasta ese momento la fiesta había transcurrido con normalidad y ningún hecho agresivo había protagonizado aquel.

4. — Llevar a cabo una fiesta de cerca de 70 personas insume muchos gastos difíciles de afrontar para una familia de clase media. Por ello es muy común, sobre todo cuando se trata de jóvenes veinteañeros, que organicen este tipo de fiestas pidiendo a los amigos que contribuyan con una suma de dinero.

5. — El hecho de que se difundiera la fiesta por Facebook no lleva a presumir la relación contractual, ya que es muy común que los jóvenes inviten a

Thomson Reuters

las fiestas por redes sociales, máxime cuando desean que sea muy concurrida para que resulte un éxito.

6. — No está muy claro si se contrató seguridad para la fiesta, pero en caso afirmativo no necesariamente conduce a dar por probada la relación contractual entre los demandados y el actor, ya que bien puede alguien contratar personas con fines de seguridad para su fiesta de cumpleaños sin que ello convierta a los invitados en contratados.

7. — El juez ha valorado lo actuado en la sede represiva cotejándolo con los elementos de autos para dar por probado que el codemandado propinó un golpe al actor causándole la lesión en la mandíbula cuando estaba en un sector muy cercano al portón de entrada de la fiesta. Tampoco hubo absolución del imputado en el proceso penal, mediante la cual se hubiera decidido la inexistencia del hecho, sino que se suspendió el juicio a prueba antes de la realización de la audiencia de debate.

8. — En los casos en que media sentencia absolutoria —o sobreseimiento—, sólo está impedido el juez civil de revisar la falta de autoría del hecho por el acusado y las circunstancias esenciales decididas por el juez penal, pero no está obstruido de analizar las circunstancias no esenciales o los factores de atribución aplicables conforme al tipo de responsabilidad civil en juego.

9. — No hay razón para descreer de la testigo por la circunstancia de que fuera novia del actor al momento del hecho, dado que, al declarar, hacía ya varios meses que había dejado de serlo.

10. — No es de aplicación al caso de autos la LDC, ya que no está probado en autos que quienes organizaron la fiesta privada, se dedicaran en forma profesional a prestar el servicio de organización de fiestas.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Lesiones a la salida de una fiesta privada.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 20 años.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $100.000

CCiv. y Com., Mercedes, sala I, 22/04/2020. - Gutiérrez, Santiago Enrique c. Yarte, Agustín Nicolás y otros s/ daños y perjuicios extracontractual (Exc. Autom. /Estado).

[Cita on line: AR/JUR/16300/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, "Mandirola, Juan y otra c. Club Deportivo Alsina", 10/08/2005, AR/JUR/3890/2005, responsabilizó al dueño de una discoteca por las lesiones sufridas por una persona en el establecimiento.

COSTAS

Se imponen al actor y al codemandado vencido.

INTERESES

Se aplica la tasa pasiva más alta.

Mercedes, abril 22 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada en cuanto condena a todos los demandados? 2ª En su caso, ¿es justa la sentencia respecto de los montos indemnizatorios fijados? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Ibarlucia* dijo:

I. La sentencia de fs. 214/36 es apelada por todas las partes. El actor expresa agravios a fs. 258/63, los codemandados Agustín Nicolás Yarte y Valeria Elizabeth San Martín a fs. 264/67 y el codemandado Felipe Negri a fs. 268/74. El actor contesta a fs. 276/79 y Felipe Negri a fs. 280/82.

II. 1.- Santiago Enrique Gutiérrez promovió demanda contra las personas arriba nombradas por indemnización de daños y perjuicios a raíz de la lesión sufrida el día 16/02/2014 a eso de las 6 hs. en la localidad de Luján.

Dijo que los accionados el día indicado organizaron una fiesta privada en el predio ubicado en Colectora Norte Acceso Oeste (calle...), entre calles ... de Barrio El Milagro, que fue promocionada por las redes sociales y de boca en boca, cobrándose una entrada de $100, por lo que decidió ir con amigos. En el interior las bebidas se pagaban aparte y los organizadores habían contratado personas de civil de seguridad para el acceso y la salida.

Thomson Reuters

Continuó narrando que antes de irse, se encontró a la salida con su novia N. G. y una amiga, J. B., y acordaron tomar un remisse juntos. Mientras esperaban arribó al lugar un automóvil e intentó "curiosas" maniobras para estacionar en el lugar donde estaban, y haciendo una marcha atrás casi arrolló a J. B. Entonces increpó al conductor —quien no se bajó— y del lado del acompañante bajó en forma furibunda una persona, quien, al pasar por detrás de él, sin decir nada, le propinó un fuerte golpe de puño en la mandíbula, de tal manera que perdió el equilibrio y la conciencia. Al volver en si —continuó— se encontró dentro del predio de la fiesta, donde le lavaban la cara con agua; sintió un fuerte dolor. Se le acercaron Agustín Yarte (quien condujera el automóvil) y su madre, Valeria San Martín, organizadores de la fiesta, quienes le dijeron que el que le había pegado era Felipe Negri, y lo mismo le dijeron N. G. y J. B.

Narró que, por sus medios y con la ayuda de esas chicas, en remise fueron a la Clínica Güemes de Luján, donde recibió los primeros auxilios. Al mediodía le hicieron una placa panorámica, que arrojó doble fractura del maxilar inferior. Contactaron al Dr. Enrique Luis Bravo, cirujano máxilofacial, quien confirmó el diagnóstico y lo intervino quirúrgicamente al día siguiente, inmovilizándole totalmente la mandíbula El costo fue de $30.000 que le adelantó la obra social con cargo de devolución. La inmovilización de la boca duró cerca de dos meses, debiendo alimentarse sólo con líquidos por medio de bombillas, por lo que bajó más de 10 kg. Tampoco podía hablar y le inyectaban calmantes. Pasado ese tiempo, recién a los diez días le sacaron totalmente los aparatos, pero el dolor persistió y tuvo dificultades para abrir la boca y hablar.

Dijo que entre sus actividades integraba un conjunto musical como guitarrista y vocalista, lo que no pudo hacer por más de seis meses. Expresó que su boca seguía sin ser la misma de antes, que no podía masticar del lado fracturado, que había perdido sensibilidad en esa zona de la cara y sentía una especie de hormigueo, que sentía ruidos al mover la mandíbula y que el hecho le había cambiado para mal su ritmo de vida, provocándole mutaciones emocionales y dolores.

Señaló que se había realizado una denuncia penal que había dio lugar a una causa en trámite.

Fundó la responsabilidad de Negri en su conducta dolosa, y la de los otros demandados por organizadores de la fiesta, mediando un factor objetivo de atribución. En este aspecto dijo que fue un evento rentado, ya que se había cobrado entrada y vendido bebidas, careciendo de habilitación municipal. Dijo que no se habían tomado medidas para prevenir contingencias de la actividad, como la violencia física ni primeros auxilios. Además dijo que era aplicable la LDC y el CCC sobre relaciones de consumo.

Pidió indemnización por daños a la integridad e incapacidad física, daño psicológico, gastos por tratamiento psicoterapéutico y daño moral. También que se estableciera una suma por daño punitivo.

2.- Contestaron la demanda Agustín Yarte y Valera San Martín. Luego de la negativa de los hechos denunciados en el escrito de inicio, dijeron que para festejar el cumpleaños de los 23, Agustín decidió hacerlo en una quinta que le ofrecieron, lo que aceptó por ser su casa pequeña. Organizaron todo y la fiesta fue un éxito, concurriendo cerca de 70 personas, quienes no abonaron entradas ni abonaron lo consumido. Dijeron que de ninguna manera podía encuadrarse la fiesta como un evento de envergadura o espectáculo público, siendo ridículo asimilarlo a un contrato de servicio de esparcimiento.

Sin perjuicio de negar el hecho denunciado, dijeron que el mismo actor en la demanda admitía que al recibir el supuesto golpe se hallaba en el exterior de la casa quinta aguardando un remisse, lo cual descartaba la eventual responsabilidad que se les endilgaba como organizadores.

Dijeron que la presencia de la Sra. San Martín en la fiesta se debió exclusivamente a que se festejaba el cumpleaños de su hijo, y que en todo momento supervisó el ingreso de gente, controlando que no se produjeran excesos dada la edad de los concurrentes. Mientras se hallaba en la puerta despidiendo invitados —expresó— vio que un muchacho, acompañado por unas señoritas, se tomaba la cara y hacía muecas extrañas; se acercó y advirtió que estaba en evidente estado de embriaguez y decía sentir molestias en la cara; lo ayudó a entrar a la vivienda, a lavarse la cara y a hacer buches; también le ofreció llevarlo a la guardia médica, pero se negó, retirándose con su novia y otra jovencita.

Negó que fuera aplicable el Cód. Civ. y Comercial en virtud de la fecha de ocurrencia del hecho.

Impugnó el resarcimiento pedido.

3.- Contestó la acción Felipe Negri. Luego de la negativa de los hechos expuestos en la demanda, dijo que fue a la fiesta de su amigo Agustín, a la que concurrió mucha gente (dado que es un "personaje" conocido entre, los de su generación), y a última hora lo acompañó a comprar cigarrillos y al regresar, al disponerse a estacionar su auto, pidieron a un grupo de jóvenes que se corrieran, y el actor, notoriamente exaltado, comenzó a insultar a Agustín y se acercó al vehículo en actitud provocadora, increpándolos

Thomson Reuters

para que descendieran. En tal situación, descendió del auto e intentó tranquilizarlo, pero lejos de calmarse, lo agredió; entonces lo tomó de los brazos y en el forcejeo cayeron ambos al suelo sobre el césped, hasta que por fin otros amigos los separaron y se incorporaron. Dijo que eso había sido todo, o sea no había habido golpes de puño. Aclaró que el forcejo se había producido sobre la vereda, a unos treinta metros de la quinta.

Negó que el actor hubiera sufrido lesiones y que concurriera a la guardia de la Clínica Güemes, y toda responsabilidad en el hecho.

Impugnó el resarcimiento pedido.

4.- Sentencia.

Producida la prueba, se dictó sentencia haciéndose lugar a la demanda contra todos los demandados, con costas.

Para así decidir, el juez, principalmente sobre la base de lo actuado en sede penal, dio por probado que Felipe Negri había golpeado en el rostro al actor, como así también que Yarte y su madre habían sido los organizadores de la fiesta. Esto último porque habían cobrado entradas y contratado seguridad. Tuvo en cuenta que en la causa penal el Fiscal había pedido la elevación a juicio y las declaraciones de las jóvenes G. y B. en la audiencia de vista de causa, testigos presenciales del hecho. En relación a que hubiera ocurrido fuera del lugar en que se desarrollara la fiesta, dijo que carecía de importancia dado que ocurrió con motivo de su celebración, que la fiesta se publicitó como "Yarte Fest 23" y que se cobró entrada.

En relación al rubro incapacidad —que calificó de parcial y transitoria—, fijó la suma de $80.000; por daño psíquico y tratamiento psicológico $78.000; por daño moral $70.000 y por gastos médicos y de farmacia $40.000, en todos los casos más intereses al 6 por ciento anual hasta la sentencia y de ahí en más a la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires. Rechazó la pretensión de fijación de daño punitivo.

III. 1.- Agravios del actor.

En primer lugar, en virtud del principio de eventualidad, solicita que se tenga en cuenta que se trató de una relación de consumo toda vez que hubo una propuesta de servicio.

Siendo aplicable, a su criterio, la LDC, se agravia del rechazo del daño punitivo. Se explaya al respecto y lo vincula con la prevención del daño, receptada en el Cód. Civ. y Comercial. Dice que está acreditada la no habilitación municipal para la realización de la fiesta, que está prohibida la venta de bebidas alcohólicas sin autorización, que no había estructura de sanitarios, que no había servicio de seguridad con experiencia, desorganización en el sector de estacionamiento, que no se contrató un seguro de responsabilidad civil. Alega que no se trató de una fiesta ocasional sino de una fiesta reiterada muy rentable, al margen de toda reglamentación, todo lo cual hace aplicable, a su modo de ver, el art. 52 bis de la ley 24.240.

Respecto de los montos indemnizatorios fijados, se queja de la no admisión de lo pedido por gastos médicos y farmacéuticos, de los montos exiguos reconocidos por incapacidad física, incapacidad psíquica y daño moral.

2.- Agravios del demandado Felipe Negri.

Se queja en primer término de que el *a quo* considere suficiente para acreditar el hecho lo actuado en sede penal y que se tomen en cuenta los testimonios de N. G. y J. B.

Dice que no está probada la lesión al momento de los hechos motivo de la demanda, o sea que se haya causado la noche del cumpleaños. Señala que el único registro médico esa mañana descarta que haya sufrido esa afección.

Dice que el juez ha invertido la carga probatoria, dado que puso en su cabeza probar su defensa cuando era el actor quien debía probar el hecho base de la demanda, toda vez que no se trata de responsabilidad objetiva sino subjetiva.

Alega que en la causa penal no se acreditó el hecho dañoso porque no hubo debate (terminó por suspensión del juicio a prueba) y durante la instrucción preliminar el actor no fue sometido a examen médico (no se determinó la materialidad física de la lesión). Por ello dice que el juzgador se ha apartado de las reglas de la sana crítica.

Respecto de los testimonios de las jóvenes G. y B. dice que la primera era la novia del actor al momento del hecho y la segunda la amiga de la novia.

Dice que del libro de guardia de la Clínica Güemes surge que al actor se le diagnosticó gastroenteritis aguda (confirmado por el perito médico de autos), lo que denota que no acusó dolor al punto de que no se requirió una radiografía. Asimismo, dice que si la testigo G. llamó a su padre (médico traumatólogo), no se entiende por qué no acudió a revisar al actor ni indicó algún estudio. Se pregunta cómo puede ser posible que recién luego de cuatro días aparezca un documento (presupuesto en fotocopia) que pretende avalar la lesión denunciada y en una radiografía panorámica, ambas desconocidas, y no reconocidas en autos

Thomson Reuters

por las vías pertinentes. Tampoco —dice— tiene valor probatorio la declaración del médico de policía varios meses después del hecho.

Se agravia puntualmente de la "desmesura" de los montos indemnizatorios reconocidos.

3.- Agravios de los demandados Yarte y San Martín.

Se agravian de que el juez haya tenido en cuenta lo actuado en la causa penal argumentando que no existe cosa juzgada. Dice que no se probó en ella el hecho dañoso (con argumentos similares a los de Negri), y que no corresponde que se les extienda a ellos la responsabilidad por no haber sido parte en el mismo.

Se quejan de que se los considere organizadores de un espectáculo público y tildan de absurdo que un evento familiar y con amigos sea interpretado como contrato de consumo. Señalan que el actor no ha aportado un solo mail, una captura de video o un posteo vinculada con la publicidad del supuesto evento. En cuanto al cobro de la entrada, dicen que el dinero se recaudó para pagar la bebida, lo que es costumbre de los jóvenes, y en el caso fue supervisado por la Sra. San Martín, como madre del homenajeado. En cuanto a la contratación de vigiladores expresan que es una falacia que no se ha demostrado.

Respecto del testimonio de las jóvenes G. y B. dicen que no pueden ser tenidos por ser la novia del actor y la mejor amiga de esta.

Se agravia de que el juez haya considerado irrelevante el lugar de ocurrencia del hecho toda vez que no es conducente que se les endilgue un deber de seguridad por hechos ocurridos en la vía pública.

IV. 1.- Sobre la acreditación del hecho dañoso.

Comienzo por esta cuestión dado que el daño es el primer elemento de la responsabilidad civil, y por ende debe estar acreditado en relación causal con el hecho antijurídico atribuido a los sindicados como responsables.

El apelante Negri se queja de que el sentenciante haya tenido en cuenta para darlo por probado las constancias de la causa penal, argumentando que el auto de elevación a juicio es un mero acto de impulso procesal y la suspensión del juicio a prueba un medio alternativo de extinción del procesal penal. Asimismo, los otros demandados alegan que no existe cosa juzgada penal.

Desde ya que es así pero nada de ello ha sido contrariado por el juez, quien lejos ha estado de fundar su decisión en el art. 1102 del Cód. Civil (vigente a la fecha del hecho). Simplemente ha valorado lo actuado en la sede represiva cotejándolo con los elementos de autos para dar por probado que Negri propinó un golpe al actor causándole la lesión en la mandíbula cuando estaba en un sector muy cercano al portón de entrada de la fiesta.

Tampoco hubo absolución del imputado Negri en el proceso penal, mediante la cual se hubiera decidido la inexistencia del hecho (art. 1103 Cód. Civil). Se suspendió el juicio a prueba antes de la realización de la audiencia de debate (arts. 27 bis, 76 bis y cctes. CP 338 y 404 Cód. Proc. Penal). Y es de señalar que en los casos en que media sentencia absolutoria (o sobreseimiento), sólo está impedido el juez civil de revisar la falta de autoría del hecho por el acusado y las circunstancias esenciales decididas por el juez penal, pero no está obstruido de analizar las circunstancias no esenciales o los factores de atribución aplicables conforme al tipo de responsabilidad civil en juego (conf. mi voto en la causa n° 22.730, "Muñoz c. Angeleri", de la Sala 2 de esta Cámara; y esta Sala, causa N° 109.819 del 22/12/2005, 117.099 del 29/11/2018, entre otras; ver mi trabajo "Influencia de la absolución penal en sede civil", LA LEY Bs. As., año 14, N° 1, febrero 2007, p. 1). Con mayor razón, entonces, puede juzgar estas cuestiones cuando ha mediado suspensión del juicio a prueba.

Por consiguiente, para llegar a la conclusión acerca de si el hecho que motiva la demanda está acreditado el juez tiene plena libertad para analizar todos los elementos de juicio arrimados, y en tal sentido lo que surja de la causa penal adquiere una importancia fundamental, sobre todo confrontados con los elementos de autos (art. 384 CPC).

Las dos chicas que acompañaban al actor cuando ocurrió el hecho (N. G. y M. J. B.) son contestes en que se hallaban al lado del portón de acceso de la quinta esperando un remisse para volver a sus domicilios cuando llegó Agustín Yarte manejando un automóvil, acompañado por Felipe Negri, y comenzó una maniobra de estacionamiento y, como casi embiste a J., Santiago (el actor de autos) le dijo que tuviera cuidado (o algo así), Yarte terminó de estacionar y cuando se detuvo, Felipe Negri se bajó y, sin mediar palabra, le propinó un golpe en la cara, por lo que cayó al piso y comenzó a sangrar por la boca, lo llevaron adentro de la quinta, lo ayudaron a lavarse y luego de un rato se fueron en remisse a la Clínica Güemes mientras Santiago lloraba de dolor (fs. 45/48 y 49/51 de la causa penal, declaraciones prestadas ante el Agente Fiscal). Reiteraron estos dichos al declarar como testigos en la audiencia de vista de causa delante del juez *a quo* (conf. CD de videograbación). No encuentro mérito para descalificar estos testimonios coincidentes, siendo de destacar que la videograbación de las audiencias permite a los jueces de Cámara hacer una valo-

Thomson Reuters

ración más cabal sobre la credibilidad de los testigos. No hay razón para descreer de la testigo N. G. por la circunstancia de que fuera novia del actor al momento del hecho dado que al declarar en esta sede hacía ya varios meses que había dejado de serlo. Y no existe ningún elemento de juicio demostrativo de que J. B. fuera íntima amiga del actor; antes bien, según declaró, se enteró de la fiesta por otra vía y fue por su cuenta (art. 456 CPC).

Pero lo que termina de ratificar la confianza en tales testimonios es la declaración de Valeria San Martín en sede penal. Dijo que su hijo Agustín Yarte llegó manejando un Renault Clío junto a su amigo Felipe Negri y comenzó a estacionar de frente, al costado de la entrada de la quinta; había un chico y dos chicas paradas donde su hijo pretendía estacionar, por lo que ella les dijo que se corrieran e inclusive las corrió ella (esto no lo dijeron las chicas pero es un detalle menor, lo que sí está claro que se generó un problema por la maniobra de estacionamiento), y que "el chico" comenzó a insultar a su hijo diciendo que había tocado a una de las chicas con el auto. Continuó diciendo "que fue entonces que en ese momento se bajó Felipe Negri que iba de acompañante y le propinó un golpe de puño al chico, quien cayó al suelo sin apoyar sus manos". Agregó que una de las chicas comenzó a gritar y que el chico sangraba por la boca, que fue así que ella lo auxilió, que le dijo que se ofreció a llevarlo al hospital llamando a una ambulancia, que el chico se levantó solo y comenzó a decir que lo habían quebrado, que retó a la novia porque no paraba de gritar, luego lo llevó adentro para que se enjuagara, le dio un vaso y le ofreció nuevamente llevarlo al hospital pero no quiso (fs. 54/56 de la causa penal).

A su vez, Agustín Yarte, al declarar en dicha sede, dijo que al estacionar en ningún momento tocó a nadie con el auto, pero cuando se bajó "el chico que cree que se llama Santiago" comenzó a insultarlo a los gritos, "que fue entonces que Felipe Negri se bajó del auto, del lado del acompañante y le propinó un golpe de puño en el rostro a Santiago y cree que este se tropezó y cayó al piso". Continuó diciendo que su mamá se quedó auxiliándolo y él se fue adentro sin saber qué más pasó (fs. 57/58 de la causa penal).

Naturalmente, un año y nueve meses después, al contestar la demanda de autos, en el ritual de la negación de los hechos, desconocieron hasta que el actor hubiera concurrido a la fiesta, y que luego hubiera recibido un golpe de puño o que el supuesto golpe se lo hubiera propinado Felipe Negri. Obviamente, cuando declararon ante el Fiscal de la causa no sabían que iban a ser demandados y no dudaron —declaración bajo juramento de decir verdad mediante— en decir lo que había realmente ocurrido (más allá de aclarar que Yarte no había casi atropellado a J.); es decir, el golpe de Negri en la cara de Santiago.

Los demandados apelantes hacen especial hincapié en la circunstancia de que en la constancia de guardia de la Clínica Güemes no figura que el actor tuviera una fractura de mandíbula, sino una gastroenteritis aguda (fs. 95), y en que no puede aceptarse como prueba el presupuesto odontológico acompañado con la demanda (copia agregada a fs. 15) dado que, desconocido en las contestaciones de demanda, no fue reconocido en autos.

Si bien ambas cosas son ciertas, no alcanzan para desvirtuar los claros y coincidentes testimonios arriba reseñados. N. G. declaró en sede penal que durante el viaje en remisse a la clínica llamó a su papá (médico traumatólogo), quien lo vio en la clínica, dijo que lo más probable era que tuviera la mandíbula fracturada, que debía constatarse con una placa radiográfica, y, como a esa hora de la mañana no había radiólogo, recién al mediodía su papá consiguió que se la sacaran en el centro radiológico Wolter y se verificó la fractura de mandíbula. Agregó que esa misma tarde vieron a un cirujano especialista en Gral. Rodríguez, quien les dijo que había dos opciones, intervenirlo quirúrgicamente o aplicarle "braquets", que fue lo que finalmente hicieron (fs. 47 y vta.). J. B. coincidió en el llamado de N. a su papá médico, quien se dirigió a la clínica, vio a Santiago y dijo que lo más probable era que tuviera la mandíbula fracturada, lo que debía constatarse con una placa (fs. 51).

Finalmente, el informe médico pericial de autos (fs. 125/26 y cont. a pedido de explicaciones en forma electrónica) termina de corroborar que el actor sufrió una la lesión fracturaría de la mandíbula, siendo de destacar que los demandados no hicieron observación alguna (arts. 473 y 474 CPC).

La valoración de la prueba producida de acuerdo a las reglas de la sana crítica llevan a la plena convicción de que el demandado Felipe Negri el día 16/02/2014 a eso de las 6 de la mañana dio un golpe de puño al actor causándole la fractura de la mandíbula (arts. 384, 474 y 456 CPC).

2.- Sobre la responsabilidad.

Es necesario abordar por separado la responsabilidad endilgada al demandado Negri y la adjudicada a los demandados Yarte y San Martín, ya que el factor de atribución es distinto en cada caso. En el supuesto del primero es subjetivo, o sea, el fundado en el art. 1109 del Cód. Civil, y en el caso de los segundos, aunque la sentencia apelada no lo dice con claridad, se funda en la obligación tácita de seguridad que recae sobre quien organiza un evento público (doctrina

Thomson Reuters

elaborada en torno al art. 1198 del Cód. Civil a la que luego me referiré).

2.1.- Responsabilidad de Felipe Negri.

Conforme a lo que hemos dado por probado en cuanto a la acreditación del hecho dañoso, no cabe ninguna duda de la responsabilidad de Felipe Negri. Fue el autor del golpe al actor, que le provocó el daño motivo de la demanda de autos. Independientemente de que obrara con la intención o no de causarle tan grave lesión, es evidente que actuó con culpa (art. 1109 Cód. Civil), lindante con el dolo (art. 1072 Cód. Civil).

Por consiguiente, debe confirmarse el progreso de la demanda a su respecto, con costas de ambas instancias en su carácter de vencido (art. 68 CPC).

2.2.- Responsabilidad de Agustín Nicolás Yarte y Valeria Isabel San Martín.

Como dije, se supone que la condena a estos demandados se funda en la obligación tácita de seguridad emanada del art. 1198 del Cód. Civil y, aunque hizo una larga cita de un fallo sobre daño punitivo, terminó rechazando la aplicación de la multa civil por entender que en el caso se trató de una fiesta ocasional con motivo del festejo de un cumpleaños y no de un servicio (fs. 229).

En su expresión de agravios, el actor se queja de tal decisión, argumentando que es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor y por ende el art. 52 bis, lo que obliga a abordar el tema en este apartado dado que tiene incidencia en la cuestión de la responsabilidad.

No cabe duda, a mi juicio, que no es de aplicación al caso de autos la LDC. En efecto, claramente el art. 2 define al proveedor como "...la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aún ocasionalmente, actividades de producción, ... y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios...".

No está probado en autos que Agustín Yarte o su madre Valeria San Martín se dedicaran en forma profesional a prestar el servicio de organización de fiestas. La palabra profesional remite a quien se dedica o desarrolla en forma habitual una actividad con fines comerciales, ya que si bien el art. 1 de la ley comprende en la noción de consumidor al que adquiere bienes o servicios en forma gratuita, está claro que ello es desde el punto de vista del consumidor, a quien no se quiere dejar desamparado si una empresa, por ejemplo, entrega bienes en forma gratuita con fines de promoción, publicidad o propaganda. El proveedor profesional, a mi juicio, siempre es alguien que desarrolla una actividad con fines económicos.

No es el caso de autos. No está probado que Yarte o su madre se dedicaran a organizar fiestas con fines económicos. El caso es muy distinto al que esta Sala tuvo oportunidad de resolver. Me refiero a la causa N° 117.524, "Vagni c. Zurita s. Daños y perjuicios (sent. del 03/09/2019, pub. en www.saij.gob.ar y www.diariojudicial.com). Se trató de una fiesta de quince años organizada por una persona que tenía un salón que se ofrecía para organizar fiestas y brindar el servicio de comida, música y disc jockey correspondientes y la demanda estuvo dirigida contra él por la deficiente prestación del servicio que se ofreciera. O sea, la madre de la cumpleañera contrató un proveedor profesional de servicios de fiestas. El de autos es muy distinto, versa sobre un concurrente a la fiesta contra quienes se les endilga su organización pero que no está probado que se dediquen a organizar profesionalmente fiestas.

Cierto es que el art. 2 de la LDC citado dice "aún ocasionalmente", frase que requiere de interpretación. ¿Incluye la organización de una fiesta aislada o la organización de eventos sin regularidad pero en forma profesional? A mi juicio se refiere a esto último. Por ejemplo, si alguien (persona física o jurídica) organiza un recital de Stevie Wonder, para lo cual lo contrata y le paga para que venga al país, entra en la categoría de proveedor del servicio de espectáculo público a los concurrentes, aún cuando sea el único evento que organice en su vida. Es muy distinto a quien organiza su fiesta de cumpleaños, aunque invite en forma pública mediante las redes sociales y se cobre una entrada (normalmente para pagar gastos).

Los demandados dijeron que Agustín Yarte era disc jockey en distintas confiterías de Luján y que, por tener muchos amigos y ser muy conocido decidió festejar su cumpleaños de esa manera, pero ello no lo convierte en organizador profesional de fiestas, de la misma manera que ser músico no transforma a quien desempeña esa actividad en organizador de fiestas. Por otro lado, no está siquiera insinuado en la demanda que Yarte o su madre se dedicaran a organizar fiestas, y ya dije que el término "ocasionalmente" del art. 2 de la LDC está pensado para otro tipo de eventos con fines manifiestamente lucrativos.

Concluyo, entonces, que no es aplicable al caso la LDC

Respecto de la obligación tácita de seguridad emanada del art. 1198 del Cód. Civil —implícitamente aplicada en la sentencia apelada—, debe tenerse presente que rige en materia contractual (CNCiv., Sala A, L. 433.538, nov. 2003 (elDial-AA3039); CNCiv., Sala D,

Thomson Reuters

fallos del 18/02/1985 y 18/03/1998, pub. en JA, 1985-IV-396 y JA, 1999-I-348 respectivamente; Mayo, Jorge, "Sobre las denominadas 'obligaciones de seguridad'", LA LEY 1984-B, 949; Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad y la responsabilidad contractual", en Rev. de Der. Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Ed., 1998, p. 79; Burgos, Débora y Vessoni, Hugo, "La obligación de seguridad", JA, 1995-I-944; Cavallero, Francisco E., "La obligación de seguridad, una obligación contractual secundaria", LA LEY 1996-D, 1513; CNCiv., Sala L, fallo del 06/03/2008, pub. en LA LEY 18/06/2008, con comentario de Alvarez Larrondo, Federico, "Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361", LA LEY 2008-D, 58; tesis receptada por la SCBA en Ac. 75.111 del 14/04/2004; Ac. 86.024 del 10/08/2005; Ac. 83.511 del 09/11/2005; C. 103.306 del 14/09/2011; C 122865 S 04/12/2001; C 120051 S 21/06/2018; C 119733 S 28/06/2017; C 120447 S 08/03/2017; C 111812 S 27/06/2020; C 97827 S 09/06/2010, entre otras).

Así lo ha considerado esta Sala en las distintas oportunidades en que ha abordado su tratamiento ("Palacios c. Argentone SA", causa N° 112.796, sent. del 10/12/2009, pub. en LA LEY RCyS, 2010-X, 60, con com. de Graciela Lovece; "Chagalj c. Casanovas", causa N° 113.523, sent. del 04/10/2018; "Czorny c. Cano, causa N° 117.455, sent. del 23/03/2019, pub. en www.eldial.com; www.dpicuantico.com; juba).

La pregunta, entonces, es si se estableció un vínculo contractual o no entre los demandados Yarte y San Martín por un lado y el actor por el otro al concurrir éste a la fiesta. Para ello es importante discernir si se cobró una entrada y, en su caso, qué finalidad tuvo la misma.

Según las concurrentes N. G. y J. B., junto a otras amigas, pagaron las entradas con anticipación dado que era más barato. Según Negri, Yarte y San Martín, lo que los asistentes pagaron fue al solo efecto de sufragar el costo de la bebida y otros gastos (conf. audiencia de vista de causa videograbada). No está muy claro el tema. Lo segundo es posible, ya que llevar a cabo una fiesta de cerca de 70 personas (conf. fs. 41) insume muchos gastos difíciles de afrontar para una familia de clase media. Por ello es muy común, sobre todo cuando se trata de jóvenes veinteañeros, que organicen este tipo de fiestas pidiendo a los amigos que contribuyan con una suma de dinero (si es fija y predeterminada no cambia las cosas). Ahora bien, N. dijo que dentro de la fiesta la bebida se pagaba aparte, pero no es suficiente para darlo por probado (art. 384 CPC).

No considero que el hecho de que se difundiera la fiesta por Facebook lleve a presumir la relación contractual, ya que es muy común que los jóvenes inviten a las fiestas por redes sociales, máxime cuando desean que sea muy concurrida para que resulte un éxito (de esa forma invitan a los "amigos de los amigos").

No está muy claro si se contrató seguridad para la fiesta (N. dice que había "patovicas" y la demandada San Martín dice que eran amigos), pero en caso afirmativo no necesariamente conduce a dar por probada la relación contractual entre los demandados y el actor, ya que bien puede alguien contratar personas con fines de seguridad para su fiesta de cumpleaños sin que ello convierta a los invitados en contratados.

No obstante, considero que aún en la hipótesis de llegar a la conclusión de que se entabló un vínculo contractual entre los organizadores y el actor (sobre todo por la cuestión del pago de la entrada), no se dan en autos los supuestos fácticos para que sea de aplicación la doctrina de la obligación tácita de seguridad.

Por dos motivos. En primer lugar porque el hecho que motiva el incumplimiento contractual tiene que tener una relación contractual con la obligación de seguridad asumida (arts. 511, 512 y cctes. Cód. Civil). En segundo lugar porque, aún considerando que hay relación causal, el hecho dañoso debe ser previsible y por ende evitable, o sea no debe constituir un caso fortuito o fuerza mayor (arts. 513 y 514 Cód. Civil).

Respecto de lo primero, dijeron los demandados que si se da por probado que el golpe existió, el mismo actor admitió en la demanda que fue en el exterior de la casa quinta, en la calle, no en el interior del predio donde se desarrollaba la fiesta.

Entiendo que tienen razón. Si existió un "contrato de asistencia a fiesta", ello implicó brindar seguridad por lo que pasara adentro del lugar en que la misma se desarrollara pero no afuera aún cuando el daño fuera provocado por algún otro asistente. Cierto es que existe un fallo de la Suprema Corte provincial en el que se responsabilizó a los dueños de una confitería bailable por el daño provocado desde afuera del local a un concurrente que estaba adentro (Ac.86.024, "Mandirola c. Club Deportivo Alsina", 10/08/2005), pero hubo circunstancias fácticas especiales. El personal de seguridad había sacado a unos revoltosos de adentro de la confitería, y éstos con pateadas y puñetazos rompieron el vidrio de la puerta de entrada, causando que se desprendieran astillas que lesionaron el ojo del actor. Es decir, el disturbio se había generado adentro y la Corte consideró que los guardias debieron asegurarse de que los revoltosos se alejaran de la puerta.

En el caso de autos, la lesión se produjo afuera de la quinta (no está muy claro a qué distancia del portón

Thomson Reuters

de entrada), y el desgraciado suceso se ocasionó, no por algo iniciado adentro del local y causado por algo vinculado a la fiesta, sino afuera provocado por un altercado con motivo del estacionamiento de un auto. Es decir, no hay relación causal entre el hecho y el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad.

La segunda razón por la que considero que existe un eximente de responsabilidad es porque si se considera que existió causalidad entre la obligación de seguridad asumida y el hecho dañoso, perfectamente puede encuadrarse lo sucedido en el caso fortuito, que interrumpe la relación causal. Este se configura cuando no ha podido preverse, o, previsto, no ha podido evitarse (art. 514 Cód. Civil). O sea, tiene que ser imprevisible o inevitable. Cualquiera de los dos supuestos se da en autos respecto de los organizadores de la fiesta. Veamos.

Existe una discusión doctrinaria acerca de si la obligación tácita de seguridad es de medios o de resultado, inclinándose los autores por sostener que la línea de distinción pasa por la mayor o menor probabilidad de prevenir o de evitar el daño en orden a la previsibilidad de su acaecimiento.

Dijo esta Sala en la causa "Chagalj" arriba citada que el planteo merece ser atendido dado que así ha sido entendido por el Dr. Roncoroni en sus votos en las causas citadas de la Corte provincial, siguiendo a Vázquez Ferreyra y a Bustamante Alsina. Con cita del primero de estos autores se señaló que debía tenerse en cuenta el contenido de la obligación de seguridad en cada caso concreto, para terminar inclinándose por el criterio de la aleatoriedad; o sea, si la integridad de la persona del acreedor o de sus bienes es demasiado aleatoria; dependiendo poco de la exclusiva diligencia del deudor, la obligación de seguridad será de medios, y si, en cambio, lo normal es que un mínimo de cuidado —o bien el cuidado necesario— es capaz de llevar al resultado esperado, la obligación de seguridad será de resultado.

Dijo esta Sala que el criterio de diferenciación es correcto siempre que lo relacionemos concretamente con la obligación a la cual nos estamos refiriendo. Por ejemplo, si nos referimos a la obligación de que el local no se incendie fácilmente será de resultado, pero si nos referimos a que no haya disturbios repentinos que puedan causar daños, será de medios dado que dependerá poco de la diligencia del deudor. La distinción es importante dado que, como señala Vázquez Ferreyra, si la obligación es de medios el factor de atribución es subjetivo y por lo tanto le corresponde al actor probar la culpa o dolo del deudor. Pero si se la encuadra como obligación de resultado se aplican las reglas de la responsabilidad objetiva. O sea, no le alcanza al deudor con probar la falta de culpa sino que debe acreditar la culpa de la víctima o una causa ajena.

En la causa "Chagalj" consideré que no cabía duda que se trataba de una obligación de medios, y que no surgía de los autos que el actor hubiera demostrado la culpa del explotador del bar en el acaecimiento del hecho, dado que no había acreditado cómo podía concretamente haberlo evitado. Se trató de un golpe repentino en medio de la pista de baile de un club de barrio, siendo que nada había hecho previsible que ocurriera. Aún así dije que si se entendía que siempre la obligación de seguridad era de resultado, no dejaba de ser una eximente de responsabilidad el caso fortuito o la fuerza mayor (el casus) (arts. 513 y 514 Cód. Civil), siendo de recordar que el hecho del tercero por quien no se debía responder estaba comprendido en el mismo en la medida que reuniera los requisitos de éste. No podía razonablemente —agregó la Sala— pretenderse que en todo bar, pub o confitería (aún cuando fuera bailable) hubiera una persona de seguridad "pegado" a cada uno de los concurrentes, de manera tal que, con la velocidad de un rayo, cual "superman", interceptara un brazo dirigido a dar una trompada o un botellazo.

En la causa N° 117.455 arriba citada ("Czorny c. Cano"), partiendo de las mismas bases de análisis, entendí que el deber de seguridad de la confitería hacía que debiera prever que la agresión ocurriera y que, por ende, debió adoptar medidas para evitarlo. Se trató de una persona que arrojó un vaso de vidrio sobre el rostro de otro causándole una lesión en el ojo. Naturalmente, la confitería, en su descargo, alegó el caso fortuito, planteo que se desestimó dado que minutos antes había habido una pelea entre los mismos protagonistas en el baño —interviniendo personal de seguridad—, por lo que se entendió que era previsible que continuara la agresión y por ende el mismo personal debió expulsar a los participantes de la confitería. Es decir, el hecho no había sido extraño a los demandados, siguiendo la tesis de Calvo Costo sobre los requisitos del caso fortuito en estos casos (Calvo Costa, Carlos A., "El caso fortuito como eximente ante las obligaciones de seguridad", www.calvocosta.com.ar).

Llevando estas pautas orientadoras al caso de autos, considero que la trompada que Negri le pegó al actor fue imprevisible. Ningún hecho anterior podía hacer suponer que pudiera ocurrir. Hasta ese momento la fiesta había transcurrido con normalidad y ningún hecho agresivo había protagonizado Negri. Y también es catalogable de inevitable dado que, como dijo esta Sala en la causa "Chagalj", cuando algo sucede en una ráfaga de segundos, es imposible que el organizador de la fiesta o una persona de vigilancia intercepte en el aire con su mano el puño o el brazo de otro en movimiento. Y mucho menos cuando ello

Thomson Reuters

ocurre afuera del local donde se desarrolla el baile o la fiesta. No debemos olvidarnos, además, que estamos frente a una fiesta de cumpleaños organizada por una familia.

No se me escapa que Negri bajó del auto conducido por Yarte pero ninguna evidencia hay —y tampoco fue siquiera insinuado— que este último le hubiera pedido o instigado al primero a actuar de esa manera, y, como es sabido, las conductas dolosas no se presumen (esta Sala, causa N° 113.478, sent. del 03/10/2013).

En síntesis, aún cuando se considere que entre el actor y los demandados Yarte y San Martín existió un contrato, estos deben ser eximidos de responsabilidad, ya sea por no haber mediado relación causal entre el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad y el daño sufrido por el actor (arts. 511, 512 y cctes. Cód. Civil), como por encuadrar el hecho nocivo en el caso fortuito (art. 514 Cód. Civil).

Por consiguiente, debe revocarse la sentencia en cuanto condena a Yarte y a San Martín, y rechazarse la demanda a su respecto, con costas a la parte actora en ambas instancias (arts. 68 y 274 CPC).

Con el alcance propuesto, Voto por la negativa.

El doctor *Bagattin*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Ibarlucia* dijo:

1.- Daño punitivo:

De acuerdo a lo resuelto en la cuestión precedente, no siendo aplicable la Ley de Defensa de Consumidor en el caso de auto, no es procedente el agravio del actor en relación al rechazo de la multa civil contemplada en el art. 52 bis de dicho ordenamiento.2.- Incapacidad física sobreviniente.

La sentencia hace lugar a este resarcimiento sobre la base del informe médico pericial que da cuenta de que el actor sufrió una incapacidad parcial y temporal del 12 por ciento como consecuencia de la lesión sufrida, y, teniendo en cuenta la edad a la fecha del hecho (20 años), el "medio social", la actividad que realizaba (no la menciona y remite a la audiencia videograbada) y lo que surge del Beneficio de Litigar sin Gastos, fija la suma de $80.000.

El actor se queja diciendo que ocurrió el hecho cuando tenía 20 años, y "en plena etapa de divertimento y formación" no pudo hablar, alimentarse con comidas sólidas durante varios meses y no pudo desenvolverse en ninguna actividad, debió dejar sus estudios y la banda de música que integraba. Desde tales observaciones dice que el monto fijado es muy exiguo y que el resarcimiento debe ser integral.

Por su parte, el demandado Negri se agravia aduciendo que el perito médico dictaminó, luego de examinarlo, que no había disminución física o psíquica que hubiera incidido sustancialmente en su actividad.

En la demanda —a dos años del hecho— el actor dijo que las lesiones no se habían consolidado y que le habían causado un gran perjuicio por el largo reposo, las intervenciones y tratamientos, lo que no le permitía desempeñarse con normalidad, que era incierta la curación, que sufría intensos dolores, pérdida de sensibilidad, hormigueos y trastornos de todo tipo en la vida de relación y laboral (fs. 23 vta.).

El perito médico de autos, en su informe 4 años después del hecho, dictaminó que al examen, el actor presentaba buena apertura local, no acusaba dolor, la masticación era normal, la fonética normal; se palpaban ambas ramas mandibulares inferiores sin alteraciones o deformaciones anatómicas, no acusaba dolor tampoco en las articulaciones témporo-mandibulares en el cierre y apertura de la boca, sin crujidos, o sea, exámen dentro de parámetros normales. En la radiografía no se observaban secuelas anatómicas postfracturas. El experto estimó una incapacidad parcial y temporaria del 12 por ciento (fs. 125/26).

El actor observó el peritaje y pidió aclaraciones, aduciendo que nada informaba acerca de la parestesia, con efecto en la pérdida de la sensibilidad y que se le dormía el labio, con posible y seguro daño en el nervio, y tampoco en relación a la evidente diferencia de oclusión (mordida distinta a la de origen) (fs. 148). El médico contestó que al momento del examen no se había detectado la sintomatología referida y respecto de la mordida reiteró el dictamen (fs. 154). Nuevamente el actor rechazó por insuficientes e infundadas las aclaraciones e insistió en sus observaciones (fs. 156).

Siendo ello así, no encuentro mérito para apartarme del dictamen pericial y en los agravios el actor no insiste en las observaciones que hiciera (art. 474 CPC). Por consiguiente debe tenerse por acreditado que el actor, como consecuencia del hecho de autos, no sufre una incapacidad parcial permanente sino temporaria. No dijo el experto en las conclusiones cuánto tiempo duró, pero en las consideraciones estimó que debió guardar reposo en cama por 90 días y que era verosímil que no pudiera mover la boca durante 30 a 60 días. Esto no fue objeto de impugnación por parte del actor.

Thomson Reuters

Ahora bien, cuando la incapacidad es temporaria se confunde con el lucro cesante. Es decir, se cuantifica en función de los ingresos dejados de percibir durante ese tiempo. En la demanda no se denunció que el actor trabajara al momento del hecho y tampoco se ha probado, por lo que no corresponde hacer lugar a este resarcimiento debido al escaso tiempo que duró la incapacidad. Ello, sin perjuicio de tener en cuenta la incapacidad sufrida en la vida de relación social y deportiva en el momento de graduar el daño moral y el daño psicológico.

Propicio, en consecuencia, su rechazo.

3.- Daño moral.

La sentencia fija por este concepto la suma de $70.000. El actor se agravia diciendo que recuerda con tristeza y angustia la enorme vergüenza que sintió frente a quien era su novia en ese momento y a su mejor amiga al volver en sí luego del golpe porque no había podido defenderse. Expresa que no pudo alimentarse ni hablar durante seis meses, que dejó los estudios, que abandonó la banda de música que integraba, que se alejó de los amigos, que terminó la relación con su novia y que aún hoy se siente alerta y a la defensiva en los lugares donde hay gente.

No me cabe duda del sufrimiento del actor por recibir una trompada de tal magnitud que le provocó una doble fractura mandibular, por la cual se le colocaron arcos de Erlich, debió concurrir a consultas semanales durante tres meses, tuvo que guardar reposo durante 90 días, y tener la boca inmovilizada durante 30 a 60 días. La testigo G. declaró en la audiencia de vista de causa que antes del hecho tenía una banda de música, cantaba y tocaba la guitarra, todo lo cual debió dejar de hacer. También dijo que bajó mucho su peso, estuvo enojado, triste y con bronca. Todo ello es creíble dada el tipo y naturaleza de la lesión (arts. 384 y 456 CPC).

A su vez, la perito psicóloga informó que se observaba una sintomatología característica de un síndrome postraumático en grado leve con predominancia de mecanismos defensivos fóbicos, correspondiendo una incapacidad del 10 por ciento (fs. 137/39). El actor objetó una cuestión del informe que luego reiteró en la vista de causa —a la que asistió la perito—, pero que, como ella misma aclaró, no tiene ninguna importancia para los presentes autos. Evaluando este informe pericial, advierto que no surge claro que la incapacidad referida tenga relación causal con el suceso de autos (art. 474 CPC).

En relación a lo expresado por el actor en los agravios en cuanto a que, con motivo del hecho, cesó la relación con su novia, advierto que al demandar no lo dijo, siendo que ello habría ocurrido mucho antes (conf. declaración de N. G. en la audiencia).

La lesión sufrida por el actor no fue causada por una mera imprudencia o negligencia; por el contrario fue provocada con intención (como toda trompada en la cara), lo que produce un sufrimiento mayor (conf. esta Sala, causa N° 113.478, sent. del 03/10/2013). Teniendo en cuenta el tipo de lesión, el tratamiento recibido, el tiempo de curación y demás circunstancias arriba referidas, y que ha quedado firme que desde la fecha del hecho deben computarse intereses a la tasa pasiva más alta del Banco de la Provincia de Buenos Aires (y no a la tasa pura del 6 % anual, conforme fallos "Vera" y "Nidera SA" de la SCBA), estimo justo elevar el monto indemnizatorio por este concepto a la suma de $100.000 (art. 1078 Cód. Civil, art. 165 CPC).

4.- Daño psíquico y gastos de tratamiento psicológico.

Se queja el demandado Negri de que la sentencia fija la suma de $78.000 por estos conceptos, pero no se agravia de la consideración del daño psíquico como autónomo del daño moral. Siendo ello así, la suma fijada es razonable habida cuenta que comprende el tratamiento psicológico que, a razón de $500 una vez por semana durante 104, arroja la suma de $52.000. En consecuencia, el daño psíquico por sí solo es fijado en $26.000, lo que no parece excesivo. (arts. 1067, 1068, 1083 y cs. Cód. Civil, art. 165 CPC).

5.- Gastos médicos y de farmacia.

El demandado Negri se agravia de los $40.000 alegando que presupuesto acompañado en la demanda no fue reconocido en autos. Los agravios del actor no cumplen con las exigencias del art. 260 del CPC.

No surge de autos que el actor contara con obra social, por lo que es creíble que se atendiera en forma privada. Teniendo en cuenta el tipo de tratamiento a que debió someterse (lo cual llega firme, conforme lo dicho al tratar los daños precedentes), pero también la falta de prueba sobre los gastos efectivamente incurridos, entiendo que el monto debe reducirse a la suma de $30.000 (arts. 1067, 1068, 1083 y cctes. Cód. Civil, art. 165 CPC).

Con las modificaciones sugeridas, Voto por la afirmativa.

El doctor *Bagattin*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

3ª cuestión. — El doctor *Ibarlucia* dijo:

De acuerdo a la forma en que han quedado votadas las cuestiones anteriores, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto hacer lugar a la demandada contra los demanda-

Thomson Reuters

dos Agustín Nicolás Yarte y Valeria Elizabeth San Martín, y en consecuencia rechazar la acción contra los mismos, con costas de ambas instancias al actor.

2°.- Confirmar la sentencia en cuanto condena al demandado Felipe Negri, y modificar el monto resarcitorio en la suma de $208.000, con costas de ambas instancias al mismo.

3°.- Confirmar lo demás que la sentencia decide.

Así lo voto.

El doctor *Bagattin*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada.

Por ello y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, se resuelve: 1°.- Revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto hacer lugar a la demandada contra los demandados Agustín Nicolás Yarte y Valeria Elizabeth San Martín, y en consecuencia rechazar la acción contra los mismos, con costas de ambas instancias al actor. 2°.- Confirmar la sentencia en cuanto condena al demandado Felipe Negri, y modificar el monto resarcitorio en la suma de $208.000, con costas de ambas instancias al mismo. 3°.- Confirmar lo demás que la sentencia decide. Notifíquese por medios electrónicos (conf. Res. del Presidente de la SCBA N° 10/20 prorrogada por la N° 14/20). Se hace saber que los términos procesales se encuentran suspendidos (Res. SCBA N° 386/20 prorrogada por Res. del Sr. Presidente de la SCBA N° 14/20 y 18/20), por lo que el plazo de la presente notificación comenzará a correr una vez que finalice dicha suspensión. Y oportunamente devuélvase. *— Emilio A. Ibarlucia. — Roberto A. Bagattin. — Gabriela A. Rossello.*

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN ESPECTÁCULOS DEPORTIVOS

Lesiones sufridas por un policía en cumplimiento de sus funciones. Operativo de seguridad desplegado en un club de fútbol. Rechazo de la acción.

1. — La demanda de daños intentada por un policía que resultó lesionado mientras estaba afectado a un operativo de seguridad desplegado en un club de fútbol debe rechazarse, pues a diferencia de los casos en que la lesión reconoce un origen típicamente accidental, las normas del derecho común no resultan aplicables cuando la lesión es el resultado de una mera consecuencia del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad, características del servicio público de defensa.

2. — La demanda de daños intentada por un policía que resultó lesionado mientras estaba afectado a un operativo de seguridad desplegado en un club de fútbol debe rechazarse, ya que no está en juego en este caso concreto en relación al actor el deber de seguridad al que se refiere tanto la ley de espectáculos deportivos como la ley de defensa al consumidor.

CNCiv., sala M, 01/06/2020. - Fraga Capacete, Aníbal c. Club Atlético Vélez Sarsfield y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/17745/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, junio 1 de 2020.

La doctora *Iturbide* dijo:

I. Contra la sentencia dictada a fojas 924/930, en la cual el señor juez de la instancia anterior rechazó la demanda promovida por Aníbal Fraga Capacete contra Asociación Civil Club Atlético Vélez Sarsfield, Asociación del Fútbol Argentino, El Surco Compañía de Seguros SA (en los términos del contrato de seguro y con el alcance establecido en los artículos 118 y concordantes de la ley 17.418) y Estado Nacional - Policía Federal Argentina (citado como tercero en los términos del art. 94 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y le impuso al actor las costas del proceso, expresó agravios únicamente este último a fs. 993/997, los que fueron contestados a fs. 999/1004 y 1006/1008.

El 21/05/2020 se llamó autos a sentencia, resolución que ha adquirido firmeza, por lo que la causa se encuentra en condiciones de dictar pronunciamiento definitivo.

II. Según lo expuso el actor en la demanda, el 5 de mayo de 2007 se encontraba afectado al operativo de seguridad desplegado en el estadio del club demandado, donde se disputaba un encuentro contra el Club Atlético San Lorenzo de Almagro, prestando servicios bajo el régimen de policía adicional. En cumplimiento de órdenes impartidas se encontraba apostado en la puerta N° 15, por donde ingresaba la parcialidad visitante.

En esas circunstancias, a las 22:00 horas aproximadamente, comenzaron una serie de disturbios en ambas hinchadas. A raíz de esos disturbios, el actor fue agredido violentamente, sufriendo daños cuyo resarcimiento persigue en la presente acción.

Thomson Reuters

III. En su expresión de agravios, el actor solicitó que se revoque la sentencia apelada y que se admita la demanda porque el juez habría encuadrado erróneamente el marco jurídico aplicable a la contienda y porque se encuentra debidamente acreditada la ocurrencia del hecho que dio origen a esta acción.

IV. Aplicación de la ley en el tiempo

Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, y considerando que la relación jurídica existente entre las partes se consumó antes del advenimiento del actual Cód. Civ. y Com. de la Nación, las cuestiones propuestas a conocimiento del Tribunal habrán de ser juzgadas en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas, de acuerdo al sistema del anterior Cód. Civil, interpretado, claro está, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país porque así lo impone una correcta hermenéutica en respeto a la supremacía constitucional (conf. art. 7, Cód. Civ. y Comercial; Sala L, "Echeverría, Naiara B. c. Guerra, Claudio A. y otros s/ daños y perjuicios", 17/03/2016, expte. N° 87.204/2012; "Cahe, Viviana E. c. Medela, Jorge A. y otro s/ cumplimiento de contrato", 26/04/2016, expte. N° 38.543/2013; "Daix, Odina E. c. Cencosud SA s/ daños y perjuicios", 12/05/2016, expte. N° 59.298/2011; entre muchos otros).

Sin perjuicio de ello, dejo asentado que, en este caso, a idéntica solución llegaría si aplicara el Cód. Civ. y Comercial vigente.

V. La configuración de la responsabilidad civil en el caso

A esta altura del proceso no se halla controvertido que el 5 de mayo de 2007 el actor se encontraba afectado al operativo de seguridad desplegado en el estadio del club demandado bajo el régimen de policía adicional, con motivo del encuentro que se disputó contra el Club Atlético San Lorenzo de Almagro. Tampoco está discutido el hecho de que en el transcurso del evento se produjeron disturbios, como consecuencia de los cuales resultaron heridos agentes pertenecientes al personal policial, entre ellos el actor.

Sin embargo, mi colega de grado entendió que no correspondía admitir la acción por las lesiones padecidas por personal policial en cumplimiento de los servicios que son propios de su actividad.

En ese contexto, y a los fines de dirimir la cuestión propuesta a la Alzada, considero oportuno recordar que en el marco de un espectáculo deportivo ya no existen dudas acerca del deber de seguridad que le incumbe a los organizadores del evento por daños padecidos por sus espectadores, quienes resultan amparados por las normas contenidas en la ley de defensa al consumidor. Se trata, en definitiva, de una obligación de resultado, sobre la cual me he pronunciado en numerosos fallos, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad (CNCiv., Sala L, "Melita, Mariana c. Club Vélez Sarsfield y otros s/ daños y perjuicios", del 15/05/2019, y sus citas; id. Sala M, "Díaz Diego c. Asociación Civil Racing Club s/ daños y perjuicios", entre otros).

A modo de síntesis, diré que "todo organizador de un espectáculo deportivo tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198, CCiv., y especial en la ley 23.184. Ese deber de seguridad es expresivo de la idea de que quienes asisten a un espectáculo lo hacen en la confianza de que el organizador ha dispuesto las medidas necesarias para cuidar de ellos... las relaciones de complacencia ante los integrantes de la hinchada revelan una manifiesta negligencia en el cumplimiento de las medidas de seguridad y que el club organizador del espectáculo deportivo, tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes" (CSJN, Fallos: 321:1124, consid. 11).

Sin embargo, a mi entender ese encuadre jurídico no resulta aplicable al caso, tal como lo interpretó mi colega de grado. Ello es así, pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, remitiéndose a su precedente "Mengual", que a diferencia de los casos en que la lesión reconoce un origen típicamente accidental, las normas del derecho común no resultan aplicables cuando la lesión es el resultado de una mera consecuencia del cumplimiento de misiones específicas de las fuerzas armadas o de seguridad, características del servicio público de defensa (voto del juez Petracchi, Fallos: 321:3363).

A su vez, en el caso "Aragón" agregó el más Alto Tribunal que "Una fuerza de seguridad, como la Gendarmería Nacional, lleva a cabo misiones específicas que pueden implicar enfrentamientos armados, respecto de los cuales resulta aplicable la doctrina precedentemente expuesta, puesto que, aunque aquéllos no constituyan —como es obvio— acciones "bélicas" en un sentido estricto, están estrechamente relacionados con las funciones típicas de la fuerza. Consiguientemente, los daños sufridos como consecuencia de los aludidos enfrentamientos no pueden generar un derecho al resarcimiento según las normas del derecho común" (Fallos: 330:5205).

Por último, para despejar cualquier duda que pudiera subsistir sobre la cuestión luego de los fallos a los que ya me referí, más recientemente la Corte Su-

Thomson Reuters

prema explicó la distinción entre "actos bélicos" y "actos de servicio" concebidos de manera genérica.

Ello lo hizo para concluir en que sólo aquellos actos de servicio que pudieran calificarse como "actos bélicos" no serían amparados por el derecho común con fines indemnizatorios (Fallos: 334:1795).

En este sentido, en un caso marcadamente similar al que dio origen a estos autos, se ha expedido mi querido colega, Dr. Liberman, en un voto al cual adherí en su oportunidad, en cuanto a que resulta definitorio cuando el demandante es empleado de una fuerza de seguridad y sufrió los daños en un acto de servicio. No era espectador ni un simple tercero, y por su particular función, no resultó ajeno al evento en sí ni a sus virtualidades, sino que formaba parte de él. Los daños que entonces pudo haber sufrido lo fueron en cumplimiento de sus específicas funciones como "policía adicional" (CNCiv., Sala L, "A. D. D. y otro c. Asociación del Fútbol Argentino y otros s/ daños y perjuicios", del 25/04/2017).

Siguiendo esa línea de razonamiento, y como no está en juego en este caso concreto en relación al actor el deber de seguridad al que se refiere tanto la ley de espectáculos deportivos como la ley de defensa al consumidor, propondré al Acuerdo que se confirme la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravios. Con costas de Alzada al vencido (cfr. art. 68, primera parte, Código Procesal). Así voto.

La Dra. María Isabel Benavente adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia que la Vocalía 37 se encuentra vacante. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras jueces por ante mi que doy fe. Fdo.: Gabriela A. Iturbide y María Isabel Benavente. Ante mí, Adrián Pablo Ricordi (Secretario interino).

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal Resuelve: 1) confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de agravios. Con costas de Alzada al vencido (cfr. art. 68, primera parte, Código Procesal). 2) I.- El 4 de septiembre de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la aplicación temporal de la ley 27.423, *in re* "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", de modo coincidente con lo decidido por la mayoría del Tribunal (cf. esta Sala *in re* "Grosso, C. c. Greco, M." del 30 de mayo de 2018). Según esa perspectiva, el nuevo régimen legal no resulta aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Por eso, teniendo en cuenta el tiempo en que fueron realizados los trabajos que dan lugar a las regulaciones de honorarios recurridas en autos, como así también las etapas procesales comprendidas, no resultan de aplicación las pautas establecidas en la ley 27.423 para las labores realizadas en la anterior instancia. Distinto temperamento habrá de adoptarse con relación a los trabajos realizados en esta instancia, atento la fecha en que se pusieron los autos en la oficina a los fines dispuestos por el art. 259 y 260 del Código Procesal (v. fs. 983). II. En función de lo expuesto y entrando a conocer en las apelaciones deducidas contra los honorarios regulados en la sentencia de grado anterior, se tendrá en cuenta que en el presente proceso la demanda fue rechazada. Ante ello, cabe tener en cuenta que a los fines regulatorios se tomará como base el monto objeto de reclamo, es decir la suma de $30.700 (conf. doctrina del plenario "Multiflex SA c. Consorcio Bmé. Mitre 2257/59". 30/09/1975, ED, 64-250, LA LEY 1975-D, 297). En este punto, cabe señalar que el magistrado incurrió en un error material involuntario al consignar en la sentencia que el reclamo alcanzaba la suma de $307.000. Asimismo, se tendrá en cuenta el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia, extensión del trabajo realizado, resultado obtenido y etapas cumplidas y pautas legales de los arts. 6, 7, 9, 10, 33, 37, 38 y cc. de la ley n° 21.839 - t.o. 24.432. En consecuencia, por resultar elevados los honorarios regulados en conjunto a favor de los Dres. Ricardo Alfredo Pantuso y Patricio Martín, por su labor en las tres etapas, se los eleva a la suma de pesos ... ($ ...). Por ser altos los fijados en conjunto a los letrados apoderados de la co-demandada AFA, Dres. Hugo Mario Pasos y Adriana Beatriz Lojo, por su labor en la etapa postulatoria y parte de la probatoria, se los reduce a la suma de pesos ... ($ ...). Por ser elevados los fijados en conjunto a los letrados apoderados de la parte co-demandada Club Atlético Vélez Sarsfield, Dres. Walter Oscar Fernández, Alberto José Blanco Salerno, Luis Emilio Sanalitro y Román Izcovich, por su labor en la primera etapa y parte de la segunda, se los reduce a la suma de pesos ... ($ ...). Por ser altos los de los letrados apoderados por la parte citada en garantía, El Surco Compañía de Seguros SA, Dr. Enrique José Quintana, por su labor en la contestación de citación en garantía y en parte de la etapa de prueba, se los reduce a la suma de pesos ... ($ ...). Por último, por ser elevados los de los letrados apoderados por el Estado Nacional— Policía Federal Argentina, Dres. Susana Alejandra Cabral, Bárbara Laullon y Diego Hernán González, en conjunto, por su labor en las tres etapas, se los reduce a la suma de pesos ... ($ ...). III. En cuanto a los peritos intervinientes, se ponderará la naturaleza de las peritaciones realizadas, la calidad, la importancia, la complejidad, la extensión y el mérito técnico— científico de las mismas, y proporcionalidad que deben guardar estos emolumentos en relación a los de los letrados actuantes en el juicio (cf. art. 478 del

Thomson Reuters

Cód. Proc.). Por ser elevados los estipendios en favor del perito médico, Dr. Enrique José Calzada, por su informe pericial de fs. 475/8, 485, 908/9 y 917/6, se los reduce a la suma de pesos ... ($ ...). IV. Ponderando las constancias de autos, naturaleza del asunto, monto comprometido y pautas legales del art. 2, inciso a) del Anexo I del Decreto Reglamentario 2536/2015, por no ser elevados los honorarios fijados a favor de la mediadora, Dra. María Claudia Manzano, se los reduce a la suma de pesos ... ($ ...). V. Finalmente y por la labor profesional realizada en esta instancia y que culminó con el dictado de la presente sentencia definitiva, regúlanse a los Dres. Ricardo Alfredo Pantuso y Patricio Martín, en conjunto y por partes iguales, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de pesos ... ($ ...); a los Dres. Cinthya Julia M. Blandino y Hernán Martín Oriolo, en conjunto y por partes iguales, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de pesos ... ($ ...) y al Dr. Enrique José Quintana, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de pesos ... ($ ...); conf. art. 30 de la ley 27.423 y Ac. 2/2020 CSJN). Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvase. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *Gabriela A. Iturbide. — María I. Benavente.*

MALA PRAXIS EN CIRUGÍA ESTÉTICA

Cirugía estética abdominal realizada para eliminar colgajos cutáneos producto de un abrupto descenso de peso. Responsabilidad del profesional médico y de la obra social. Ausencia de responsabilidad de la clínica donde se efectuó la intervención.

1. — La médica que realizó una cirugía estética abdominal para eliminar colgajos cutáneos producto de un abrupto descenso de peso de la accionante debe responder por los daños derivados de su accionar, pues se acreditó una incorrecta incisión para el abordaje de la extirpación de los colgajos de dermolipectomía, la eliminación del ombligo y además el prematuro e incorrecto retiro de los drenajes, desencadenantes de un defectuoso resultado quirúrgico y de una infección que impuso la pertinencia de una cirugía de urgencia, escasos diecinueve días después de la primera operación.

2. — Acreditado el actuar negligente de la médica coaccionada en el caso —en una cirugía estética abdominal—, se colige que la obra social, en su carácter de estipulante, resulta responsable por la violación del mentado deber de seguridad que abastece la relación de prestación médico asistencial a los beneficiarios, con la intermediación de servicios profesionales como los de aquella profesional.

3. — A efectos de que la clínica donde se realizó la intervención encuentre involucrado su deber de seguridad y de ello se derive, por ende, un factor objetivo de responsabilidad de origen contractual, debe existir un débito en el vínculo convencional que una al ente asistencial con el paciente. La doctora codemandada no era personal en relación de dependencia, aun funcional, de la clínica, sino que es personal de la obra social. Tampoco surge de los asientos contables, que aparecen llevados en legal forma, que aquella percibiere honorarios de ese sanatorio.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis en cirugía estética abdominal.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Edad: 38 años

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $80.000.-

Daño patrimonial

Daños varios: Gastos $3.520.- Daño patrimonial $280.000.-

CNCiv., sala G, 12/06/2020. - G., R. M. c. V., C. M. y otros s/ daños y perjuicios - Resp. Prof. Médicos y aux. - Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/18545/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, junio 12 de 2020.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Polo Olivera* dijo:

I. a. R. M. G. promovió formal demanda contra la médica cirujana C. M. V., Sanatorio Las Lomas y Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE); persiguió la reparación de los daños y perjuicios derivados de lo que reputó una mala práctica en el ejercicio de la medicina, puntualmente en relación con dificultades derivadas en el post operatorio de una intervención quirúrgica estética (fs. 197/206).

Thomson Reuters

b. Los demandados y las aseguradoras citadas en garantía postularon el rechazo de la acción (fs. 270/279 SMG Compañía Argentina de Seguros SA por Sanatorio Las Lomas SA; esta clínica hizo lo propio en fs. 287/296; OSDE en fs. 301/322; la dra. V. respondió en fs. 343/370; Seguros Médicos SA se presentó en autos —y fue admitido— en fs. 426/430 en relación con la dra. V., a pesar de lo dispuesto en fs. 391 —arg. fs. 808—).

En efecto, en fs. 808 esta Sala resolvió que fue improcedente la concesión del recurso respecto de Seguros Médicos SA (v. fs. 696 y 698) en virtud de lo resuelto en fs. 391, donde el juez de grado a cargo de la dirección del proceso por entonces, tuvo por desistida la citación en garantía de esa firma aseguradora.

c. La sentencia dictada en fs. 660/686 —aclarada en fs. 690— estimó parcialmente la demanda, y condenó a la dra. V. y OSDE a abonar las sumas que allí precisó como reparación de los daños y perjuicios generados a la actora; rechazó la acción seguida contra Sanatorio Las Lomas SA.

d. La sentencia no satisfizo ni a la actora, ni a las coaccionadas V. y OSDE, que la apelaron en fs. 691, 697 y 694 respectivamente.

La actora presentó agravios en fs. 809/813 (contestados en fs. 855/858 por la aseguradora SMG; por Sanatorio Las Lomas SA en fs. 860/866, y por la dra. V. en fs. 867/871).

La dra. V. hizo lo propio en fs. 815/836, contestados por la actora en fs. 876/882.

OSDE formuló agravios en fs. 837/854.

II. Preliminarmente, en razón de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación, evaluare cuál resulta la ley aplicable a la cuestión traída a decisión judicial.

El Cód. Civ. y Com. de la Nación: 7 predica que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Si bien la normativa de incumbencia establece la aplicación inmediata de sus disposiciones con posterioridad al 01/08/2015 (t.o. ley 26.994), esto no implica la retroactividad de la norma, específicamente vedada por la disposición positiva, en análogo sentido a lo dispuesto por el Cód. Civil en su artículo 3, que ha sido su fuente (arg. Kemelmajer de Carlucci, La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes, p. 16, ed. Rubinzal - Culzoni, año 2015). Introduce sí cierta novedad respecto de las normas protectorias del consumidor, estipulando que cuando las nuevas leyes supletorias sean más favorables al consumidor, las mismas serán aplicables a los contratos en curso de ejecución.

Distinguida doctrina explica que la aplicación inmediata importa que la ley toma a la relación ya constituida o a la situación en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Es decir, las consecuencias producidas están consumadas, pues respecto de ellas existe el llamado consumo jurídico. Por el contrario, las otras caen bajo la nueva ley por aplicación inmediata, sin retroactividad (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, ed. Rubinzal Culzoni, p. 29 y ss.).

En consecuencia, teniendo en cuenta las particularidades del caso traído a decisión judicial, resulta aplicable la normativa vigente con anterioridad al 01/08/2015.

Ello sin perjuicio de las implicancias del nuevo sistema de fuentes que se incorpora al Cód. Civ. y Com. de la Nación, diverso del que imperaba respecto del Cód. Civil de Vélez, y lo dispuesto particularmente por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:2 y 3: el nuevo código Civil y Comercial de la Nación ha mutado el sistema de fuentes (con preponderancia de la Constitucional Nacional y normas convencionales), el particularismo aplicativo y del rol de los jueces como concretizadores y ponderadores de derechos que el Código debe garantizar pero no estructurar, dejando pues los magistrados la mera función de meros subsumidores silogísticos de normas (ver Gil Domínguez, El art. 7 del Cód. Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional, Revista Cód. Civil y Comercial, LA LEY, año 1, N° 1, julio 2015, p. 16/18).

Por otro lado, el Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta, asimismo, una pauta interpretativa extremadamente valiosa respecto de cuestiones sujetas a la normativa derogada. Ello en su carácter de síntesis de rumbos y matices que el Derecho Privado argentino ha ido adquiriendo, aun en la vigencia de los Códigos Civil y Comercial anteriores, en virtud del laborioso enriquecimiento derivado de los pronunciamientos judiciales y del aporte de la Doctrina.

Thomson Reuters

III. Encuentro propicio recordar que el Juzgador no tiene la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que juzgue, según su criterio, pertinentes y conducentes para resolver el caso (CSJN, fallos 274:113; 280:320, entre otros). Asimismo, tampoco tiene el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estime posean relevancia para sustentar su decisión (Fallos: 258:304, 262:222; 310:267, entre otros).

Sentadas tales pautas de abordaje del thema decidendum, avanzaré sobre el fondo de aquello que ha sido materia de recurso.

La actora fue sometida a una cirugía estética abdominal, para eliminar colgajos cutáneos (denominado delantal abdominal) producto de un abrupto descenso de peso (aproximadamente 35 kg.), en relación con una intervención anterior mediante la cual le fue implantado un balón gástrico. Esta operación fue efectuada en el Sanatorio Las Lomas SA, por la demandada C. M. V., por intermedio del contrato de prestación médica suscripto por la demandante con OSDE.

La cirugía se llevó a cabo el 2 de octubre de 2010; permaneció internada en el Sanatorio Las Lomas hasta el 4 de octubre de 2010. La actora refirió que producto de severos dolores abdominales, fue re internada el día 21 de octubre de 2010, por infección de la herida quirúrgica, intervenida de urgencia, con una necrosis de ombligo, y debiendo extraerse el balón gástrico de urgencia. La demandante arguyó que la situación apareció desencadenada por "un severo ceroma sobre la herida de la cicatriz de la operación, es decir la acumulación de los líquidos que no habían eliminado adecuadamente por el... retiro prematuro de los drenajes..." (fs. 198).

El magistrado de la instancia anterior (Juez quien lamentablemente ha fallecido de forma sorpresiva y prematura hace pocos días), luego de un arduo período de prueba y sopesados los alegatos vertidos acerca de su producción en autos, halló acreditada y configurada la responsabilidad que pesó sobre la médica cirujana interviniente y OSDE. Empero, desestimó la acción respecto del Sanatorio Las Lomas SA, entidad que halló ajena a la esfera de responsabilidad vinculado con el incumplimiento profesional en examen.

Sobre este aspecto del pronunciamiento se han vertido las críticas que abordaré a continuación.

a. Los agravios vinculados a la responsabilidad arribada por el señor juez *a quo* en la sentencia apelada.

Tanto la dra. V. como OSDE, se han agraviado de la responsabilidad civil que el magistrado *a quo* ha hallado configurada a su respecto.

Por su lado, la actora R. G. cuestionó la decisión de la instancia anterior en cuanto desestimó la acción contra Sanatorio Las Lomas SA.

Actualmente, como es sabido, el Cód. Civ. y Com. de la Nación ha difumado prácticamente las diferencias en torno a los principios aplicables tanto a la responsabilidad contractual o extracontractual. Empero, se ha expuesto que el encuadre en uno u otra órbita no difieren en esencia en cuanto al análisis de la responsabilidad del médico, puesto que en definitiva, el principal parámetro para examinar la responsabilidad profesional es la culpa, que será apreciada siempre de la misma manera (conforme a las circunstancias de persona, tiempo y lugar) quedando a cargo del paciente por regla general, la acreditación de su prueba. Así al tratarse de una responsabilidad profesional no se debe soslayar que los mismos deberes de la profesión recaerán sobre los médicos tanto cuando contratan directamente con el paciente y en forma independiente, así como también cuando son dependientes de una clínica o sanatorio privado (Calvo Costa, Derecho de las Obligaciones, Hammurabi, p. 983, ed. 2017).

Agrega esta cita que hoy es prácticamente unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia en determinar que el deber de responder de los médicos se debate, por lo general, en el ámbito de la responsabilidad contractual (Calvo Costa, op. Cit., p. Íd.).

Así se ha sostenido que la responsabilidad médica es de naturaleza contractual, y reconoce su causa en el incumplimiento, por parte del profesional, de aquellas obligaciones que integran el contenido de la prestación médica: realizar todos aquellos actos que, conforme su ciencia, arte o técnica tengan por finalidad curar o mejorar la salud de su paciente (CCiv. yCom. Córdoba, 15/05/1998, C. De B., M.E. c. M., A.A., LA LEY C, 199, 1156).

En relación con la conducta que debe tener un profesional, fácil es colegir que se aplica acá un standard superior y acorde con los conocimientos técnicos específicos que es dable esperar de un galeno (arg. Cód. Civil 512 y 902).

Al respecto se ha sostenido que cuando se trata de apreciar la diligencia y la culpa, observamos que el art. 512 del derogado Cód. Civil suprimió, aparentemente, toda referencia a un tipo abstracto de comparación, desde el momento en que se hace sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, a diferencia de

Thomson Reuters

otros ordenamientos y de las referencias más antiguas que se remontan al derecho romano, en los que se ha partido de un tipo abstracto de comparación, generalmente el buen padre de familia. Sin embargo, que el art. 512 no contemple un tipo abstracto de comparación no es óbice, por el juego de otras normas (como los arts. 902 y 909 del Cód. Civil), para que se confronte la conducta en concreto con un tipo, patrón o metro abstracto, que se tornará elástico y flexible, adaptable a cada situación en particular (Prevot, Responsabilidad Civil de los Médicos, Abeledo-Perrot, p. 242, ed. 2008).

Se ha expuesto asimismo que la culpa se aprecia inicialmente en concreto, sobre la base de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Las condiciones personales del agente deben ser tenidas en cuenta a los efectos de estimar el mayor o el menor deber de previsión con arreglo a lo dispuesto por el art. 902 —y sin perjuicio de correlacionar esta norma con la recta interpretación que debe efectuarse en derredor del oscuro texto del art. 909—. Con estos elementos concretos el juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o no hubo culpa (Bueres, Responsabilidad Civil de los Médicos, 3ra. Edición renovada, reimpresión, Hammurabi, ed. 2010, p. 516 y ss.).

Otra autorizada doctrina ha expresado que modernamente se estableció que la culpa encierra un juicio de valor del ordenamiento jurídico acerca del agente, reprochándosele el menosprecio que implica su actuar al no haberse conducido conforme a derecho. Se decidió por lo injusto cuando pudo haber obrado lícita y jurídicamente. La introducción del elemento normativo connota la culpa como un defecto de la voluntad, que se traduce en la violación de un deber. Desde la óptica kelseniana, se podría opinar que en el acto culposo se viola una norma secundaria. El defecto de la voluntad encierra las dos formas culposas, la negligencia y la imprudencia; esto es, que el autor del daño contrario a derecho no previó las consecuencias de su acto, o bien fue previsor, pero no observó la conducta necesaria para evitarlo, pues confiaba en que no se produciría. La desatención a la que se hace referencia es congénita con el acto mismo. Ese déficit en el actuar sugiere un menosprecio por aquellos bienes que protege el ordenamiento; amparo éste que no se evidencia en la norma sancionadora (primaria) sino en la norma secundaria. En el supuesto del ejercicio de la medicina, agrega la cita, ya se fundamente éste en un contrato o en la ley; la norma secundaria se singulariza en el deber jurídico de propender hacia la obtención de la salud humana, dedicando para ello toda la diligencia y sapiencia de quien la ejerce. La actuación voluntaria negligente, imprudente o imperita del médico, violatoria de aquel deber jurídico, es juzgada por el ordenamiento como afrentosa hacia el mismo, configurándose una ilicitud culposa (Lorenzetti, Responsabilidad Civil de los Médicos, Segunda edición ampliada y actualizada, Código Civil y Comercial de la Nación, T. II, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 16 y ss., ed. 2016).

También son contestes la doctrina y la jurisprudencia en establecer que en general, se trata de una obligación de medios y no de resultado la que compete al médico en el ejercicio del arte de curar.

Se ha expuesto asimismo que la actividad quirúrgica ha sido dominantemente calificada como formadora de obligaciones de medios.

Así se ha sostenido que la cirugía hace surgir una obligación de medios a cargo de quien la practica, quien sólo se obliga a poner la diligencia que sus conocimientos en la ciencia adquirida, arte y experiencia logrados le indiquen como acertada para la consecución del fin comprometido, que no es otro que el mejoramiento de la salud del paciente (CNCiv., esta Sala G, 10/10/2003, R., K. J. c. C., J. E. y otro, Lexis, N° 20040843).

En relación con las cirugías estéticas, como la que aquí se trata, coincido con lo sostenido por el anterior sentenciante, en cuanto no es posible categorizar esta especialidad quirúrgica dentro del rango de una obligación de resultado, sin perjuicio de la mayor diligencia que es dable esperar de la intervención de un profesional avezado en el arte médico que se trata.

Teniendo en cuenta los aludidos principios, se impone analizar la actuación del médico demandado, que atendió a la actora, a la luz de las constancias de autos.

Así, la prueba pericial médica rendida en autos resulta dirimente en la cuestión, sin olvidar, de todos modos, el resto del plexo probatorio aportado al proceso.

El peritaje médico con especialidad en cirugía plástica, practicado por el dr. S. M. L., que luce en fs. 554/565, resulta un aporte sustancial para dirimir la responsabilidad cuestionada.

El experto, teniendo en cuenta no sólo la inspección personal de la actora, sino también la historia clínica y demás información médica útil incorporada al expediente, sostuvo que la actora se internó el 2 de octubre de 2010, a fin de someterse a una intervención quirúrgica para el tratamiento de "delantal ab-

Thomson Reuters

dominal en paciente hiperobesa que adelgazó aproximadamente 35 kg.... Tiene colocado un balón gástrico desde hace aproximadamente 3 meses..." (fs. 46, citado en fs. 558 vta. In capit).

Agregó que la "(a)bdominoplastía (Dermolipectomía Abdominal) se realizó el día 2 de octubre de 2010 en el Sanatorio Las Lomas... según consta a fs. 45. El equipo quirúrgico estuvo conformado por la Dra. C. M. V. como cirujano, el Dr. F. A. como asistente, la Sra. A. P. como instrumentadora y el Dr. O. B. como anestesiólogo, según consta en el protocolo quirúrgico y ficha de anestesiología a fs. 60 y 61 respectivamente. El procedimiento se llevó a cabo con anestesia general. Hora de inicio: 8:45 hs. / Hora de finalización: 12:15 hs. Del detalle de la foja quirúrgica surge: "Asepsia y Antisepsia. Campos estériles. Bajo anestesia general se realiza incisión a nivel supra púbico hasta ambas EIAS. Disección por plano. Resección de colgajo dermograso excedente. Desinserción de pedículo umbilical. Coagulación satisfactoria. Reubicación del ombligo a nivel de la línea media. Aproximación de ambos colgajos y sutura por planos con puntos de monocryl 2/0 y 3/0. Fijación de ombligo con puntos separados de nylon 3/0. Piel con puntos de nylon 2/0 intradérmica. Se cubre con micropore y gasa estéril. Se coloca faja. Peso del colgajo (delantal) resecado (x2) 2,814 Kg. Procedimiento bien tolerado".. agregó el experto la firma y sello de la accionada en el documento citado (v. fs. 558 vta.).

Advirtió el experto que de la historia clínica, ni puntualmente de la foja quirúrgica, no surge la realización de la plicatura o sutura de los músculos rectos abdominales, con lo cual se logra un abdomen más plano y con mayor tonicidad muscular (v. fs. 558 vta. in fine).

Manifestó que no luce en la historia clínica la realización de estudios postquirúrgicos, con la evaluación el paciente o ficha médica al respecto (v. fs. 559).

Especificó el experto que la actora se internó nuevamente el 21 de octubre del mismo año, es decir 19 días después de la operación abdominal, por "Sepsis de partes blandas vs. abdominal" constatándose infección de herida quirúrgica con tejido necrótico y presencia de pus a nivel periumbilical, según consta a fs. 75 y 78" (v. fs. 559).

El médico tratante en esta segunda internación, dr. A. C. R., expresó en la historia clínica que la sra. G. "presenta abdomen agudo y antecedente de dermolipectomía abdominal. Presenta secreción purulenta y compromiso de vitalidad umbilical y dermograso del colgajo..." (arg. fs. 85; citado en fs. 559).

Del diagnóstico por imágenes colectado en esta historia clínica (v. fs. 117), ecografía abdominal y partes blandas, del mismo 21 de octubre de 2010, el profesional interviniente expuso "observándose a lo largo de las cicatrices por herida quirúrgica, aumento del espesor y de la ecogenicidad del tejido celular subcutáneo (edema). Además se visualizan al menos dos imágenes hipoecoicas de bodes poco definidos, una de ellas de 23 x 7 mm ubicada a 12 mm del plano cutáneo en región hipogástrica y la segunda de ellas de 20 x 18 mm, ubicada a 9 mm del plano cutáneo en región umbilical, ambas imágenes compatibles con colecciones..." (fs. 559 último párrafo).

Expuso asimismo que de la tomografía también realizada a la actora ese mismo día (arg. fs. 179 y 180), asimismo se detectó, además de la evidencia del balón gástrico, un leve incremento de la densidad del tejido graso adyacente que impresionaría como una pequeña colección (con signo de pregunta en el texto original citado), y se observó un marcado hemoperitoneo (v. fs. 559 vta.).

En una intervención que comenzó a las 23 hs. y terminó a la madrugada del día siguiente, se extrajo el balón gástrico, se realizó un drenaje de colección purulenta de colgajo de dermolipectomía con resección de tejido necrótico umbilical y se efectuó una gastrectomía subtotal por úlcera gástrica perforada en curvatura mayor cara posterior, de acuerdo al parte quirúrgico que luce en fs. 125/6, en una intervención que duró tres horas (v. fs. 559 vta.). Luego de ello fue internada en la unidad de cuidados intensivos y recibió tratamiento antibiótico endovenoso, presentando luego una evolución favorable, continuando la ingesta del tal medicamento por vía oral y siendo externada el 01/11/2010 (v. fs. 559 vta. y fs. 75 a 196 de la historia clínica citada).

Analizados estos elementos, el perito expuso que se extrajeron los drenajes a las 24 horas de la intervención del 02/10/2010, cuando la buena práctica médica en relación con una dermolipectomía abdominal "los drenajes se dejan colocados alrededor de 5-7 días para evitar o disminuir la incidencia de seroma, aun cuando el débito de líquido es bajo". Agregó que, si bien no consta en la Historia Clínica, la actora refirió un episodio de drenaje espontáneo de líquido serohemático a través de la herida quirúrgica abdominal y registros febriles, lo cual puede interpretarse, según la apreciación del experto, la presencia de un hematoma o seroma en el lecho quirúrgico de disección asociado a la presencia de una infección del sitio quirúrgico (fs. 559 vta.).

Afirmó el perito que la actora evolucionó "con abdomen agudo quirúrgico por úlcera gástrica perforada, infección y necrosis de tejido de partes blandas periumbilical, siendo internada nuevamente en el

Thomson Reuters

Sanatorio Las Lomas para tratamiento quirúrgico de urgencia".

Así el perito interpretó que "la paciente presentó una colección en el lecho quirúrgico (seroma o hematoma), con infección (secreción de líquido purulento) y necrosis periumbilical como complicación de la dermolipectomía abdominal" (fs. 560).

En relación con la práctica quirúrgica en sí, el experto expuso que la cicatriz (o la incisión que la produjo en realidad) no es adecuada, ya que no tiene una localización suprapúbica, pues según el experto "tiene una ubicación más alta en la región infraumbilical", además de constatarse la falta de ombligo, que habría sido reemplazado por una cicatriz vertical.

Lo dicho por el experto en fs. 560, se encuentra ilustrado con las fotografías que integran el dictamen, que lucen en fs. 555 vta.

Concluyó así el perito que "la mejoría del contorno corporal no es óptima, ya que existe todavía abundante exceso de tejido dermograsocutaneo abdominal" (fs. 560).

Así, las conclusiones arribadas por el perito de oficio a través de su dictamen pericial son admitidas por el Suscripto habida cuenta de su concordancia con las reglas de la sana crítica (conf. Cpr. 386 y 477) y del que no hallo motivos para apartarme.

Es dable mencionar que se ha resuelto, con criterio que comparto, que la valoración de la prueba pericial debe realizarse conforme con las pautas generales del cpr. 386, y con las especificaciones dadas por el artículo 477 —norma cuyo contenido concreta las reglas de la "sana crítica" en referencia a la prueba pericial—. Pero además, tal prueba está sometida a un régimen muy particular, establecido por el artículo 473-3 párr. última parte. Nótese que según esa norma procesal, a) la falta de impugnaciones, observaciones o pedidos de explicaciones, no obsta para que la eficacia probatoria del dictamen pericial pueda ser cuestionada en el alegato sobre el mérito de la prueba, pero b) ese cuestionamiento al valor probatorio del dictamen "puede ser hecho hasta la oportunidad de alegar". Es decir: esa norma impone a la parte "la carga procesal" de cuestionar el valor probatorio del dictamen pericial en ocasión de alegar —o antes— (Com D, 11/07/2003, Gómez, Elisa N. c. HSBC La Buenos Aires Seguros SA y otro s/ ordinario).

Esta consideración predica, tal como fuera claramente expuesto en el precedente subsiguiente, que "la sana crítica aconseja (frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor peso) aceptar las conclusiones del perito, no pudiendo el sentenciante apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo; extremo que le estará permitido si se basa en argumentos objetivos que demuestren que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos y máximas de experiencia, o que existan en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar convicción sobre los hechos controvertidos." (Com. B, 30/09/2004, Gráfica Valero SA s/ Conc. Prev. s/ Verificación por González, Oscar; íd. en igual sentido: "Luvelo y Cía. SA c. Excel SA s/ ord.").

No escapa a la consideración del suscripto que el dictamen pericial ha merecido las impugnaciones de las accionadas: Sanatorio Las Lomas SA en fs. 582/3, SMG Seguros SA pidió aclaraciones en fs. 585, y la dra. V. y Seguros Médicos SA pidieron también aclaraciones en fs. 586/587 y fs. 588/589.

Esos cuestionamientos e interrogantes aparecen disipados, a mi juicio, y respondidos en fs. 599/600, 601/2, fs. 603/4 y fs. 605.

Tales impugnaciones no conmueven, a mi juicio las apreciaciones técnicas expuestas por el perito, que lejos de exhibir una opinión profesional particular, se basan en la aplicación actual y generalizada de las buenas prácticas del arte de la medicina, en la especialidad que aquí se trata: cirugía plástica.

En efecto, encuentro, al igual que el primer sentenciante en este aspecto, que el perito ha sido concluyente en dos aspectos dirimentes de la valoración de la conducta profesional seguida por la demandada V. en este caso: a. En primer lugar la incisión no aparece efectuada correctamente para la realización de la extracción del colgajo cutáneo, siendo efectuado por arriba de la línea de la cintura que aparece recomendada. b. Fue eliminado el ombligo, sin explicar si esto es una situación normal en una operación como esta, aunque luce una respuesta negativa a fuera de apreciar la técnica en que esta operación es generalmente realizada, que cuenta no sólo con una explicación en el dictamen, sino con ilustraciones que explican el proceder en cada uno de los pasos (fs. 557 y vta.). Además fue reemplazado por una cicatriz vertical que puede verse en las fotografías de fs. 555 vta. c. Fue prematura la extracción de los drenajes colectores, realizadas a las 24 hs., cuando debió ser efectuado entre los 5 y los 7 días.

Los impugnantes cuestionaron estas conclusiones, particularmente esta última decisión referida a la extracción del drenaje prematuramente, que no presentaba colección, o lo era muy escasa, de secreciones. Apuntaron que el mantenimiento excesivo de drenajes importa un riesgo extra para la paciente, pues genera un canal para la introducción de bacterias y fran-

Thomson Reuters

quear un posible escenario de infecciones y complicaciones post quirúrgicas.

Este temperamento parece atendible, empero el criterio adoptado a las escasas 24 horas posteriores de la operación sigue luciendo precipitado y prematuro: es que si el lapso de mantenimiento de drenajes es entre 5 y 7 días, una rápida evolución favorable podría impulsar a evitar ese riesgo de contagio de infecciones mediante la extracción de los drenajes al menos a los 5 días (aventurarse a los 4 días quizás, ya parece audaz), pero sólo un día parece temerario de acuerdo a las pautas señaladas. Máxime cuando el perito expuso específicamente que ese lapso de mantenimiento del procedimiento de colección de secreciones debía mantenerse aun cuando los líquidos excretados fueren escasos (recuérdese lo expuesto en fs. 559 vta. último párrafo).

Evaluados los elementos de marras conforme el prisma de la sana crítica, esas conclusiones no son una mera teorización hipotética, las consecuencias parecen sostener con claridad los efectos del prematuro temperamento adoptado por V. para extraer el drenaje: sólo decir que los hechos acreditados en autos sostienen la afirmación del perito (cuya validez científica no ha sido cuestionada formalmente), pues los diagnósticos por imágenes efectuados el 21 de octubre de 2010, cuando la actora es reinternada con un "abdomen agudo" según la terminología médica, presentaba evidencia de edema o colección de líquidos, lo cual habría desatado una necrosis y la precipitación de los eventos que culminaron en la necesidad de esa segunda intervención.

Sana crítica que, por caso, también aparece haber asistido al primer sentenciante en su pronunciamiento, pues no se advierte de su simple lectura, que el juzgador hubiere realizado conclusiones o afirmaciones sentadas sólo en un "pálpito" o una simple "corazonada", tal como afirma la dra. V. en su expresión de agravios.

En realidad, esa crítica luce tan dogmática como inconsistente en relación con el fallo en examen: la evidencia científica que dimana el dictamen pericial médico aparece el sustento fáctico sustancial sobre el cual el Juez de grado ha edificado la argumentación de responsabilidad.

Respecto a la cuestión tocante a la pertinencia o no de otro abordaje quirúrgico de la cuestión (el perito infiere que el temperamento más acertado para el tratamiento era una dermolipectomía circunferencial), es una cuestión casi teórica: el cuestionamiento a la conducta de la médica no finca en la elección de una u otra alternativa quirúrgica posible, sino en los débitos considerados precedentemente.

En relación con el argüido abandono del tratamiento, postulado por la accionada, este tópico no emerge como un elemento sustancial que interfiera en la conclusión del incumplimiento contractual de la profesional tratante.

En efecto, como fue expuesto más arriba, se cuestionó su accionar, en primer lugar, por una incorrecta incisión para el abordaje de la extirpación de los colgajos de dermolipectomía, la eliminación del ombligo y además el prematuro e incorrecto retiro de los drenajes, desencadenantes de un defectuoso resultado quirúrgico y de una infección que impuso la pertinencia de una cirugía de urgencia, escasos diecinueve días después de la primera operación.

La secuencia temporal de los hechos apuntados da una idea acabada de la relación de causalidad que existe entre aquella conducta que se reputa negligente, como de las consecuencias médicas y estéticas subsecuentes.

La ausencia de registro en la Historia Clínica de consultas ulteriores referidas al control posoperatorio puede deberse, asimismo, a motivos análogos a las ausencias de registro de plicatura o sutura de los músculos abdominales, que también resultan una práctica adecuada para este tipo de intervenciones estéticas (v. peritaje médico, fs. 558 vta.). Tales omisiones no podrían, en ningún caso, pesar sobre los hombros de la paciente demandante, ajena a tal registración.

En relación con la argüida responsabilidad de los sanatorios y clínicas, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre ellos una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda. Vale decir, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del Cód. Civil). En otras palabras, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesoria para la preservación de las personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que si la clínica se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente es responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida (Ver Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad", supl. especial LA LEY, septiembre de 2005, p. 4; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 468, N° 1431 quáter, 50 edición, Buenos Aires, 1987; CNCiv., Sala A, del 02/06/2004, LA LEY del 10/11/2004; Bueres, Alberto "Responsabilidad civil de los médi-

Thomson Reuters

cos", p. 383/384, Buenos Aires, 1992; CNCiv., Sala G, del 25/06/1981, en autos "Abalo, Omar U. c. Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor", Expte. libre N° 269.599; CNCiv. Sala H, 21/06/1995, "Gutiérrez, María E. c. Intermedies Inc.", libre N° 161.624). Adviértase que para decretar la responsabilidad de la demandada ni siquiera es necesario acudir a sostener que la obligación que pesa sobre los hospitales y clínicas es de resultado (ver, en tal sentido, CNCiv., Sala E, del 25/11/1980, LA LEY 1981-D-133; CNCiv., Sala C, del 09/02/1984, LA LEY, 1985-C-638, s. 36.846; CNCiv., Sala C, del 05/09/2000, *in re* "Parisi, Roberto J. c. Girado, Juan M.", voto del Dr. Alterini, JA, 2001-11-571; CNCiv., Sala M, del 05/06/2001, en autos "González de Toloza, Perla c. Armada Argentina", Lexis Nexis na 1/70005627-1; etcétera) (CNCiv., Sala "B", Libre: 492.538; julio 2008).

A efectos que la clínica —en el caso Sanatorio Las Lomas SA— encuentre involucrado aquel deber de seguridad y de ello se derive, por ende, un factor objetivo de responsabilidad de origen contractual, debe existir un débito en el vínculo convencional que una al ente asistencial con el paciente.

Según emerge claramente de la prueba pericial contable de fs. 493/494, la dra. V. no era personal en relación de dependencia, aun funcional, de la clínica, sino que es personal de OSDE. El experto contador no halló elementos que acrediten que esa profesional fuere o bien personal en relación de dependencia o contratado por el Sanatorio para la prestación de servicios médicos (v. fs. 494). Tampoco surge de los asientos contables, que aparecen llevados en legal forma, que la dra. V. percibiere honorarios de ese sanatorio.

En efecto, no advierto —en coincidencia con el criterio sostenido por el sentenciante de la instancia anterior— que exista un débito imputable a la relación jurídica que existió entre la actora García y el sanatorio donde se realizó la intervención: no se trata en la especie de una mala práctica médica derivada de un incorrecto proceder de enfermeros, médicos de guardia o bien de la existencia de una infección nosocomial derivada de falta de asepsia o higiene en lugares de internación o en el quirófano o instrumental.

Por el contrario, el esfuerzo argumental de la actora quejosa en este sentido es que una enfermera dependiente del sanatorio habría intervenido en la mala práctica médica, obedecido la instrucción de la dra. V. en retirar los drenajes sólo 24 horas después de realizada la intervención abdominal.

Fácil es colegir que la enfermera no podría haber actuado de otro modo que acatar la instrucción de la médica tratante, que es quien dirige el temperamento médico aplicable a la paciente. Es que su capacitación profesional difiere sustancialmente de quien está a cargo del tratamiento médico de la paciente. Su conducta debe ser evaluada en órbitas distintas. La intervención de la enfermera (v. fs. 56), no obedeció sino a la orden expresa dispuesta por la médica coaccionada en fs. 48 vta. de la Historia Clínica. Aún más, ese asiento de la hoja de enfermería refiere que la auxiliar "asiste a cirujana plástica la extracción de drenajes y realización de curación en herida quirúrgica" (v. fs. 56).

En conclusión, no se advierte involucrado el deber de seguridad que carga sobre el sanatorio, en el particular caso en examen.

Distinto es el temperamento respecto de OSDE, de quien sí existe el vínculo obligacional y la relación jurídica entre la dra. V. y la primera, por cuyo intermedio esa obra social cumple con el deber médico asistencial oportunamente suscripto con la actora (arg. Cód. Civil 504 y su doctrina).

En efecto, siguiendo la línea argumental aquí desarrollada, resulta indispensable la demostración de la culpa del facultativo o de sus auxiliares, desde que la responsabilidad de las entidades, clínicas y obras sociales —como la que aquí se debate— reposa en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia por personal adecuado. Es decir, la prueba de la culpa médica —cuya carga, en el caso—, está en cabeza de la actora, toda vez que el reproche que se efectúa consiste en las supuestas omisiones en que habría incurrido la facultativa, pondrá de manifiesto la transgresión de esa obligación. Aunque no exista una estricta dependencia del médico, en el sentido de subordinación, por cuanto la labor científica de que se trata la excluiría, establecida la culpabilidad de los profesionales médicos la responsabilidad debe hacerse extensiva a la clínica en cuyo plantel éstos se desempeñan. Lo mismo cabe decir de la obra social, ya que ésta debe también cargar con las consecuencias dañosas de la actividad imputable a los sujetos que afectan al fin asistencial perseguido, siendo fundamento de tal responsabilidad una obligación de garantía por la conducta de los ejecutores materiales del objeto de la prestación, o el deber de diligencia que las autoridades deben observar (CNCiv., Sala "F", Libre: 499.968; 15/09/2008).

Se ha señalado, en tal sentido, que el paciente está necesitado de probar la culpa del médico para demostrar la transgresión de la obligación de seguridad por parte del ente asistencial, en tanto que éste puede probar la ausencia de culpa del facultativo, cuando estén en juego obligaciones de medios, puesto que aunque ese factor de imputación (la culpa) no hubiere de proyectarse reflejamente sobre la entidad, su demostra-

Thomson Reuters

ción en sentido negativo impedirá el nacimiento de la obligación de seguridad por falta de una exigencia, la culpa del médico (cf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi,1992, 1. 1, p. 385/387). La responsabilidad de la institución aparece, entonces, subordinada al cumplimiento previo de la obligación asumida por el galeno frente al paciente (cf. Calvo Costa, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 59). Desde esta perspectiva, se ha postulado que la prueba de la culpa de los médicos es indispensable no porque su responsabilidad se refleje en la entidad de quien depende en una suerte de responsabilidad indirecta, sino porque la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad que, como obligación tácita, se halla comprendida en el contrato asistencial y cuya omisión genera la responsabilidad directa de la entidad contratante, además de la que concierne directa y personalmente al profesional. Y la falta de la culpa del médico puede ser, de esta manera, una defensa de la entidad asistencial para excluir su responsabilidad, incluso si se la considera como de índole objetiva (cf. CNCiv., esta Sala L. 258.117, del 25/02/1999; ídem sala D, "Frenquel, Adolfo c. Centro de Ortopedia y Traumatología", del 16/07/2001, en Jurisprudencia Argentina 2001-IV, 580; ídem, sala B, L. 372.853, del 05/02/2004; ídem, sala C, L.454.914, del 08/02/2007), por inexistencia de la relación causal entre el daño y el hecho del profesional integrante del cuerpo médico perteneciente a aquella (cf. Bustamante Alsina, Jorge, "Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", en LA LEY 1976-C, 63). (CNCiv., esta Sala "G", Libre: 497.350; 12/05/2008).

Acreditado el actuar negligente de la médica coaccionada en la especie, se colige que OSDE, en su carácter de estipulante, resulta responsable por la violación del mentado deber de seguridad que abastece la relación de prestación médico asistencial a los beneficiarios, con la intermediación de servicios profesionales como los de la dra. V. (arg. Cód. Civil 504).

Por último, antes de abordar los tópicos vinculados a la procedencia y quantum de la reparación establecida por el *a quo*, resta el tratamiento del agravio esgrimido por la codemandada V. en relación con la ausencia de condena respecto de Seguros Médicos SA de acuerdo a la extensión del seguro.

Es un elemento incontrovertido que en fs. 391 se tuvo por desistida la citación en garantía de Seguros Médicos SA.

La ulterior presentación y hasta su actividad en el marco del proceso, quizás apoyado en algún descuido procedimental que ni las partes ni Seguros Médicos SA pueden desconocer, posee la habilidad de torcer actos procesales precluidos y firmes.

En efecto, se encontró firme el temperamento adoptado acerca de la situación procesal respecto de Seguros Médicos SA como citada en garantía en estos actuados, en relación con la obligación convencional con la dra. V.

La aplicación elemental del principio constitucional y convencional de seguridad jurídica (del que se abastecen los principios procesales de bilateralidad, preclusión, cosa juzgada) impide alterar en el curso del proceso el elenco de sujetos procesales.

Esta situación anómala fue señalada por esta Sala en el resolutorio de fs. 808, en relación puntual con el recurso de apelación concedido a una persona jurídica que, en puridad, carecía de legitimación procesal para estar en juicio.

De tal modo, fue tan correcta la omisión respecto de Seguros Médicos SA en la sentencia, como incorrecta la concesión del recurso de apelación oportunamente —mal— concedido (arg. fs. 696 y 698).

Claro está que estas circunstancias procedimentales no obstan la vigencia del vínculo contractual entre asegurada y aseguradora, mas no aparecen aplicables en la especie los particulares efectos de la ley 17.418:118.

b. Los agravios vertidos respecto de la procedencia y cuantía de rubros indemnizatorios.

i. Daño psicofísico.

Las apelantes, han cuestionado por lo mucho o por lo poco de lo otorgado por el juez de grado para reparar los daños patrimoniales derivados de la mala práctica médica sub examen.

Es dable recordar que en función de la inspección médica personal realizada por el perito médico de oficio, así como las consecuencias y consideraciones técnicas arribadas, el galeno consideró que "el procedimiento quirúrgico realizado y el examen físico, surgen elementos de juicio suficientes como para establecer una relación causal directa entre el hecho y el estado actual de la actora con sus secuelas..." y agregó que "considero que existe un perjuicio estético, que en forma global genera una incapacidad parcial y permanente del 20 %" (fs. 560).

Ya he mencionado más arriba que el peritaje de marras ha recibido impugnaciones, cuyas manifestaciones y sus respuestas por parte del experto fueron señaladas supra, mas tales cuestionamientos no alcanzan a enervar las conclusiones técnicas vertidas

Thomson Reuters

por el perito en su dictamen, cuya sujeción al método científico permiten al juzgador considerarlo positivamente al momento de sentenciar.

Es dable destacar que la composición de una persona humana se encuentra conformada de manera inescindible por una faz física y otra psíquica, cuya separación puede ser académica o doctrinaria, mas su autonomía resarcitoria carece de sustento legal, lo cual se advierte claramente de la lectura del actual Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1738 en cuanto establece la reparación de la afección a la integridad psicofísica de la víctima, sin discriminar el daño físico por un lado con una consideración particular, y el psicológico por otro.

Esta actual disposición normativa no resulta antojadiza, sino que plasmó la mayoritaria posición doctrinaria y jurisprudencial acerca de la unicidad de la esfera psicofísica de la persona humana, debiendo ser abordado tanto el perjuicio que hubiere sufrido como su reparación, de manera integral y comprendido ambas facetas de su existencia.

Su consideración conjunta e integral resulta ajustada pues al estado actual de la doctrina y jurisprudencia (aún vigente antes de la operatividad del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación), y ello no puede generar agravio alguno en la medida que la indemnización así establecida contemple una reparación plena de la víctima respecto del perjuicio injustamente sufrido (arg. Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1740 y CN 17 y 19).

Así se ha sostenido que aunque el daño psíquico puede ser intrínsecamente diverso al físico, hasta el punto que no siempre una agresión somática desencadena una perturbación patológica en la personalidad, si ésta se configura no procede efectuar una dicotomía de rubros resarcitorios, sino apreciar unitariamente ambas afecciones —corporal y psicológica— en sus repercusiones negativas (Zavala de González, Tratado de Daños a las Personas, Disminuciones Psicofísicas, T. 1, p. 79 y sus citas jurisprudenciales).

Resulta relevante destacar que la perito psicóloga, cuyo dictamen luce en fs. 542/548, luego de efectuar una batería de test, adjuntados en autos (v. fs. 567/581), y entrevistar a la accionante, ha concluido que la sra. G. "(n)o presenta Daño Psíquico ya que no se vieron alteradas las distintas áreas de despliegue vital".

En relación con ello, la experta consideró que la actora logró reincorporarse y dar continuidad a su misma actividad laboral, desempeñándose con normalidad y con proyectos de futuro. Agregó que en el área social continuó relacionándose de manera regular con sus amistades, y en el aspecto familiar, expuso que presenta una buena relación con su pareja y grupo familiar. En relación con la esfera estrictamente personal, la Lic. G. C. expuso que la sra. G. proyecta tener hijos, armar una familia y también concluir su proyecto de construcción de una cabaña en el fondo de su casa para alquiler temporario con objeto de turismo, como fuente de ingresos.

De tal modo, creo que el análisis de la prueba rendida en autos a través del prisma de la sana crítica que establece el cpr 386, permite concluir la existencia de una incapacidad física que debe ser mensurada.

En virtud de tales consideraciones, teniendo en consideración la que la actora contaba con 38 años de edad al momento del evento, que laboraba en un emprendimiento familiar, y teniendo en cuenta el ámbito vital en que se desenvuelve y desarrolla, que puede colegirse de los elementos colectados tanto en este expediente como en el incidente de beneficio de litigar sin gastos, considero reducido el monto concedido por este aspecto, y propongo al acuerdo elevarlo en la suma de $280.000 (Pesos Doscientos ochenta mil) para enjugar los perjuicios físicos sufridos por la pretensora.

ii. La cuestión vinculada a la pérdida de chance.

En relación con la pérdida de chance, la actora ha cuestionado el rechazo decidido por el primer sentenciante.

En su escrito postulatorio de la pretensión, la actora adujo que en función del perjuicio incapacitante producido por la mala práctica médica imputable a los accionados, debía sortear mayores dificultades para obtener un empleo o progresar en el suyo propio. En definitiva, expuso que las afectaciones padecidas importarían la pérdida de oportunidades de alcanzar ese beneficio concreto en un futuro cercano.

Se ha sostenido en doctrina que pérdida de una "chance" (chance es una palabra francesa que equivale en español a ocasión, oportunidad) se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero (sea o no contratante con aquél), generando, de tal modo incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja. La viabilidad de la reparación de la "chance" no aparece cuestionable si se repara en que es la relación de probabilidad y no de certidumbre la que se obtiene en la mayoría de nuestras premisas y conclusiones; argumento este valedero en el ámbito del derecho, y

Thomson Reuters

que, por tanto, induce a considerar como razonable la reparación de probabilidades de ganancia o de evitar pérdidas (Mayo, La Pérdida de "chance" como daño resarcible, LA LEY 1989-B, p. 102 y ss.).

Se ha sostenido que la pérdida de chance constituye por sí un daño actual —y no hipotético—, configurado por el valor económico de la probabilidad. Se plantea en estos casos que un comportamiento antijurídico ha interferido en el curso normal de los acontecimientos de un modo que no puede saberse si el afectado hubiera luego obtenido o no el beneficio que ahora aparece como perdido, pero que al día de hoy constituye una oportunidad o chance o probabilidad que sí puede constituir presupuesto de reparación (CNCiv., sala M, 16/03/1994, Buhlman, Faustino F. c. Alvarez, Liliana, JA, 1995-III, Lexis 1/26972).

Resulta relevante considerar que el perjuicio contenido en el daño por pérdida de chance no se traduce en la ventaja frustrada por la omisión del planteamiento del recurso de apelación, cuya suerte no es posible conocer ya, sino la sustracción de la oportunidad o alternativa, de la cual la actora se vio privada como consecuencia del hecho de autos.

Considero que la pretensión realizada en la demanda así como el cuestionamiento vertido en la expresión de agravios en relación con este tópico, no abandonan un etéreo plano hipotético en cuanto a la configuración de este perjuicio.

Por el contrario, lo expuesto supra en relación con el peritaje psicológico, elemento probatorio que bien puede considerarse para el análisis de este punto, permite concluir que la actora ha logrado sobrellevar las consecuencias derivadas del actuar ilícito en examen, de tal manera que éste no afecte su proyecto de vida como un óbice a las oportunidades que su desarrollo como persona pudiere ofrecerle de acuerdo al mismo escenario que tenía antes de la defectuosa intervención quirúrgica aquí analizada.

Así, no sólo no ha sido probada una chance concreta que se hubiere visto frustrada o afectada como consecuencia del evento de autos, sino que de las constancias del proceso emergen elementos que enervan tal postulación.

Por tanto considero pertinente rechazar el cuestionamiento de la actora sobre el asunto.

iii. Daño extrapatrimonial o moral.

En relación con las sumas otorgadas por daño moral, también ambas partes han planteado sendos cuestionamientos.

El daño moral se ha definido certeramente como cualquier lesión en los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasionan perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de la vida del damnificado.

Su reparación está determinada por imperio del Cód. Civil 1078 y Cód. Civ. y Com. de la Nación 1737, 1738 y 1741.

Lo que define el daño moral —se señala en la doctrina— no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico (conf. Zannoni, Eduardo, El daño en la Responsabilidad Civil, p. 290).

Respecto de la prueba del daño moral, se ha señalado que: "cuando el daño moral es notorio no es necesaria su prueba y quien lo niegue tendrá sobre sí el *onus probandi*. Fuera de esta situación, esta clase de daño, como cualquier otra, debe ser objeto de prueba por parte de quien lo invoca (Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", tomo 1, ps. 387/88).

En cuanto a las pautas para la valoración del perjuicio, se ha sostenido que: "En cuanto a la naturaleza espiritual y personal de los bienes afectados por el daño moral implica que su traducción económica deviene sumamente dificultosa, no resultando pauta ajena al mismo la gravedad objetiva del daño y la recepción subjetiva de éste (id., "Abraham, Sergio c. D'Almeira, Juan s/ daños y perjuicios" del 30/10/1987). En este mismo orden de ideas, se ha señalado en la doctrina que: "El principio de individualización del daño requiere que la valoración del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva (la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones), como las personales o subjetivas de la propia víctima (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", 2 a —Daños a las personas"—, Ed. Hammurabi, p. 548, pár. 145).

Conviene recordar la reflexión de Alfredo Orgaz: "No se trata, en efecto, de poner "precio" al dolor o a los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido herido en sus afecciones" ("El daño resarcible", Bs. As., 1952, p. 226). El dinero no sustituye al dolor pero es el medio que tiene el derecho para dar respuesta a una circunstancia antijurídica ya acontecida. La traslación a la esfera económica del efecto del daño moral, significa una operación muy dificultosa, sea cual fuere la naturaleza (sanción

Thomson Reuters

ejemplar, indemnizatoria o ambas a la vez) que se atribuya a la respuesta que da el derecho ante el daño moral.

El juez de grado otorgó a la actora la suma de $300.000; estimo que tales sumas resultan excesivas en relación con el monto de la pretensión ($80.000; v. fs. 202 y vta.).

La sujeción al principio de congruencia impone tal temperamento.

Ha sostenido esta Sala, siguiendo una línea jurisprudencial inalterada desde antaño por este Tribunal, que "el principio de congruencia se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 311:2019; 317:1333; 327:3560; 328:327). Como expresión del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso esté orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos; de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales —sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias (Fallos: 329:5903)—. El pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es, como regla, incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (Fallos: 327:1607).

"El Código Procesal consagra la directiva mencionada en el art. 34, inc. 4°, que impone a los jueces el deber de respetar, en el pronunciamiento de las sentencias definitivas o interlocutorias, "el principio de congruencia", y en el art. 163, inc. 6°, según el cual la sentencia definitiva debe contener "la decisión expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte".

Este límite de la pretensión ha sido libremente expresado por la demandante y nadie mejor que ella debería poder reconocer la entidad del daño moral invocado que se le podría haber causado. Adviértase que las citadas normas procesales prohíben a los jueces otorgar algo más de lo pedido (ultra petita), puesto que la limitación, como se ha visto, reviste en nuestro ordenamiento jurídico jerarquía constitucional (cf. Palacio, Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 259 y su cita; CNCiv., esta Sala, L. 411.330, del 04/05/2005, entre muchos otros)" (*in re* B., B. G. c. America T. V. SA y otro s/ daños y perjuicios, del 27/11/2014, del voto de mi distinguido colega dr. Carranza Casares, cita Online: AR/JUR/73775/2014).

La primera percepción de la reducción nominal del capital debe ser justipreciada, para su apreciación integral, teniendo en consideración que se trata de un capital histórico que debe ser actualizado mediante una tasa de interés que consulte el valor presente de la reparación desde el hecho dañoso hasta su satisfacción efectiva.

Sobre este aspecto crematístico puntual se avanzará luego.

En virtud de tales consideraciones, corresponde admitir los agravios vertidos por las codemandadas en relación con la cuantía del resarcimiento, y reducir el monto para la reparación del daño extrapatrimonial en la suma de $80.000 (Pesos Ochenta mil).

iv. Los gastos y terapias médicas.

Se englobará acá el tratamiento a las críticas de dos conceptos que aparecen abordados por separado.

Por un lado el magistrado preinterviniente decidió sobre los gastos y terapias médicas, y por otro se expidió favorablemente sobre gastos que identificó como documentados.

Se ha sostenido que en cuanto a los gastos médicos y de farmacia no requieren prueba documental, debiendo ser admitidos siempre que resulten verosímiles en relación con las lesiones provocadas por el evento dañoso (CNCiv, sala E, c.157.723 del 01/03/1996, 204.192 del 23/12/1996 y c. 56.679 del 24/10/2017, entre muchas otras; íd. Sala L c. 102.565 del 15/05/2017; íd. Sala "M" c. 3812 del 24/04/2017 y c. 69.907 del 18/10/2017).

No obsta a la admisión de la partida la pertenencia de la víctima a una obra social, adhesión a un sistema de salud pre-pago o su atención en hospital público, pues existe siempre una serie de gastos que se encuentra a cargo de los afiliados o parientes y que aquellos no cubren, sin perjuicio de que, cuando existe total o parcial orfandad de prueba documental, en el monto a fijarse deben ser consideradas tales circunstancias (íd. Sala E, causas 107.157 del 30/04/1992, 113.652 del 24/08/1992, 127.547 del 19/04/1993, 119.174 del 15/12/1992, 146.808 del 18/05/1994, 154.150 del 06/10/1994 y 164.495 del 23/03/1995; íd. Sala "M", causa 61.766 del 27/03/1991; Sala "C", causa 129.891 del 02/11/1993).

Por tales conceptos, el *a quo* concedió la suma de $3.520.

Thomson Reuters

A la luz de lo dispuesto por el cpr 165, y de acuerdo a la entidad de los eventos y consecuencias evaluados en autos, resulta adecuado el monto otorgado para sufragar tales conceptos, por tanto postulo su confirmación.

v. La tasa de interés aplicable.

Surge de la sentencia de grado que los montos resarcitorios allí establecidos lo han sido a valores históricos.

Así, resulta pertinente que en el caso al capital de condena se le han de añadir intereses desde la fecha de la intervención quirúrgica, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a treinta días del Banco Nación de la República Argentina prevista en el fallo plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios".

IV. Las costas.

La actora cuestionó la imposición de costas en relación con la desestimación de la acción decidida respecto de Sanatorio Las Lomas SA.

El temperamento adoptado por el *a quo* consultó de manera lineal el principio objetivo de derrota previsto por el ordenamiento de rito, en su primer párrafo (arg. cpr 68).

Sin embargo, adelanto, encuentro elementos de consideración que permiten la eximición prevista en el segundo párrafo del mentado cpr 68, más allá de destacar el error conceptual de considerar las costas como un "castigo".

En efecto, la compleja relación jurídica que conecta los vínculos entre derechos y obligaciones en la figura de las prestaciones en favor de terceros prevista por el Cód. Civil 504, torna muchas veces difusa la posición asumida por el estipulante y el promitente en relación con la satisfacción de las prestaciones comprometidas en favor del tercero beneficiario.

En la especie, a pesar de la documentación que emerge de la Historia Clínica, el alcance de las vinculaciones existentes entre los sujetos procesales aquí demandados no ha quedado esclarecida sino hasta el momento en que fue practicada en autos la prueba pericial contable de fs. 493/494.

Considero que al momento de la demanda, existieron elementos fundados para promover la acción contra Sanatorio Las Lomas SA, dado que fue en la sede nosocomial explotada por esa firma donde se realizó la operación, circunstancia desde la cual la actora bien pudo desconocer las particulares vinculaciones jurídicas existentes entre los codemandados sino hasta la producción de la prueba señalada, inducida por el mismo ámbito nosocomial donde se desarrollaron los acontecimientos.

Máxime si se advierte que el pronunciamiento de grado sólo se expide en este sentido en la parte resolutiva, sin efectuar consideración alguna al respecto entre los considerandos, donde sólo se imponen las costas del proceso a las demandadas vencidas (v. ap. IX, fs. 685 vta.).

Estas reflexiones me persuaden que debe modificarse la decisión en examen y distribuir las costas de tal cuestión incidental por su orden.

Sin embargo, ese temperamento no puede sostenerse respecto de las costas de segunda instancia.

Es que la actora, aun ante esa evidencia surgida mediante la actividad probatoria vertida en autos y la insistencia en cuanto a la responsabilidad de Sanatorio Las Lomas SA ante esta Alzada, imponen un temperamento distinto y ajustado al principio general del cpr 68, donde la actora vencida en esta lid recursiva debe soportar las costas de segunda instancia devengadas de tal posición asumida, y que derivaron en la actividad desplegada acá tanto por esa firma como por su aseguradora.

En cuanto al resto, no dudo que deben confirmarse las costas del modo en que han sido impuestas a cargo de los demandados acá, e imponerse en lo demás a cargo de los accionados, sustancialmente vencidos (arg. cpr 68 primer párrafo y su doctrina).

V. En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, propongo al acuerdo: a) confirmar el rechazo de la acción contra Sanatorio Las Lomas SA, mas imponer las costas de primera instancia por su orden, y las de Alzada a cargo de la accionante vencida; b) modificar el fallo de grado, en el sentido de elevar el monto otorgado como resarcimiento al daño patrimonial en la suma de $280.000, y reducir la suma otorgada como reparación del perjuicio extrapatrimonial en $80.000; c) confirmar el resto de la sentencia sub examen en cuanto ella decide, imponiendo las costas de Alzada —sin perjuicio de lo postulado en sub a)— a cargo de los accionados sustancialmente vencidos en el pleito (arg. cpr 68).

Tal mi voto.

Los doctores *Carranza Casares* y *Bellucci* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Polo Olivera*.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: I. Estimar parcial-

Thomson Reuters

mente los recursos de apelación interpuestos y, en consecuencia, modificar la sentencia con el siguiente alcance: a) confirmar el rechazo de la acción contra Sanatorio Las Lomas SA, mas imponer las costas de primera instancia por su orden, y las de Alzada a cargo de la accionante vencida; b) modificar el fallo de grado, en el sentido de elevar el monto otorgado como resarcimiento al daño patrimonial en la suma de $280.000, y reducir la suma otorgada como reparación del perjuicio extrapatrimonial en $80.000; c) confirmar el resto de la sentencia sub examen en cuanto ella decide, imponiendo las costas de Alzada —sin perjuicio de lo postulado en sub a)— a cargo de los accionados sustancialmente vencidos en el pleito (arg. cpr 68). II. Al referirse a los trabajos profesionales el supremo tribunal federal ha decidido con fundamento constitucional, que el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza más allá de la época en que se practique la regulación (criterio mantenido en los autos "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Pcia. de s/ acción declarativa", del 04/09/2018). En atención a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada y conforme lo establece el cpr:279, corresponde adecuar los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia al nuevo monto del proceso y a lo establecido por los arts. 6, 7, 9, 10, 11, 19, 37, 38 y conc. de la ley 21.839 y la ley 24.432 y arts. 15, 16, 19, 20, 21, 22, 29, 51, 52, 54 y conc. ley 27.423, de acuerdo a la fecha en que se realizaron las labores. En consecuencia, se regulan los honorarios del letrado y apoderado de la parte actora Dr. P. E. T. en pesos ($...) y en pesos ... ($...) equivalentes a ... uma por las labores efectuadas durante la vigencia de la ley 27.423; los de las letradas y apoderadas de SMG Seguros Dras. G. E. F. y A. C. I. en conjunto en la suma de pesos ... ($...) y en pesos ... ($...) que equivalen a ... uma para cada uno de los Dres. F., I. y F. E. C. por las labores efectuadas durante la vigencia de la ley 27.423; los de los letrados y apoderados del Sanatorio Las Lomas Dr. P. d. N. en pesos ... ($...) y Dres. E. G. D. P. y F. E. C. en conjunto en pesos ... ($...); los de los letrados y apoderados de OSDE Dr. E. V. en pesos ... ($...); del Dr. A. M. en pesos ... ($...); y los de los letrados y apoderados de V. Dres. M. A. R. y H. P. M. en conjunto en pesos ... ($...); y Dra. G. A. P. L. en pesos ... ($...). Por las labores de Alzada se fijan los honorarios de los Dres. T. en pesos ... ($...) equivalentes a ... uma; F. e I. en pesos ... ($...) que equivalen a ... uma para cada una; los de la Dra. M. R. (letrada y apoderada de Sanatorio Las Lomas) en pesos ... ($...) equivalentes a ... uma; del Dr. V. en pesos ... ($...) que equivalen a ... uma; y del letrado de V. Dr. S. C. en pesos ... ($...) equivalentes a ... uma, conforme arts. 30, 51 y ctes. de la ley 27.423 en virtud de la fecha en que se realizaron las labores. En atención a la calidad, mérito y eficacia de la labor pericial desarrollada en autos, a lo normado por los arts. 10, 13 y conc. de la ley 24.432 y a la adecuada proporción que deben guardar los honorarios de los expertos con los de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros), se establecen los honorarios de los peritos contador J. L. T., médico G. S. M. L. y psicóloga N. B. G. C. en pesos ... ($...) para cada uno de ellos. III. Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el cpr 164-2. Regístrese, notifíquese a las partes al domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la CSJN; luego, devuélvanse. — *Gastón M. Polo Olivera. — Carlos A. Carranza Casares. — Carlos Alfredo Bellucci.*

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Colisión entre auto y moto. Prioridad de paso. Vehículo embistente. Falta de carnet de conducir.

1. — Del análisis de las circunstancias que rodean el hecho dañoso, debe considerarse que en el caso se desconoce la velocidad a la cual se desplazaban los vehículos, sin embargo comprobado que la moto resultó embestida en su lateral izquierdo sector medio, por el automóvil del demandado, se puede deducir lógicamente que el vehículo de la parte actora había arribado en primer término a la encrucijada, por lo que, valorando tales circunstancias, teniendo en cuenta las presunciones que se establecen a partir del carácter de embestidor del demandado, se puede concluir que no tenía el pleno dominio de su automóvil con aptitud para afrontar cualquier contingencia previsible del tránsito, toda vez que de haber disminuido la velocidad al llegar a la intersección podría haberse evitado el siniestro, o bien, el impacto hubiera sido diferente, si extremaba las medidas para evitar la colisión de quien apareciera por su derecha.

2. — Aun cuando la falta de carnet habilitante pudiera ser considerada como una presunción de inidoneidad del conductor para comandar la motocicleta, dicha presunción para hacerse operativa necesitaría además de la acreditación de alguna conducta —negligente o imprudente— del conductor aludido, realizada en los premomentos del accidente, a fin de concretar efectivamente la cadena causal adecuada hacia la producción del resultado nocivo, no habiendo por tanto el demandado probado alguna conducta negligente o imprudente por parte de la accionante, es evidente que la sola transgresión administrativa resulta insuficiente para generar por sí sola responsa-

Thomson Reuters

bilidad en el siniestro, conforme la tesis de la causalidad adecuada a la que adhiere nuestro Código Civil.

CCiv. y Com., Resistencia, sala III, 12/05/2020. - Fernández, Florencia y Fernández, Elizabeth Daiana c. Codutti, Leandro Javier y/o Escudo Seguros SA y/o quien resulte propietario, usuario o usufructuario responsable del vehículo dominio... s/ daños y perjuicios y daño moral por accidente de tránsito.

[Cita on line: AR/JUR/17617/2020]

COSTAS

Se imponen a la demandada y tercera citada en garantía vencidas.

2ª Instancia.- Resistencia, mayo 12 de 2020.

Relación de la causa:

La doctora *Bardiani* dijo:

Que la efectuada por la Sra. Juez *a quo*, en la sentencia recurrida (fs. 240/252 vta.), se ajusta a las constancias de autos por lo que, a fin de evitar innecesarias repeticiones, a ella me remito.

Por lo demás, en el mentado decisorio se desestima la demanda de Daños y Perjuicios promovida por las Srtas. Florencia Fernández y Elizabeth Daiana Fernández contra el Sr. Leandro Javier Codutti. Se imponen las costas a la parte actora vencida y se regulan los honorarios a los profesionales intervinientes.

Contra dicho pronunciamiento la accionante deduce recurso de apelación y conjunta nulidad incoado a fs. 260/262, remedio que fue concedido a fs. 263 libremente y con efecto suspensivo y, corrido el traslado de rigor la contraria lo contesta a fs. 264/265 vta. A fs. 267, habiendo cumplido la mayoría de edad, se dispone citar a Elizabeth Daiana Fernández, cesando la intervención del Ministerio Pupilar, y a 272 se presentan las actoras con patrocinio letrado del Dr. Angel Gustavo Ferreyra, y ratifican lo actuado en las presentes, consecuentemente a fs. 273 se procede a recaratular la causa.

Dispuesta la elevación de las actuaciones al Tribunal de Alzada (fs. 277), la misma es recibida a fs. 280 y radicada a fs. 281 en esta Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, notificándose las partes sin haber merecido objeciones. A fs. 282 se llama Autos y a fs. 283 se practica el sorteo que determina el orden de votación de las Sras. Jueces, lo que deja la presente en condiciones de dictar sentencia.

La doctora *Varela* dijo:

Que prestaba conformidad a la relación de la causa efectuada precedentemente.

Acto seguido, en la opinión coincidente de ambas magistradas, la Sala plantea como cuestiones a resolver:

1ª ¿La sentencia en recurso es nula? 2ª En su defecto ¿Debe ser confirmada, modificada o revocada?

1ª cuestión. — La doctora *Bardiani* dijo:

Si bien surge de la lectura del escrito recursivo que el impugnante interpone recurso de nulidad conjuntamente con el de apelación, sucede sin embargo que examinado el decisorio impugnado encontramos que los supuestos vicios apuntados por el quejoso pueden ser subsanados en el marco del recurso de apelación también deducido, razón por la cual corresponde desestimarlo e ingresar sin más al análisis de este último remedio procesal.

2ª cuestión. — La doctora *Bardiani* dijo:

I. Se alza la recurrente contra la sentencia de Primera Instancia que desestima la demanda de Daños y Perjuicios promovida por su parte contra el Sr. Leandro Javier Codutti y la tercera citada en garantía Escudo Seguros SA, alegando irregularidades que a su entender la convierten en nula y revocable.

Argumenta que la sentenciante luego de hacer un correcto análisis jurídico del derecho aplicable (art. 1113 del Cód. Civil Vélez) sobre qué deben probar accionante y accionado, y luego de analizar el acta de criminalística y el expediente penal(única prueba del proceso) y si bien llega a la certeza de que fue el frente del auto que impacta en el lateral izquierdo de la moto, termina sin embargo, rechazando la demanda con fundamento en la falta de prueba de la parte actora para demostrar cómo ocurrieron los hechos.

Se queja que la Juez interprete no probado el hecho, cuando el hecho es ni más ni menos la colisión del auto con la moto. Destaca que la *a quo* no dice que el demandado probó la culpa de la víctima, sólo arguye que la víctima no probó el hecho.

Entiende que el sentenciante ha puesto en cabeza de la actora la carga de probar que no fue culpable del hecho o que debía demostrar la culpa del demandado, lo que a su entender es una incorrecta aplicación del derecho vigente, ya que en el caso tal situación surge clara y palmaria.

Se agravia de lo decidido por la Juez en tanto reconoce que existe una presunción legal que el deman-

Thomson Reuters

dado debe desvirtuar probando la culpa de la víctima o de un tercero, y sin embargo no surge de las pruebas producidas por la demandada (no ofreció ninguna) elementos suficientes que permitan rebatir esa presunción. Transcribe doctrina y jurisprudencia.

Concluye que probado el hecho (colisión del auto con moto en la intersección de Gardel y Fray Capelli calle 6); que el frente del auto colisiona con el lateral izquierdo de la moto; que la moto circulaba por derecha y tenía prioridad de paso, no habiendo la demandada ofrecido prueba para demostrar la culpa de la víctima, resulta correcto condenar al demandado, razón por la que solicita se revoque la sentencia.

II. Dada la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, resulta imperioso prever la forma en que se va aplicar esta nueva Ley en las causas que lleguen a esta Alzada en grado de apelación y que tramitaron bajo las normas de los anteriores Códigos Civil y de Comercio, dictándose incluso la sentencia que ahora estamos analizando, debiendo tenerse en cuenta a tal fin, lo dispuesto en el art. 7° del nuevo Cód. Civ. y Comercial.

Siendo que dicha norma no consagra la aplicación retroactiva de la nueva ley sino su aplicación inmediata, o sea, que la misma rige para los hechos que están "in fieri" o en su curso de desarrollo al tiempo de su sanción y no para las consecuencias de los hechos pasados, que quedaron sujetos a la ley anterior, las sentencias de grado habrán de revisarse a la luz del mismo ordenamiento bajo cuyo amparo se dictaron.

Ello así con excepción —como se dijo— de aquellos supuestos que se pudieran presentar como hechos en curso de ejecución, esto es, que no se agotaron con el dictado de la sentencia sino que comenzaron a existir a partir de ella.

III. Formulada tal aclaración e ingresando en el análisis sustancial de los temas traídos a revisión de este tribunal, cabe recordar que, en reiterados pronunciamientos de ésta Sala Tercera que integro, se ha dejado en claro que conforme a la disposición de fondo aplicable (art. 1113 Cód. Civil), el actor no reconvenido —como es el caso de autos— protagonista de un accidente en el que han participado dos o más vehículos, sólo debe acreditar "la existencia del daño, la conexión del mismo con la cosa y la calidad de dueño o guardián de dicha cosa por el demandado, incumbiéndole a éste demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder" (Sent. N° 47 del 29/05/2002, Expte. N° 8234/01, entre otras de esta Sala). Criterio que por otra parte fue sustentado por el Tribunal cimero al resolver un recurso de inaplicabilidad de ley, y que de conformidad al art. 22 LOT resulta de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores (Sent. N° 135/95 de la Sala I del STJ).

De conformidad a la presunción contenida en la normativa legal, el presunto agente puede eximirse de responsabilidad aportando la prueba acerca del origen verdadero del perjuicio. Es decir, que si el autor presunto demuestra que su obrar no es la causa del daño, porque esa causa se encuentra en la conducta del propio perjudicado, se libera de indemnizar. Esto es así, puesto que la responsabilidad objetiva por daños derivados del riesgo o vicio de la cosa (art. 1113 2° párrafo, 2° supuesto del Cód. Civil) requiere, por un lado la intervención activa de una cosa que represente un peligro o que contenga algún defecto, y por el otro la existencia de una causalidad adecuada entre el hecho fuente y los daños resultantes, incorporada como criterio legislativo al Cód. Civil en el art. 906 y que no es otra cosa que la condición que, además de necesaria, tenga aptitud o idoneidad para generar el resultado, según las reglas normales de la experiencia, es decir: el "curso natural y ordinario de las cosas" al que alude el art. 901 Cód. Civil.

Ello implica, que aún frente al supuesto de responsabilidad objetiva, en todos los casos de daños causados por el riesgo de la cosa - como el analizado en el *sub lite*— se torna necesario entrar a investigar antes que nada si existió culpa en la conducta de los protagonistas del accidente, pues según lo antes dicho, el art. 1113, 2° párrafo, 2° supuesto del Cód. Civil obliga a tener en cuenta la eventual culpa de la víctima o de un tercero, como posible causa eximente de responsabilidad total o parcial de los sujetos a quienes se imputan las consecuencias del siniestro. Y en éste derrotero no es posible sopesar la conducta de uno de los co-autores materiales, sin analizar la de los otros.

Bajo la luz de estas premisas, atendiendo al tenor de los agravios, se impone verificar si el accionante ha acreditado el cumplimiento de los requisitos que generan la presunción de responsabilidad objetiva de la parte demandada.

En la tarea antes aludida se debe destacar, que ha llegado incontrovertido a esta Alzada las personas, el lugar y la hora aproximada de producción del siniestro vial, como así también los vehículos involucrados y los propietarios de los mismos.

Dichas circunstancias no fueron impugnadas lo que las coloca fuera de la competencia decisoria de este Tribunal. Es que partiendo del principio sentado por el art. 296 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, el Tribunal de Alzada halla sus límites de revisión en lo que constituye materia de decisión del Juzgador, como así aquello que ha sido expresamente motivo de fundamento del recurso, siendo éstos los vallados

Thomson Reuters

que circunscriben el campo de atención del ad quem (conf. Sent. N° 149/2018, entre otras, de la Sala IV de la CACC).

Señalado ello, se debe remarcar que de los términos de los agravios no surge cuestionamiento alguno de la aplicación de la norma en estudio (art. 1113 del Cód. Civil), sino que la queja radica en torno a la comprobación de los presupuestos enunciados en la misma, que a su entender debieron ser constatados por el magistrado de Primera Instancia.

Efectuado el análisis de las actuaciones, especialmente del escrito de demanda y contestación, se advierte que las partes son contestes en que el accidente —conforme se dijera en los párrafos que anteceden—, ocurrió en fecha 15/10/2013 a las 13.50 hs. aproximadamente en la intersección de las calles Carlos Gardel y Fray Capelli de esta ciudad, se produjo el accidente del cual son protagonistas una motocicleta Marca Guerrero modelo GT 110 cc., dominio colocado ..., propiedad de la Sra. Esther Aquino, guiada por Florencia Fernández, quien llevaba como acompañante a su hermana Elizabeth Daiana Fernández, y un automotor marca Ford modelo Fiesta, dominio ..., conducido por el Sr. Leandro Codutti al momento del evento, y que con motivo del mismo, ambas accionantes resultaron lesionadas, siendo trasladadas por ambulancia al hospital, constatándose además daños en los vehículos, descripción que coincide con la efectuada por el acta de Instrucción Policial de fecha 05/10/2013 —fs. 184—. Discrepan en cambio respecto del motivo o causa del impacto, atribuyéndose recíprocamente la responsabilidad en su producción.

En consecuencia, atento al modo en que fuera trabada la litis, cabe acudir a las constancias de autos a fin de poder verificar la manera en que han acontecido los hechos y si —en su caso— el demandado ha logrado acreditar la causal eximente invocada por su parte, con fundamento en el citado art. 1113 del Cód. Civil.

En ese cometido de acuerdo al informe técnico obrante a fs. 210 elaborado fecha 05/10/2013 a las 13:50 hs. aproximadamente resulta que: 1.- el hecho ocurrió en la intersección de calles Carlos Gardel y Fray Capelli —ciudad—, 2.- las arterias se hallan compuestas de tierra compactada de ripio encontrándose secas, favoreciendo la adherencia de los neumáticos a la misma, en maniobras de frenado o derrape, sin obstáculos naturales o artificiales que dificulten la visibilidad, contando con luz artificial, siendo la misma buena, 3.- no posee señalización, 4.- examen de zona de impacto: la motocicleta presenta zona de impacto en su lateral izquierdo sector medio y que el automotor presenta el impacto en su frente sector medio izquierdo. 5.- los daños existentes en los rodados: en la moto: efracción y fricción con adherencia de símil pintura color roja en el lateral izquierdo de motor; efracción, fricción con adherencia de símil pintura color roja y rotura del sector medio del lateral izquierdo de la estructura del motovehículo. Daños por Caída: Efracciones en elementos sobresalientes del lateral derecho; el automóvil: Efracción, fricción y torsión de chapa patente delantera, hundimiento, rotura y desprendimiento parcial de parrilla frontal, fricción a modo de limpieza, hundimiento y adherencia de símil pintura color azul, rotura y desprendimiento parcial de sector izquierdo de paragolpe delantero; desprendimiento de logotipo de marca del vehículo ubicado en el sector medio de la zona frontal del mismo.

Tengo en cuenta además, el croquis ilustrativo elaborado por la División de Criminalística en el lugar en que se produjo el accidente —a fs. 211— y del cual se extrae: 1. huella a modo de brochazo —lugar y momento del impacto—; 2. Motocicleta Guerrero apoyada sobre su lateral derecho; 3. Automóvil, marca Ford Fiesta.

Examinado el material probatorio desde el punto de vista jurídico que corresponde, aún cuando el actor y el demandado no hayan ofrecido prueba pericial accidentológica —medio probatorio por excelencia en accidentes de tránsito cuando se trata de dilucidar su etiología—, considero que en el caso la conducta desarrollada por los partícipes en los pre momentos del impacto puede inferirse de la localización de los daños en ambos rodados.

Todo indica que el impacto se produce entre la parte frontal del vehículo Fiesta y el lateral izquierdo sector medio de la motocicleta, de lo que se colige que efectivamente el vehículo Fiesta fue el embistente, ya que resulta imposible que la motocicleta haya podido impactar el frente del automóvil con su lateral izquierdo sector medio posterior.

Asimismo teniendo en cuenta la zona de impacto y el sentido de circulación de las arterias, se infiere que en los premomentos de la colisión la actora circulaba por la derecha.

Lo expuesto crea en contra del conductor del automóvil la calidad de agente activo de la colisión, presunción de responsabilidad *"iuris tantum"* que debe ser desvirtuada por prueba en contrario.

En este sentido la jurisprudencia se ha expedido al decir que: "Se presume la culpa del vehículo que con su parte delantera embiste la parte lateral del otro rodado". (CNEsp. Civ. y Com., Sala I, 20/02/1981. Conf. Daray, Hernán. Accidente de Tránsito, T. I, p. 218); y que:" El hecho de embestir con la parte delantera de un vehículo a otro constituye una presunción *iuris*

Thomson Reuters

tantum. Pero adquiere su relevancia probatoria cuando coordina con otros elementos y no existe prueba en contrario (CNEsp. Civ. y com., Sala I, 05/08/1986. Daray, ob. cit. p. 218).

Tal presunción de culpa, de creación jurisprudencial, es relativa y debe manejarse con prudencia, atendiendo a las circunstancias del caso, por cuanto en ocasiones los roles de embestidor y embestido pueden invertirse mediante maniobras de último momento. En la especie se ve corroborada por la circunstancia de que, teniendo en cuenta el sentido de circulación de las calles por las cuales se desplazaban los vehículos, la accionante gozaba de prioridad en el paso, ello conforme lo establecido por el art. 41 de la Ley de Tránsito N° 24.449, el cual reza que: "Prioridades: todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza por su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde..."; prioridad que incumbía al accionado demostrar que se había perdido si así fuera el caso.

En este sentido se ha expedido la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci al decir que: "...quien aparece por la derecha tiene prioridad de paso, por lo cual la pérdida de esa prioridad debe acreditarla quien aparece por la izquierda; si la pérdida deriva del lugar donde el impacto se produce, el automotor que no tenía la prioridad legal tiene que estar notoria e indudablemente mucho más adelantado en el cruce, si se ha perdido por embestir, se advierte sobre la relatividad de la presunción, pues tratándose de vehículos en movimiento, sería fácil invertir el papel de embistente por el de embestido mediante el simple recurso de hacer un viraje por delante de quien tenía primacía en el cruce de la bocacalle" (Conf. Código Civil Comentado - Belluscio - Zannoni, T. 5, ps. 505/506).

Las probanzas de la causa y las consideraciones efectuadas al respecto, me convencen de que en autos se ha logrado acreditar la existencia del hecho, la intervención en el mismo del vehículo conducido por demandado y su conexión con los daños.

Por lo cual, de conformidad a la presunción contenida en la normativa legal en trato, corresponde analizar el mérito de la prueba producida tendiente a determinar si el demandado pudo fracturar el nexo causal que pesa en su contra a fin de excusarse de responsabilidad.

Al respecto rememoro que el Sr. Codutti y la citada en garantía al contestar la demanda —ver fs. 25/34 y vta., expresa —como verdad de los hechos— que "el accidente ocurrió... de una manera muy distinta a la narrada por el actor...", agregando que el auto disminuyó la velocidad y un camión que circulaba por la segunda arteria le cede el paso atento que circulaba por una arteria de doble mano y respetando su prioridad, y que cuando estaba traspasando la misma, en forma repentina y sin disminución de velocidad alguna pasando por la derecha del camión que le cedió el paso, aparece el motovehículo de la actora por el cual no pudo hacer maniobra de frenado o esquive.

Sin embargo, los accionados únicamente ofrecieron como prueba la confesional —desistida en audiencia preliminar— y la causa penal, con lo cual sus alegaciones en torno a la maniobra que atribuye a la actora en los momentos previos al accidente —aparecer en forma repentina y sin disminuir la velocidad pasando por derecha de un camión que le cedió el paso— han quedado huérfanas de demostración.

No existen además indicios de que la motocicleta haya circulado a exceso de velocidad en los premomentos del hecho ni que haya aparecido en forma imprevista —por la derecha de algún camión—. No hay probanza alguna en la causa que demuestre dichas circunstancias, cuando su carácter de embistente le imponía demostrar tal circunstancia, atento el principio sustentado por el art. 1113 del Cód. Civil Velezano.

Siendo así, tengo para mi que el demandado no ha demostrado la velocidad y la maniobra de adelantamiento por derecha de un camión alegada en su responde de la que pueda inferirse la pérdida de la prioridad de paso que gozaba la actora.

Es que del análisis de las circunstancias que rodean el hecho dañoso, debe considerarse que en el caso se desconoce la velocidad a la cual se desplazaban los vehículos, sin embargo comprobado que la moto resultó embestida en su lateral izquierdo sector medio, por el automóvil del demandado, se puede deducir lógicamente que el vehículo de la parte actora había arribado en primer término a la encrucijada.

Por lo que, valorando tales circunstancias, teniendo en cuenta las presunciones que se establecen a partir del carácter de embestidor del demandado, concluyo que en la emergencia el Sr. Codutti no tenía el pleno dominio de su automóvil con aptitud para afrontar cualquier contingencia previsible del tránsito, toda vez que de haber disminuido la velocidad al llegar a la intersección podría haberse evitado el siniestro, o bien, el impacto hubiera sido diferente, si extremaba las medidas para evitar la colisión de quien apareciera por su derecha.

Tampoco podría servir de fundamento para eximirse de responsabilidad lo alegado por el demandado en torno a la falta carnet habilitante y de casco por cuanto tales afirmaciones carecen de sustento en las constancias de la causa pues no existe elemento probatorio alguno que lo acredite.

Thomson Reuters

En efecto, aún cuando la falta de carnet habilitante pudiera ser considerada como una presunción de inidoneidad del conductor para comandar la motocicleta, dicha presunción para hacerse operativa necesitaría además de la acreditación de alguna conducta —negligente o imprudente— del conductor aludido, realizada en los premomentos del accidente, a fin de concretar efectivamente la cadena causal adecuada hacia la producción del resultado nocivo.

No habiendo por tanto el demandado probado alguna conducta negligente o imprudente por parte de la accionante, es evidente que la sola transgresión administrativa resulta insuficiente para generar por sí sola responsabilidad en el siniestro, conforme la tesis de la causalidad adecuada a la que adhiere nuestro Cód. Civil.

Al respecto, se ha dicho que: "La falta de registro o carnet de conductor constituye una transgresión administrativa, pero para que la misma tenga operatividad en relación a la imprudencia presunta, es necesario que exista un vínculo adecuado de causalidad, entre la infracción y el daño, pues la infracción en sí misma resulta inocua para determinar la responsabilidad del infractor". (Autos: Azzolina, Antonio c. Cayetano A. Azulino y otros s/ daños y perjuicios —N° Fallo: 97190273 - Ubicación: S141-131 - N° Expediente: 22.719, Mag.: Bernal - González, Sarmiento García, Cuarta Cámara Civil, Circ.: 1 - Fecha: 13/03/1997, jurisprudencia extraída del programa LD-Textos, versión 8.0.).

Por otra parte, también corresponde señalar que para exonerarse de la responsabilidad objetiva que le cabe en el hecho, al demandado no reconviniente no le alcanzaba con manifestar sencillamente que el conductor de la motocicleta no contaba con licencia de conducir, sino que debió demostrar concretamente la impericia o el desconocimiento total del conductor en el manejo de dicho vehículo (culpa de la víctima), dado que esa es la exigencia probatoria que impone el art. 1113, segunda parte, segundo párrafo, del Cód. Civil.

El juez logra su convicción en uno u otro sentido, conforme la valoración de la actividad probatoria que desarrollan las partes. Si en el caso concreto, el demandado (que era a quien incumbía la carga de la prueba) no acreditó que la conductora de la motocicleta haya realizado alguna maniobra con entidad causal para provocar el evento (culpa de la víctima), es evidente que haciendo aplicación de las reglas del *onus probandi* no se puede tener por configurada dicha eximente, y en consecuencia, corresponde hacer lugar a la acción de daños y perjuicios en orden a la responsabilidad objetiva que deriva de la norma legal de fondo (art. 1113 del Cód. Civil).

En cuanto a la falta de uso de casco reglamentario por motociclistas se tiene dicho: "En general, no incide en la producción del siniestro ni en daños registrados en la motocicleta, pero sí en los sufridos por las personas, sobre todo en la cabeza. Por eso, es factible que al conductor del rodado embestidor se le atribuya responsabilidad íntegra por ocurrencia misma de la colisión y, en cambio, proceda descontar una importante porción causal contra la víctima por lesiones en el cráneo" (Zavala de González, Matilde, Problemas causales en accidentes de tránsito, Publicado en: RCyS 2011-X, 20. www.laleyonline.com).

Por lo cual, la circunstancia alegada resulta relevante solo si incide en la extensión del daño físico y moral padecido por las actoras para establecer su resarcimiento.

Se trata de una circunstancia que debe ser examinada entonces por el magistrado al valorar las conductas y/u omisiones de ambas partes en la generación del daño ocasionado, a los efectos de justipreciar correctamente —reitero— los rubros reclamados.

La jurisprudencia ha doctrinado que: "La ausencia del casco protector y obligatorio ha puesto una condición en el agravamiento del perjuicio y ello debe conducir a una disminución de la cuantía del resarcimiento, proporcional a la importancia de la intervención —por omisión— del perjudicado". (Cám. Civ. y Com. Quilmes, Sala I, 19/06/2001, Carátula: Romero, Patricia c. Cuellas, Leonardo F. s/ daños y perjuicios. Mag. Votantes: Señaris - Busteros - Celesia, jurisprudencia extraída del programa LD-Textos, versión 8.0.).

Siendo así, no corresponde exonerar al demandado de la responsabilidad total que se le atribuye por la generación del siniestro, sino que he de examinar la entidad causal de la ausencia del casco protector en el ámbito de la cuantificación de los rubros indemnizatorios peticionados.

Conforme lo expuesto, reconocida la existencia del hecho, la intervención en el mismo del vehículo conducido por el Sr. Codutti, no habiendo en el caso el dueño o guardián del rodado interviniente en la colisión demostrado la causa ajena en la producción del accidente de tránsito, corresponde responsabilizarlo respecto del evento dañoso de marras en los términos del art. 1113 párrafo 2° *in fine* del Cód. Civil. Rubros indemnizatorios: En atención a la conclusión precedente corresponde seguidamente analizar la procedencia de los rubros indemnizatorios pretendidos por la parte actora.

A.- Daños Físicos Materiales Incapacidad Sobreviniente:

Thomson Reuters

Reclaman las accionantes dicho rubro en virtud de haber sufrido daños físicos como consecuencia de la conducta del demandado. Solicitando como resarcimiento la suma total de $70.000,00 ($40.000 para Elizabeth Fernández y $30.000 para Florencia Fernández).

Ahora bien, en relación al rubro incapacidad sobreviniente, la suscripta adhiere al principio de reparación integral, en virtud del cual, a los fines de la determinación del monto indemnizatorio, debe apreciarse una serie de circunstancias entre las que, si bien adquiere relevancia la merma genérica de la capacidad futura para percibir durante el lapso de vida útil, también es preciso merituar el menoscabo de las posibilidades, la edad de la víctima, cultura, estado físico, profesión, sexo, es decir, todo aquello que se trasunta en un todo de la vida de relación.

A esto cabe agregar que, a los efectos de la fijación del resarcimiento, no existen pautas rígidas como podrían ser los métodos basados en cálculos sobre la probable vida útil del afectado, puesto que debe adoptarse un criterio más flexible que tienda a valorar las circunstancias de la causa, variable por diversos factores, el cual se halla librado al prudente arbitrio del juez.

También cabe recordar que el "daño en la salud por incapacidad" o bien la llamada "incapacidad sobreviniente" que se reclama en sede civil, atiende a la disminución de la salud que afecta a la víctima en sus posibilidades laborativas y de relación, y que la afectación de la integridad física o psíquica que arroja una secuela impide temporaria o definitivamente el restablecimiento del estado de las cosas de que gozaba la persona con anterioridad al suceso dañoso, habrá de indemnizarse adecuadamente de acuerdo con las particulares circunstancias de cada caso.

Vale decir que, para que se decrete la procedencia del rubro indemnización por incapacidad sobreviniente, lógico es que se hayan producido secuelas a raíz del hecho, ya sean de carácter físico o psíquico, de carácter permanente, total o parcial que mengüen tal capacidad.

"Es trascendente traer a colación que en un reciente fallo se remarca que el art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial, para el daño por incapacidad, ha traído una innovación sustancial, pues prescribe el "deber" de aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua. Es necesario puntualizar que la utilización obligatoria de las denominadas fórmulas matemáticas no conlleva la aplicación mecánica y automática del resultado numérico al que se arribe; por ende, el referido imperativo legal debe ser interpretado como una herramienta de evaluación ineludible para el juez, pero que en modo alguno excluye la valoración de otros parámetros aconsejados por la sana crítica en su dialéctica relación con las circunstancias del caso (La Ley Online: AR/JUR/27952/2019)" cit. en Sent. N° 17 del 14/02/2020 Expte. N° 5553, año: 2007-1-C de esta Sala III, C.A.C.C. Dras. Varela - Bardiani).

De todas maneras, debo precisar que cuando el Juez mensura el daño ejerce una función diferente a la que cumplió el perito al evaluar la incapacidad, porque el magistrado debe juzgar la incidencia económica concreta de la incapacidad genérica y abstractamente determinada por el perito (Sent. N° 58/01, entre otras de esta Sala III).

Dicho esto, y en cuanto a las lesiones incapacitantes de las accionantes, cabe acudir a la prueba pericial médica glosada a fs. 145/156 y vta. —no objetada por los accionados— de la cual surge que: "la actora Florencia Fernández refiere lesión consistente en esguince del 1ª dedo de la mano izquierda; discronomías secuelares visibles a una distancia mayor a 3 mts. (distancia social)". Por Elizabeth Daiana Fernández refiere "Cicatrices y discromias secuelares visibles a una distancia mayor a 3 mts. (distancia social)". Asimismo, por las secuelas físicas, "se estima para la Srta. Florencia Fernández una incapacidad del diez por ciento (10%) de carácter parcial y permanente". Y por Daiana Fernández, "una incapacidad del diecisiete por ciento (17%) de carácter parcial y permanente".

En función de ello, y dado las resultas de la pericia médica, cabe concluir que las actoras sufrieron lesiones como consecuencia del hecho que motivara esta litis y que las mismas han dejado secuelas incapacitantes, infiriendo a partir de la entidad de las heridas sufridas por las actoras y las resultas de las pruebas rendidas al respecto, que el porcentual de incapacidad de las accionantes por las lesiones sufridas lo es en orden al 10% y 17% respectivamente, de carácter física, parcial y permanente, tomando como base para la determinación del porcentual el informe técnico llevado a cabo por el Dr. Juan Basilio Ramírez, medio probatorio idóneo tendiente a la verificación de la incapacidad sufrida por las actoras, el cual aparece suficientemente fundado en principios técnicos y científicos.

En orden a la determinación con justeza de la indemnización, la jurisprudencia tiene dicho: "En la cuantificación de la incapacidad sobreviniente debe adoptarse un criterio que en cada caso contemple sus específicas circunstancias, especialmente las referidas a la edad de la víctima, su preparación intelectual o capacitación para el trabajo, el grado de disfunción sufrida y la incidencia que ésta posee para sus actividades actuales o futuras." (CNCiv., Sala A, 23/10/1997,

Thomson Reuters

"Cravero, Sergio O. c. Transporte Sur-Norte Comercial Ind. SA s/ daños y perjuicios").

Ahora bien, tal lo adelantara la falta de casco protector, si bien no incide en la producción del siniestro, ni en daños registrados en la motocicleta, sí adquieren relevancia en los sufridos por las personas, sobre todo en la cabeza. Sin embargo, de las lesiones y secuelas comprobadas, resulta que la ausencia de casco no incide en las secuelas incapacitantes descriptas por el perito toda vez que lesiones y cicatrices a las que refiere el informe se encuentran localizadas en el cuerpo de las actoras y no en la cabeza.

Conteste con lo enunciado *ut supra*, es de indicar en cuanto al monto indemnizatorio, que en el caso de autos, tomando en consideración el grado de incapacidad reconocido supra, la edad de las actoras a la fecha del evento, los años de vida útil que les restan vivir —edad promedio de vida de 75 años (según datos del INDEC), como asimismo las lesiones en la vida de relación de ambas, el monto de un salario mínimo vital y móvil a la fecha de evento ($3.300.- conf. Res. 4/2013 CNEPSMVM) que se toma estimativamente en un menor porcentual, no sólo por falta de pautas concretas sino atendiendo a la edad de ambas menores damnificadas quienes habrán ayudado en las tareas del hogar —en sus diferentes aspectos— ya sea limpieza, mandados, movilidad, acompañamiento a integrantes del grupo familiar, etc., por ese lapso y en su totalidad al adquirir edad para cumplir labores retributivas.

Por todo ello, entiendo ajustado a derecho, y en uso de las facultades que me otorga el art. 181 del Código de Rito, otorgar en concepto de incapacidad sobreviniente la suma peticionada de $40.000.- para Elizabeth Daiana Fernández y $30.000.- para Florencia Fernández.

B.- Gastos de Atención Médica y Farmacéutica:

Reclaman por dicho rubro la suma de $2.000, alegando que el tratamiento de las lesiones experimentadas produjo una serie de gastos en atención médica, que incluyen kinesiología y traumatología, adquisición de medicamentos, exámenes como radiografías y otros, así también, dice que han existido gastos de traslados en remises. Alegan que la Sra. Aquino no previó la eventual demanda por lo que no guardó la totalidad de los tickets o facturas de los gastos mencionados.

Cabe señalar que, desde un vértice, los gastos terapéuticos son aquellos orientados al restablecimiento de la integridad psicofísica de la víctima del hecho y que su resarcibilidad ha sido expresamente prevista por el art. 1086 del Cód. Civil: "Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de curación y convalecencia del ofendido". Y desde el otro: que cuando el resarcimiento de tales gastos es pretendido por la víctima inmediata del hecho o las personas que legalmente deban asistirla, no es menester la prueba del pago de los gastos, pues sólo debe acreditar la necesidad de hacerlos.

Siguiendo tales parámetros, pongo de resalto que conforme la prueba pericial médica, surge que cada una de las actoras padecen por las secuelas descriptas en dicho informe una incapacidad del 10% y 17% de tipo física, parcial y permanente respectivamente, por lo que es lógico inferir que a los fines del tratamiento y curación de tales afecciones, se debieron efectuar erogaciones.

Frente a tales aseveraciones se presume que existen gastos médicos, de farmacia y en medicamentos que, no obstante su orfandad probatoria, surgen evidentes, y aunque ellos no estén comprobados en grado de certeza, deben ser indemnizados en la medida que guarden relación con el hecho, y las lesiones sufridas.

En este sentido tiene dicho nuestra jurisprudencia que: "Corresponde admitir los gastos por remedios no documentados en la medida que se adecuen a la situación por la que debió atravesar el reclamante, cuya cuantificación puede hacerse acudiendo a lo normado por el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación" (CNCiv., Sala A, 17/12/1997, "Schtromaser de Klaperman, Fanny c. Nueve de Julio SAC y otros s/ daños y perjuicios").

En igual sentido soy de la opinión de que también debe integrar la reparación indemnizatoria los gastos conexos a los terapéuticos, pese a no encuadrar estrictamente en la noción de gastos de curación a los que alude el art. 1086 Cód. Civil anterior habida cuenta que son resarcibles al igual que cualquier perjuicio de apreciación pecuniaria que el hecho haya causado.

En efecto, cuando por la naturaleza de las lesiones de las víctimas, es lógico inferir que han debido razonablemente utilizar un medio vehicular para el desplazamiento (taxi o remiss) durante ese período (ya sea en ocasión del examen médico policial o para realizar control médico o tratamientos kinesiológicos). Circunstancia que torna viable la pretensión sin que sea indispensable para acogerla la presentación de recibos.

Como corolario de lo expuesto, concluyo que corresponde acceder a lo solicitado por las peticionantes y en uso de las facultades conferidas por el art. 181

Thomson Reuters

del Cód. Proc. Civ. y Comercial, estimo razonable fijar en el rubro la suma de Pesos ($2.000.-).

C.- Daño Moral:

Funda la parte actora su reclamo por tal concepto —rubro en el cual se incluye el agravante de los daños psicológicos— alegando que a consecuencia de las lesiones sufridas las hermanas Fernández sienten miedo, ansiedad, angustia fenómenos de flash back, estados de alerta permanentes e irritabilidad, disminución de su autoestima y trastorno en sus relaciones familiares, que repercute en el bienestar con sus familiares y amigos.

En orden al ítem en trato anticipo que, independientemente del monto que en definitiva se estime, el agravio moral debe ser indemnizado.

En efecto, cabe recordar que el daño moral configura una prueba *in re ipsa,* surge inmediatamente de los hechos mismos y su valuación no está sujeta a cánones estrictos, sino que corresponde a los jueces de la causa establecer su quantum indemnizatorio prudentemente, tomando en cuenta la gravedad de la lesión sufrida, su función resarcitoria y el principio de reparación integral. Ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio material y moral; ambos cuentan con presupuestos propios y concurrentes a su determinación por razones diferentes.

Se ha decidido que "Resulta indiscutible que quien ha padecido lesiones traumáticas en partes óseas del cuerpo ha sufrido dolor, molestias, inquietud espiritual, angustias, inseguridades, vulneración de sus propias capacidades, manifestaciones propias del daño moral; el que como se adelantara, consiste en la lesión de los sentimientos que determina el dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, padecimientos estos que en general, son insusceptibles de apreciación pecuniaria "(Conf. Sent. N° 44, del 23/04/2015: "Pierandrey, Isabel del Carmen y otro c. Municipalidad de Resistencia s/ daños y perj. y daño moral p/ acc. de tránsito", Expte. N° 13.826/10-1-C, Sala III, CApel. Civ. Com. Rcia. —con otra integración—).

En cuanto al monto de la indemnización, atendiendo a que el daño moral comprende todo menoscabo que haya gravitado en la paz y tranquilidad de la persona que los padece, cabe señalar que el mismo debe guardar relación con la envergadura de la lesión, no puede ser simbólica.

Por consiguiente, en el *sub lite*, dada la índole de las lesiones y porcentual de incapacidad de Florencia y Elizabeth, no habiéndose acreditado una patología a su personalidad que permita observar el agravamiento del daño moral otorgado, en uso de las facultades que me otorga el art. 181 del Código de Rito, considero que por el rubro en trato procede reconocer la suma de Pesos Veinte mil ($20.000) a cada una de las actoras, por ser además acorde al principio de reparación integral consagrada por el art. 19 de la carta magna.

D.- Daños materiales:

Se requiere la reparación del daño material sufrido por el motovehículo reclamando en concepto de monto indemnizatorio la suma de pesos tres mil quinientos ($3.500) correspondiente al valor presupuestado para los arreglos.

Para justificarlos presenta presupuesto de "Gelen Motos" por un monto total de $3.261.-; —cuyo original se halla reservado en Caja Fuerte del Juzgado y su fotocopia glosada a fs. 7 de las presentes actuaciones—, documental que ha sido impugnada por la demandada. Sin perjuicio de ello, del informe accidentológico fs. 209/211 surge que dicho rodado ha sufrido los siguientes daños: efracción y fricción con adherencia de símil pintura color roja en el lateral izquierdo de motor; efracción, fricción con adherencia de símil pintura color roja y rotura del sector medio del lateral izquierdo de la estructura del motovehículo.

Daños por Caída: Efracciones en elementos sobresalientes del lateral derecho.

Siendo así, resulta evidente la existencia de daños materiales en el rodado de la actora como consecuencia del accidente en tratamiento. Por lo cual, aún cuando la accionante no haya aportado pruebas idóneas para determinar la extensión de los mismos, considero que corresponde establecer alguna indemnización por este rubro.

Entonces, atendiendo a la entidad de los daños comprobados en el vehículo, los que además se condicen con la mecánica del accidente y zona de impacto descripta por las accionantes y en uso de las facultades que me otorga el art. 181 del Código de rito propicio que se le reconozca la suma de pesos un mil ochocientos ($1.800).

E. Privación del uso del rodado.

En relación a la privación de uso la Jurisprudencia es unánime al afirmar que la privación del vehículo dañado supone por sí un daño indemnizable aunque no se acredite perjuicio real y efectivo pues este se presume.

Habiéndose acreditado la necesidad de reparación, el lapso necesario para tal fin, a falta de prueba concreta, puede inferirse del detalle de deterioros que

Thomson Reuters

surge de los antecedentes. Ello así porque el rubro solo puede comprender el lapso que razonablemente requiera la reparación. La indisponibilidad del rodado más allá del tiempo necesario para la reparación por circunstancias ajenas a la reparación misma no configura una consecuencia mediata previsible para el autor del daño y por ende no es resarcible.

En orden a ello, teniendo en cuenta la extensión de los daños sufridos por el rodado la Sra. Aquino y considerando también el tiempo que debió insumirle la búsqueda de presupuestos y la elección del taller para la reparación, estimo prudencialmente un plazo de reparación de cinco días. En base a ello y teniendo en cuenta el medio de movilidad auxiliar al que debió recurrir la misma, fijo este rubro en la suma de pesos trescientos ($300).

F. Desvalorización del vehículo.

En lo que a la pérdida del valor del rodado se refiere es dable señalar que la destrucción parcial del vehículo disminuye su funcionalidad, seguridad, dejando secuelas que redundan en una merma del valor venal del vehículo en comparación con otras unidades de igual categoría y características técnicas.

Ahora bien, cabe destacar que el reconocimiento de este ítem reclamado se encuentra sujeto a la producción en el expediente de prueba idónea y fehaciente a tal fin.

Esto es la verificación mecánica-técnica (perito) de las reparaciones efectuadas en el vehículo partícipe del siniestro y la existencia de defectos remanentes que puedan afectar el valor del mismo, no obstante la realización de las primeras.

En ese sentido, no habiéndose probado con el pertinente medio probatorio (pericia mecánica) que el rodado objeto de la colisión haya disminuido su valor de reventa como consecuencia del evento, por verse afectado en partes estructurales, corresponde sin más desestimar el presente rubro.

Como corolario de todo lo expuesto, y en atención a la forma en que se resolviera la responsabilidad civil y el análisis de los rubros reclamados, es que corresponde revocar la sentencia dictada a fs. 240/252 y vta., y en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada por las actoras contra Leandro Javier Codutti, condenando a esta última a abonar a las primeras la suma de pesos ciento catorce mil cien ($114.100.-) como capital, más intereses de tasa activa del Banco de la Nación Argentina —en forma lineal— desde la fecha del evento dañoso (05/10/2013), y hasta el efectivo pago. La condena se hará extensiva a la tercera citada en garantía, Escudo Seguros SA, en la medida de la cobertura contratada.

Adecuación de costas y honorarios de primera instancia:

Habiendo variado la solución del litigio, de conformidad con la disposición del art. 298 del ritual, corresponde adecuar las costas y honorarios regulados en Primera instancia al nuevo pronunciamiento.

Las costas deben ser impuestas a la parte demandada y tercera citada en garantía vencidos, conforme el principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 83 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y el de la reparación integral del "alterum non laedere" (art. 19 CN).

En cuanto a los honorarios de Primera instancia, se deben fijar teniendo en cuenta las pautas de los arts. 3°, 5° (16%), 6 (40%) y 7 (70%) de Ley Arancelaria en vigencia y sus modificatorias, tomando como base el monto de condena que ahora se establece ($114.100) a valores actualizados desde el 05/10/2013 al 12/05/2020 conforme Caja Forense de Entre Ríos que goza de datos actualizados ($363.778).

En ese cometido, y valorando la labor, mérito, eficacia, extensión, resultado obtenido y carácter en que actuaron los letrados intervinientes, estimo justo y equitativo establecer los siguientes emolumentos: A cada uno de los Dres. Marcela Bernardis y Angel Gustavo Ferreyra la suma de $ ... como patrocinantes y $ ...) como apoderados. Al Dr. Horacio Pablo Aguzín la suma de $ ... como patrocinante y $ ... como apoderado. Al perito médico, Dr. Juan Basilio Ramírez la suma de $ ... Todos los honorarios con más IVA si correspondiere.

Costas y honorarios de alzada:

Atento el resultado del recurso tratado y de conformidad con el principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 83 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, las costas de Alzada deben imponerse al demandado y a la tercera citada vencidos.

En cuanto a los honorarios profesionales por la labor desplegada en esta instancia deben fijarse aplicando las mismas pautas y base regulatoria seguidas para adecuar los de la instancia anterior, pero en función del art. 11 del arancel.

En orden a lo dicho y evaluada la labor, mérito, eficacia, extensión, resultado obtenido y carácter en que actuaron los letrados intervinientes, estimo justo y equitativo establecer los siguientes emolumentos: Al Dr. Angel Gustavo Ferreyra la suma de $ ... y la suma de $ ... como patrocinante y apoderado, respectivamente. Al Dr. Horacio Pablo Aguzín la suma de $ ...

Thomson Reuters

como patrocinante y $ ... como apoderado. Todos los honorarios con más IVA si correspondiere. Así voto.

La doctora *Varela* dijo:

Que por coincidir con el análisis de hecho y de derecho efectuados en el voto que antecede, adhiere al mismo y emite el suyo en idéntico sentido.

Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo precedente, esta Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial resuelve: I. Revocar in totum la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 240/252 y vta. II. Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por las actoras contra el Sr. Leandro Javier Codutti, condenando a éste último a abonar las actoras la suma de pesos ciento catorce mil cien ($114.100), con más los intereses establecidos en el considerando, en el término de diez días de quedar firme la presente. La condena se hace extensiva a la tercera citada en garantía, Escudo Seguros SA, en la medida de la cobertura contratada. III. Imponer las costas en ambas instancias a la demandada y tercera citada en garantía vencidas (art. 83 Cód. Proc. Civ. y Comercial). IV. Adecuar los honorarios de Primera Instancia de la siguiente forma: A cada uno de los Dres. Marcela Bernardis y Angel Gustavo Ferreyra la suma de pesos ... ($ ...) como patrocinantes y pesos ... ($ ...) como apoderados. Al Dr. Horacio Pablo Aguzín la suma de pesos ... ($ ...) como patrocinante y pesos ... ($ ...) como apoderado. Al perito médico, Dr. Juan Basilio Ramírez la suma de pesos ... ($ ...). Todos los honorarios con más IVA si correspondiere. V. Regular los honorarios por la labor profesional desarrollada en esta Segunda Instancia de la siguiente manera: Al Dr. Angel Gustavo Ferreyra la suma de pesos ... ($ ...) y la suma de pesos ... ($ ...) como patrocinante y apoderado, respectivamente. Al Dr. Horacio Pablo Aguzín la suma de pesos ... ($ ...) como patrocinante y pesos ... ($ ...) como apoderado. Todos los honorarios con más IVA si correspondiere. VI. Notifíquese, regístrese, protocolícese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen. — *Fabiana A. Bardiani.* — *María T. Varela.*

RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS

Accidente ocurrido durante el recreo. Responsabilidad objetiva. Eximentes de responsabilidad. Caso fortuito.

El titular del establecimiento educativo, en el caso la DGE, debe responder por las contingencias propias de la actividad que causan daños a los alumnos menores de edad en los términos del art. 1117, Cód. Civil ref. ley 24.830, norma aplicable al caso, como el art. 1767, Cód. Civ. y Com., y solo se libera demostrando el caso fortuito ajeno o impropio de la actividad educativa. Cuando se trata de daños sufridos por el estudiante, la responsabilidad es rigurosamente objetiva y se funda en una garantía legal según la cual el titular del establecimiento educativo debe asegurar que el desarrollo de la actividad de enseñanza no implicará daños para el estudiante, es por ello, que cuando el alumno es el dañado, las contingencias normales y propias de la actividad educativa, como las caídas sufridas en juegos en horas del recreo, no configuran caso fortuito.

C2aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 20/04/2020. - Z., A. D. c. Dirección General de Escuela s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/16078/2020]

COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

2ª Instancia.- Mendoza, abril 20 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? En su caso ¿qué pronunciamiento corresponde? 2ª Costas

1ª cuestión. — La doctora *Furlotti* dijo:

1. La parte actora interpone recurso de apelación a fs. 327 en contra de la sentencia de fs. 320/325 que rechaza la demanda, impone costas y regula honorarios.

Para así decidí, la Sra. jueza tiene en cuenta que el Sr. Z., por intermedio de sus representantes legales inicia demanda en contra de la Dirección General de Escuelas por la suma de pesos ciento veinte mil ($120.000).

Relata que con fecha 28 de Julio del 2014, a las 15:30 hs. aproximadamente, se encontraba jugando en el recreo en la Escuela Técnica Ingeniero Krause de Luján, cuando al caerse al suelo, sobre el costado izquierdo de su cuerpo, siente posteriormente un fuerte dolor en el brazo izquierdo y fue asistido por el Servicio de Emergencia. Luego, que fue trasladado a clínica de mano de Godoy Cruz, y habría sido operado en la Clínica Esperanza. Indica que como resultado del accidente, sufrió traumatismo de cráneo donde le colocó yeso y se le dio alta. Posteriormente, que se le realizó cirugía programada con colocación de material de osteosíntesis, placa y tornillo. Agrega que se observa

Thomson Reuters

cicatriz irregular tipo queloide rojiza, sobreelevada de 15 cm x 1,5 cm cara externa del brazo izquierdo.

Reclama: a) gastos terapéuticos por la suma de $10.000, b) daño moral o psicológico por la de $40.000, c) disminución funcional por la de $70.000.

A su turno contestan los demandados, se produce la prueba, las partes alegan y la Sra. jueza dicta sentencia rechazando la demanda en virtud de los siguientes argumentos:

Explica la responsabilidad de los establecimientos educativos.

Afirma que no se encuentra controvertida la caída del reclamante acontecida con fecha 28/07/2014, en un establecimiento educativo dependiente de la Dirección General de Escuelas, identificada como Escuela Técnica N° 4-104, y en oportunidad de jugar un partido de fútbol.

Señala que en el presente expediente no se ha indicado, invocado ni menos acreditado, cuál fue la conducta omitida por parte del Establecimiento Educativo; es decir, de qué forma pudo preverse dicha caída, que surge en el contexto, como una consecuencia de ocurrencia posible y común de dicho juego. Y es que planteada el hecho de la forma efectuada, donde no existe invocación ni menos acreditación de inexistencia de atención del personal docente, realización de jugadas peligrosas o no advertidas previamente en los alumnos, algún problema de conducta entre los intervinientes del juego que debió disuadirse, ni menos, vicios edilicios, ya sea del suelo o de algún elemento extraño que ponga en riesgo la seguridad del niño, y en consideración a que se produce en un recreo, donde el juego de fútbol es normalmente considerado uno de los deportes comunes realizados por niños y también en la actualidad, por niñas, estimo que la omisión de prevención requerida al Establecimiento educativo llevaría al absurdo de prohibir el juego, cuando siquiera ello surge de norma alguna (art. 19 CN)

Estima que no existe conducta reprochable por omisión de previsión por parte de la demandada, al producirse el accidente como consecuencia natural del juego, desde que no ha indicado, y menos probado, circunstancia que altere el curso ordinario de los acontecimientos.

Por lo expuesto rechaza la demanda.

2. La parte actora apelante expresa agravios a fs. 338/346. Se queja del rechazo de la demanda en contra del establecimiento educativo.

Existe errónea valoración de los hechos y de la prueba.

Está acreditada la caída jugando al fútbol en la escuela y la lesión que es consecuencia de ella. No está probado el caso fortuito.

El riesgo propio de la actividad escolar no es caso fortuito.

3. La DGE contesta agravios a fs. 350/351.

4. La citada en garantía contesta agravios a fs. 356.

5. Fiscalía de Estado contesta a fs. 361/362.

6. Anticipo al Acuerdo que propiciaré la admisión del recurso en trato.

Responsabilidad del establecimiento educativo. Eximente: caso fortuito ajeno a la actividad educativa.

En la presente causa no está discutido que el joven Z. se cayó en el establecimiento educativo, en el recreo, cuando jugaba al fútbol con sus compañeros.

La sentencia de grado entiende que "no existe conducta reprochable por omisión de previsión por parte de la demandada, al producirse el accidente como consecuencia natural del juego".

Si bien ello es así, esta conducta irreprochable no es idónea para eximir al titular del establecimiento educativo. Tampoco lo exime la circunstancia de que la caída sea una consecuencia natural o propia del juego a la pelota en un recreo escolar.

Por el contrario, la circunstancia de ser, la caída jugando a la pelota en el recreo, algo "normal o natural o común" de la actividad recreativa, lo constituye en un riesgo propio de la actividad educativa. El titular del establecimiento, en el caso la D.G.E., debe responder por las contingencias propias de la actividad que causan daños a los alumnos menores de edad en los términos del art. 1117 CC.

El titular del establecimiento educativo, cuando el dañado es un alumno, solo se libera demostrando el caso fortuito ajeno o impropio de la actividad educativa.

Sabido es que la responsabilidad del titular del establecimiento educativo en el art. 1117 del CC ref. ley 24.830, norma aplicable al caso, como en el art. 1767 Cód. Civ. y Comercial, cuando el alumno es el dañado la responsabilidad es rigurosamente objetiva, ya que la eximente es única y consiste en demostrar el caso fortuito ajeno a la actividad educativa.

Thomson Reuters

Explican Galdós y Valicenti, en opinión que comparto que, "según la opinión mayoritaria cuando se trata de daños sufridos por el estudiante la responsabilidad objetiva se funda en una garantía legal según la cual el titular del establecimiento educativo debe asegurar que el desarrollo de la actividad de enseñanza no implicará daños para el estudiante." (Galdós, Jorge M. - Valicenti, Ezequiel, "Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa", LA LEY 01/09/2016, 1, LA LEY 2016-E, 727, AR/DOC/2367/2016).

Así mismo, los autores citados, destacan la finalidad de este tipo de responsabilidad cuando el estudiante es el sujeto dañado: "...vinculado a los fundamentos de la responsabilidad del titular del establecimiento educativo, cuando se trata de daños sufridos por el menor, el sujeto protegido es el estudiante. La garantía impuesta por ley procura asegurar la indemnidad del alumno durante el desarrollo de las actividades educativas." (Galdós, Jorge M. - Valicenti, Ezequiel, "Daños causados y sufridos por alumnos menores de edad durante la actividad educativa", LA LEY 01/09/2016, 1, LA LEY 2016-E, 727, AR/DOC/2367/2016).

Es por ello, que cuando el alumno es el dañado, las contingencias normales y propias de la actividad educativa, como las caídas sufridas en juegos en horas del recreo, no configuran caso fortuito.

En este sentido se ha expedido la Suprema Corte de Mendoza, con voto de la Dra. Kemelmajer. En su voto propicia que se revoque una sentencia cuyos hechos son similares al presente caso. Así dice: "En definitiva, la línea argumental de la sentencia recurrida es: toda actividad deportiva o de juego llevada a cabo por un niño de 14 años en un establecimiento educativo es una actividad normal; por lo tanto, salvo prueba de algún factor de anormalidad, se trata de un mero accidente, que presenta los caracteres de inevitabilidad, típicos del caso fortuito, pues de lo contrario, o las pautas pedagógicas se harían de imposible cumplimiento, o la responsabilidad prevista en el art. 1117 sería una responsabilidad sin causalidad y, consecuentemente, no sería responsabilidad sino seguridad social."

Luego, critica este argumento diciendo que: "Tengo claro que tal modo de razonar trastoca el sistema de la ley desde que: a) Admite erróneamente la eximente de "no culpa", propio de un sistema de responsabilidad subjetiva con culpa presumida, dentro de un sistema legal de responsabilidad objetiva, en el que las eximentes no operan en el campo de la culpabilidad sino en el de la causalidad. b) Debilita la obligación de seguridad de los establecimientos educativos a extremos tales que no sólo deja la responsabilidad en el ámbito de la responsabilidad subjetiva presumida, sino que termina exigiendo a la víctima la prueba de la culpa de alguien a quien el legislador sindicó como objetivamente responsable salvo que éste pruebe la ruptura del nexo causal. c) Invierte la carga probatoria del requisito de la inevitabilidad, presumiendo caso fortuito los "meros accidentes" aún cuando no se invoque ni acredite tal presupuesto necesario para el funcionamiento de la eximente. d) Torna inútil la discusión doctrinal en torno a si libera o no el hecho imprevisible e inevitable de la víctima, desde que termina por presumirlo toda vez que se trata de actividades escolares "normales" de un menor adulto." (SCJ Mendoza, "T., M. S. por su hijo menor c. Dirección General de Escuelas", del 22/03/2005, en La Ley Online: AR/JUR/555/2005).

Por ello, estimo que se debe admitir el recurso de apelación y en consecuencia procede la demanda en contra de la Dirección General de Escuelas en los términos del art. 1117 CC y a la Compañía aseguradora en los límites del seguro (118 LS).

7. La relación de causalidad entre la caída y la lesión y sus consecuencias dañosas:

Del acta n. 40/2014 (fs. 6 y fs. 32) surge que el día 28 de julio de 2014, alumno Z. se cae, en el recreo, de costado sobre el brazo izquierdo, comenzó a sentir dolor y no puede moverlo. Se llamó al servicio de emergencia y a la madre. A fs. 33 obra constancia de atención de la Dra. Galván fechada el día 28/07/2014 en donde manifiesta que atiende al niño Z. de 13 años, presenta traumatismo de brazo izquierdo al caer desde su propia altura. Signo de fractura y se traslada para diagnóstico.

La pericia sicológica (fs. 105/108) señala que no presenta incapacidad permanente o transitoria. La pericia médica clínica (fs. 116) da cuenta que sufrió traumatismo en su brazo izquierdo con fractura de húmero pero no determina incapacidad permanente o transitoria. Solo una leve disminución en la movilidad del brazo. Luego, al contestar observaciones (fs. 137) en solo cuatro renglones considera que tiene una incapacidad del 10%.

La pericia médica traumatológica (fs. 147/149). Señala el experto que solicitó radiografía actualizada del humero izquierdo y constata fractura del tercio medio del húmero consolidada. Señala que el paciente presenta hipertrofia muscular, disminución en la elevación total del brazo y cicatriz operatoria queloide y extensa en su brazo como secuela de la lesión. Destaca que la cicatriz es grosera y visible, placa y tornillo que son riesgos frente a otra fractura. Entiende que existe una incapacidad del 12,7%.

Thomson Reuters

El Director de la Escuela técnica n. 40/2014, informa a fs. 178/180 que en el segundo y tercer trimestre del año 2014, el joven Z. fue asistido por la escuela hospitalaria/domiciliaria n. 4/104, acompaña planilla de notas y acompaña el acta n.40/2014.

Asistir Servicios médicos acompaña historia clínica, a fs. 183/200 y a fs. 225/242 (clínica Esperanza), con diagnóstico: "osteosíntesis de húmero". Allí obra constancia de internación y de operación, en el mes de agosto de 2014 (días 13 y 14).

Del análisis de este material probatorio surge que las consecuencias dañosas reclamadas por Z. están en relación de causalidad adecuada con la lesión sufrida en la escuela.

8. Daños reclamados:

En función de esta lesión reclama como consecuencia de la misma: gastos médicos ($10.000); daño moral ($40.000) y disminución funcional ($120.000).

a. Gastos médicos:

Sabido es que, muchas de las erogaciones de los gastos médicos no están alcanzadas por la cobertura de salud que la víctima puede poseer (traslados, analgésicos, descartables, estudios, análisis, entre otros gastos), pero juntas acostumbran a sumar una cantidad considerable. Estos gastos, no necesitan prueba fehaciente para que sean reconocidos, cuando la naturaleza de las lesiones producidas a la víctima los hace presuponer y de las características del caso resulta verosímil que se hayan efectuado.

Si bien en autos, no existe prueba documentada de los gastos médicos efectuados por el actor, los mismos pueden ser presumidos a tenor de la lesión sufrida.

En orden a ello, adhiero al criterio, hoy receptado en el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial, que para la cuantificación del rubro en tratamiento no se requiere prueba contundente sino que basta con que el reclamo guarde relación con la entidad de las lesiones sufridas (SCJM, LS. 384-034).

Por ello y en virtud de lo normado por el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial (daño presumido) y el art. 90 inc. VII del CPCCyT, estimo justo reconocer la suma de $10. 000 a la fecha de la sentencia de grado (art. 772 Cód. Civ. y Comercial).

Si bien la suma de $10.000 a la fecha del accidente (2014) puede verse como elevada dado que fue atendido por su obra social y no se ha acreditado ningún tipo de gastos no cubiertos, a la fecha de la sentencia de grado dicho monto se presenta como razonable para cubrir, aquellos gastos que no cubre la obra social, atento la pérdida de valor adquisitivo de la moneda nacional.

b. Consecuencias no patrimoniales:

La actora reclama la suma de $40.000 a la fecha del accidente (2014).

El Cód. Civil y Comercial regula las indemnizaciones de las consecuencias no patrimoniales en el art. 1741 Cód. Civ. y Comercial que tiene en cuenta, además de la función resarcitoria de la responsabilidad civil (art. 1740 Cód. Civ. y Comercial), una función satisfactoria. Ambas funciones deben ser tenidas en cuenta para valuar la indemnización justa. Leonardo Marcellino considera "que la concepción tradicional de la finalidad resarcitoria o reparatoria reflejada claramente en el art. 1740 Cód. Civ. y Comercial, como aquella que: "...consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie", ha sido elaborada exclusivamente atendiendo al daño patrimonial sin incluir la finalidad satisfactiva propia de las indemnizaciones por el perjuicio no patrimonial." (Marcellino, Leonardo, "Valoración, cuantificación y satisfacción en el daño moral" en Juárez Ferrer, Martín (dir.), "Cuantificación del daño: valor vida: incapacidad sicofísica: derechos personalísimos: aplicación de fórmulas matemáticas", 1ª ed., Bs. As., LA LEY, 2017, p.264.)

El Cód. Civil y Comercial (art. 1741 Cód. Civ. y Comercial) propone que: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.", siguiendo la teoría de los placeres compensatorios. Este método tiene en cuenta la función satisfactiva del dinero para que la víctima acuda a otros bienes o actividades que le puedan traer, de alguna manera, consuelo. Iribarne señala que: "Por eso entiendo que centrar el debate en el consuelo, y consecuentemente, en el precio de los bienes que permiten procurarlo es el mejor camino —sino el único— para establecer mecanismos de fijación de las indemnizaciones que permitan cuantificar con la racionalidad posible. E insisto en que al hablar de racionalidad posible aludo a la razonabilidad de las indemnizaciones, pues nos encontramos discurriendo ante materia insusceptible de certeza."(Iribarne, Héctor Pedro, "La cuantificación del daño moral", Revista de Derecho de Daños, T. 1999 - 6. Daño moral; RC D 1041/2012.). El autor muestra dos aspectos, a tener en cuenta al cuantificar: "Por un lado, al acudir a las "operaciones" afectadas por el hecho dañoso podremos ver qué bienes pueden mitigar su mengua. Por el otro, avizorados los modos habituales de acceder a la "delectación" podremos cuantificarlos".

Thomson Reuters

Estas funciones sustitutivas y compensatorias del dinero a los efectos indemnizatorios, fue tenida en cuenta por la Corte Suprema de la Nación en el caso "Baeza". (CS, "Baeza, Silvia Ofelia c. Provincia de Buenos Aires y otros", 12/04/2011, LA LEY 12/05/2011, 5 LA LEY, 2011-C, 218 LA LEY, 30/05/2011, 11 con nota de Alejandro Dalmacio Andrada; Juan Manuel Prevot LA LEY, 2011-C, 393 con nota de Alejandro Dalmacio Andrada; Juan Manuel Prevot Sup. Adm. 2011 (junio), 62 DJ 22/06/2011, 41 RCyS 2011VII, 53 con nota de Félix A. Trigo Represas RCyS 2011XII, 261 LLP 2011 (septiembre); Fallos: Corte: 334:376: AR/JUR/11800/2011.)). En la causa: "Escobar, Luis Gabriel c. Uno Gráfica SA s/ d y p" (26/11/2014, LA LEY Gran Cuyo 2015 (mayo), 414, RCyS 2015-VI, 159; AR/JUR/58699/2014), expliqué que son conocidas las dificultades que genera la cuantificación del daño extrapatrimonial, es por ello que la ley local lo deja librado a la apreciación judicial y el nuevo Cód. Unificado determina como pauta a tener en cuenta "las satisfacciones sustitutivas y compensatorias" del dinero. Así mismo dije que: "esta forma de cuantificar el daño extrapatrimonial no es novedosa, por ejemplo con claridad lo expone Galdós, en nota a fallo: "el daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones, esparcimiento que mitiguen el padecimiento extra patrimonial. Por ejemplo, salir de vacaciones, practicar un deporte, concurrir a espectáculos o eventos artísticos, culturales o deportivos, escuchar música, acceder a la lectura, etc. El dinero actúa como vía instrumental para adquirir bienes que cumplan esa función: electrodomésticos, artefactos electrónicos (un equipo de música, un televisor de plasma, un automóvil, una lancha, etc.), servicios informáticos y acceso a los bienes de las nuevas tecnologías (desde un celular de última generación a un libro digital). Siempre atendiendo a la "mismidad" de la víctima y a la reparación íntegra del daño sufrido." Luego agrega el prestigioso Jurista que: "Se consolida, en suma, la etapa actual del estudio del daño moral como precio del consuelo, propiciado hace tiempo entre nosotros por Iribarne y tempranamente receptado en la jurisprudencia por Highton de Nolasco." Galdós, Jorge Mario daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional, RCyS 2011VIII, 176 RCyS 2011XI, 259, AR/DOC/2320/2011).

Todo ello, lleva a entender que el monto reclamado de $40.000 resulta exiguo para menguar las consecuencias no patrimoniales sufridas por el joven Z. Especialmente, tengo en cuenta que tuvo que pasar por una operación, que tuvo que ausentarse del colegio y que los dos últimos trimestres del 2014 recibió educación domiciliaria.

También considero que la cicatriz queloide que describe el perito en el brazo izquierdo del joven Z., de 13 años al momento del accidente y hoy de 18 años, repercute negativamente en la manera de ser, sentir y vivir de un adolescente.

Todo ello implica que la lesión sufrida ha repercutido negativamente en la esfera extrapatrimonial del joven Z.

Por ello, estimo que dado el tiempo transcurrido (6 años aprox.) entre el hecho dañoso y la sentencia, la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y que las consecuencias no patrimoniales descriptas y lo dispuesto por el art. 772 Cód. Civ. y Comercial estimo razonable (art. 3 Cód. Civ. y Comercial) justipreciar este ítem en la suma de $150.000 fijados a la fecha de la sentencia de grado, más intereses.

Esta suma permitirá al joven Z. procurarse satisfacciones, distracciones, esparcimiento, etc. que mitiguen el padecimiento extra patrimonial sufrido. Por ejemplo, la adquisición de tecnología, bicilcetas, motos, etc., estudios universitarios o terciarios, o cualquier otro bien o servicio que le ayude a menguar su padecimiento.

c. Consecuencias patrimoniales de la lesión (pérdida de chance):

A los efectos de la cuantificación de este rubro hay que tener en cuenta que Z. de 13 años de edad al momento del accidente no desarrollaba actividad remunerada o económicamente valorable, o no hay prueba de ello.

Por ello, corresponde analizar este rubro como pérdida de chances de insertarse en el mercado laboral o de futuras oportunidades rentadas.

Estimo, siguiendo a Zavala de González que, en los supuestos de niños, niñas y adolescentes (NNA): "... el objeto a indemnizar no reside propiamente en la disminución de aptitudes de la víctima, sino en lo que ellas significan mediata e instrumentalmente para el despliegue de actividades productivas. Por lo tanto, si el menor no trabajaba ni estaba en condiciones de hacerlo por su corta edad, no se configura un perjuicio económico actual (aunque sí sea resarcible el daño moral presente)." Y agrega la autora citada que:"... cuando el incapacitado no acredita ingresos previos que suministren base para el cálculo, y tampoco había alcanzado alguna formación especializada o no aporta al proceso cualidades que denoten perspectivas de superación (por ej., estudios en marcha pero con excelentes calificaciones), no corresponde redimensionar ni erigir en simbólico el monto de los réditos presuntivos; es decir, éste no debiera ser superior

Thomson Reuters

o inferior a los que perciben personas de condición promedio, sin exceso ni precariedad. Según enseña el sentido común, y también es perceptible en otros ámbitos resarcitorios, a falta de prueba específica en uno u otro sentido se impone la directiva del "punto medio aristotélico". (Zavala de González, Matilde M., Daño material de un joven incapacitado que no acredita actividad retribuida ¿Lucro cesante o frustración de chances" Publicado en: LNCLNC 2007-10-827; Cita Online: 0003/70040106-1).

Es por ello, que aplicaré fórmula "Méndez" teniendo en cuenta las siguientes variables: 18 años de edad, SMVM a la fecha de la sentencia de grado de $15.625 (Decreto 610/2019).(https://www.cronista.com/economiapolitica/Ya-es-oficial-la-suba-del-salario-minimo— vital-y-movil-en-tres-cuotas-20190903-0002.html Copyright © www.cronista.com), una incapacidad de 12,7% genérica, edad tope 75 años, tasa de descuento 4%. Arroja un resultado de $1.955.396.

Luego reduciré el monto que arroja el cálculo ($1.955.396) teniendo en cuenta que el joven Z. no trabajaba o no realizaba actividad económicamente productiva al momento del accidente (o no se acreditó), que la consecuencias concretas de la lesión son leves (pérdida de una leve movilidad del brazo y una cicatriz visible en el mismo), su juventud, el desconocimiento de si ha continuado con sus estudios o si trabaja, el tipo de lesión, etc. Es decir, las circunstancias concretas de Z. que le hacen perder oportunidades laborales o de realizar actividades económicamente remuneradas.

Ello así estimo que corresponde disminuir en aproximadamente 10 % el lucro cesante genérico calculado con fórmula Méndez.

De tal modo se justiprecia esta consecuencia dañosa en la suma de $200.000 fijados a la fecha de la sentencia de grado, con más los intereses que correspondan.

d. Conclusión e intereses

A la suma indemnizatoria de $360.000 corresponde adicionarle desde la fecha del hecho hasta el dictado de la sentencia de grado el 5% anual de interés a tasa pura y luego los intereses de la ley 9041 hasta el efectivo pago.

Por todo lo expuesto corresponde acoger el recurso de apelación de fs. 327 en contra de la sentencia de fs. 320/325, la que se modifica en todas sus partes y queda redactada del siguiente modo: "Admitir la demanda interpuesta por Cesar Dario Zacca en contra de la Dirección General de Escuelas y de Allianz Argentina Cía. de Seguros SA en los límites del seguros, en consecuencia, condenar en forma concurrente a estas a pagar a la primera, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de pesos trescientos sesenta mil, más los intereses establecidos en la presente resolución.

Así voto.

Las doctoras *Marsala* y *Carabajal Molina* adhieren, por sus fundamentos, al voto precedente.

2ª cuestión. — La doctora *Furlotti* dijo:

Atento el resultado al cual se ha arribado las costas de ambas instancias se imponen a los demandados vencidos. (arts. 36 CPCCyT).

Así voto.

Las doctoras *Marsala* y *Carabajal Molina* adhieren al voto que antecede. Por lo que resulta del acuerdo precedente, el tribunal resuelve: 1) Acoger el recurso de apelación de fs. 327 en contra de la sentencia de fs. 320/325, la que se modifica en todas sus partes y queda redactada del siguiente modo: "I.- Admitir la demanda interpuesta por A. D. Z. en contra de la Dirección General de Escuelas y de Allianz Argentina Cía. de Seguros SA en los límites del seguros, en consecuencia, condenar en forma concurrente a estas a pagar a la primera, dentro de los diez días de quedar firme la presente, la suma de pesos trescientos sesenta mil ($360.000), más los intereses establecidos en la presente resolución. "II.- Imponer las costas a los demandados vencidos." "III.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Fernanda Lucas, en la suma de pesos ... ($...), Dra. Graciela Gherzi, en la suma de pesos ... ($...), con más el IVA en caso de acreditación de la condición fiscal respectiva, y en consideración a la actuación efectivamente cumplida, sin perjuicio de los honorarios complementarios que pudiere corresponder. (Arts, 2, 3, 13, y 31 de la Ley Arancelaria nro.9131 vigente). 2) Imponer las costas a la parte apelada vencida. 3) Regular los honorarios profesionales, por la labor profesional desarrollada en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, Dra. Fernanda Lucas por la suma de pesos ... ($...), Dra. Bolinaga, María Belén, por la suma de pesos ... ($...), Dra. María Laura Gherzi, por la suma de pesos ... ($...), Dr. Boulin, Andrés, por la suma de pesos ... ($...), más IVA en caso de corresponder. (Arts. 2, 3, 13, 15 y 31 de la Ley 9131). Notifíquese con los alcances y efectos de la acordada 29.511 (prórroga de la inhabilidad extraordinaria por razones sanitarias ordenada por las Acordadas N° 29.502, 29.508 y demás normas complementarias). Oportunamente agréguese al expediente y bajen. — *Silvina D. C. Furlotti. — Gladys D. Marsala. — María T. Carabajal Molina.*

Thomson Reuters

PEATÓN LESIONADO POR VEREDA EN MAL ESTADO

Mujer que sufrió una caída provocada por el estado irregular de la vereda. Dueño o guardián. Acreditación del hecho dañoso. Responsabilidad del municipio y de la empresa de telefonía.

1. — Si bien es cierto que los deterioros en la vereda obedecieron a las obras que allí debía realizar la persona jurídica codemandada, no es menos real que la municipalidad no se desprendió de la titularidad de la cosa que provocara el daño ni de su obligación de vigilar el estado de aquélla, en cumplimiento de sus fines específicos, ello significa que la autorización concedida por el municipio para la concreción de las tareas que debía desempeñar la codemandada, no liberó a aquél por los eventuales daños que pudieran causarse a los particulares en la vía pública, pues de admitirse lo contrario ello supondría una abdicación absoluta de los deberes de prevención que le caben a la recurrente sobre las aceras en función de la policía municipal.

2. — Es dable señalar que si es obligación del Estado —en este caso municipal— controlar que las personas puedan transitar por la vía pública sin riesgos o peligros, esa protección naturalmente debe intensificarse en las inmediaciones de aquellos lugares públicos en los que se ejecutan obras a fin de garantizar la seguridad y salubridad de los ciudadanos (art. 6, Constitución de la Provincia de La Pampa). Con esto se quiere significar que, más allá de que la explotación de la obra en la vereda en la que se accidentara la actora estuviera a cargo de una empresa privada, el control y seguimiento necesario de la actividad delegada era responsabilidad del municipio aquí accionado.

3. — El juez tuvo por verificada la responsabilidad de la codemandada, ante las consecuencias del evento dañoso, al haberse reconocido su calidad de encargada y guardiana de la obra realizada en la vereda a la que se le asignó la calidad de viciosa y más allá de haber omitido una expresa mención de la norma en que se fundaba legalmente su responsabilidad, los argumentos vertidos por el magistrado de origen dejan en claro que la misma reside en el factor objetivo de atribución (guardián de la cosa viciosa) contenido en el art. 1113 —párrafo segundo— del derogado Código Civil.

CCiv., Com., Lab. y Minería, General Pico, Sala A, 12/03/2020. - Norverto, Elsa Rosa Dolores c. Municipalidad de General Pico y otros s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/16026/2020]

COSTAS

Se imponen a los recurrentes vencidos.

2ª Instancia.- General Pico, marzo 12 de 2020.

El doctor *Martín* dijo:

1. La sentencia definitiva obrante a fs. 670/685 vta. acogió la demanda de daños y perjuicios que Elsa Rosa Dolores Norverto interpusiera contra la Municipalidad de la ciudad de General Pico y Telefónica de Argentina SA, condenándolas a abonar la suma de $360.000,00 con más intereses. Hizo extensiva la condena a Mapfre Argentina Seguros SA en los límites de la cobertura contratada. Impuso las costas a las codemandadas vencidas. Asimismo, en otro punto del pronunciamiento, se decretó el rechazo de la acción deducida contra Mauro Ferraro, con costas a la actora vencida.

La decisión fue apelada por ambas condenadas, mientras que la letrada del codemandado Ferraro recurrió por su propio derecho. El municipio accionado expresó agravios a fs. 753/760, los que fueron contestados a fs. 762/768, fs. 775/778 vta. y fs. 813/814. En tanto, la empresa de telefonía demandada manifestó su disconformidad con la sentencia a fs. 838/839, la que mereció las réplicas de fs. 845/846, fs. 856/857 y fs. 859. Por último, la Dra. Pamela Manera expresó sus agravios a fs. 779/781 vta., siendo esa pieza respondida a fs. 787 y fs. 829.

2. El pronunciamiento de primera instancia, con sustento en la responsabilidad objetiva alojada en el segundo párrafo del art. 1113 del derogado Cód. Civil, condenó a la municipalidad de esta ciudad y a Telefónica de Argentina SA por los daños y perjuicios que la demandante denunció haber padecido como consecuencia de la pérdida de equilibrio y posterior caída provocada por el estado irregular de la vereda (baldosas sueltas y flojas a lo largo de una zanja paralela al cordón) por la que debió transitar —a las 23:45 horas aproximadamente del día 14/04/2012— al salir del restaurante Máximo, situado en calle ...

La empresa Telefónica de Argentina SA fue jurídicamente imputada en el carácter de encargada y guardiana de la obra realizada en la vereda a la que se le asignó la calidad de viciosa. Mientras que el municipio local fue responsabilizado con fundamento en su carácter de propietario de un bien de dominio

Thomson Reuters

público (vereda), del cual era su deber mantenerlo en condiciones para evitar perjuicios a terceros. Por último, el codemandado Ferraro fue eximido de responsabilidad y, por ende, se desestimó la demanda instaurada en su contra por no revestir calidad de propietario frentista.

En definitiva, la sentencia admitió la procedencia de los rubros "daño a la integridad corporal" ($270.000,00), "daño psicológico y moral" ($70.000,00) y "gastos médicos y de tratamiento" ($20.000,00).

3. Razones de índole metodológica imponen que, en primer lugar, se aborden los agravios proferidos por la Municipalidad de la ciudad de General Pico y Telefónica de Argentina SA vinculados a la decisión que se adoptara en materia de responsabilidad. A continuación, y de corresponder, se tratarán los agravios que los recurrentes introdujeran en relación a los rubros acogidos en la sentencia y el cuestionamiento formulado por el mencionado municipio en cuanto a la extensión de la condena dictada respecto de la tercera citada Mapfre Argentina Seguros SA Por último, se analizará el recurso incoado por la Dra. Pamela Manera.

Antes de abocarnos en el análisis de los recursos, entendemos oportuno recordar que en reiteradas oportunidades la CSJN ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes o probanzas producidas en la causa, sino únicamente aquéllos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (Fallos: 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121).

4. La responsabilidad.

4.1. La Municipalidad de General Pico refiere sentirse agraviada por las consideraciones efectuadas por el *a quo* para determinar el carácter riesgoso de la vereda, ello a raíz de la existencia de baldosas sueltas, zanja abierta y carencia de señalización en el lugar. Dice que disiente con la valoración probatoria que se formulara en tal aspecto del juicio.

La insuficiencia recursiva de este segmento de la apelación es manifiesta, pues el aludido cuestionamiento no deja de resultar una mera discrepancia con lo decidido por el juez de grado en ese plano.

En efecto, luego de un minucioso y armónico análisis de la prueba documental, informativa y testimonial colectada, el magistrado que precede exteriorizó su convicción en punto a que en fecha 15/04/2012, la vereda ubicada en calle 24 entre 17 y 19, "presentaba como vicio la existencia de baldosas sueltas, flojas, y una zanja a lo largo de la misma, carente de señalización alguna, lo que la hacían riesgosa para el tránsito peatonal para el cual está destinada" (fs. 673 vta.).

Lo cierto es que esa prolija y razonable deducción probatoria que condujo al juzgador a colegir la existencia de diversas irregularidades en la vereda en cuestión —sin cartelería o señalización que las alertara adecuadamente—, no ha sido embestida en forma concreta y circunstanciada por parte del municipio recurrente.

Es decir, la pieza recursiva bajo análisis carece de una sólida argumentación que exponga visiblemente el equívoco en el que habría incurrido el juzgador al valorar la prueba y que, consecuentemente, lo encaminara a una desacertada conclusión acerca de las anomalías que presentaba la vereda en cuestión. De tal suerte que la objeción de la quejosa se reduce a un simple desacuerdo con el parecer del sentenciante en esa arista del pleito.

Esta Cámara de Apelaciones ha dicho con insistencia que "El hecho de que la crítica sea concreta se debe a que la misma tiene que referirse específicamente al error de la resolución por el cual se reclama ante la alzada, pues los agravios deben ser hechos de modo claro y explícito, aspecto que constituye una carga procesal y deben contener una indicación detallada de los pretendidos errores u omisiones que se atribuyen al pronunciamiento. Que la crítica sea razonada importa que la misma debe contener fundamentos y una explicación lógica de por qué el juez ha errado en su decisión, es decir, ha de presentarse una crítica precisa de cuáles son los errores que la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos y de la valoración de la prueba o de la aplicación de las normas jurídicas (expte. N° 4836/11 r.C.A.).

Amén de la precariedad de la crítica, se observa que lo decidido en este costado de la sentencia encuentra un robusto respaldo en el convincente aporte testimonial del señor H. C. A. (fs. 396/397), de quien no puede afirmarse que tuviera relación alguna con Norverto con anterioridad al hecho que nos ocupa. El testigo, empleado de la estación de servicio situada frente al lugar de ocurrencia del siniestro, declaró que asistió a la actora luego de que sufriera la caída al salir del restaurante Máximo (2da. y 3ra.), manifestando que en la vereda "estaban todas las baldosas rotas" (6ta.) y que en el sitio en que aconteció el accidente no existía señalización (7ma.). Lo declarado por A. concuerda con los dichos vertidos por las testigos S. (fs. 384/386) y P. (fs. 389/390), quienes antes del lamentable suceso compartieron una cena con la accionante en el mencionado restaurante.

En definitiva, la objeción intentada por la apelante en este punto no reúne los recaudos previstos por

Thomson Reuters

el art. 246 del Cód. Procesal, por lo que se impone su desestimación.

4.2. También cuestiona el municipio la conclusión del decisorio impugnado en cuanto tuvo por acreditada, mediante una presunción legal, la causalidad entre los daños sufridos por la actora y la vereda viciosa existente en el lugar de la caída, descartando la versión propuesta por la quejosa acerca de una descompensación u otra circunstancia propia de una persona mayor de edad como Norverto. Denuncia una parcialización de los argumentos esgrimidos como respaldo de su articulación defensiva.

En el memorial, luego de transcribir en forma parcial lo relatado por las testigos S. y P., la quejosa asevera que no se encuentra acreditado que la caída de la demandante haya obedecido al mal estado de la vereda ni existen medios probatorios que demuestren las causas que la provocaron. En razón de ello y negando desliz alguno de su parte, refiere que queda evidenciada la culpa de la víctima en el acaecimiento del siniestro.

La objeción es decididamente inconsistente.

El sentenciante de origen expresó que la relación de causalidad existente entre los daños sufridos por Norverto y las irregularidades que la vereda presentaba en el lugar de la caída, no fue desvirtuada por la versión que la Municipalidad de General Pico introdujera en orden a "una descompensación u otras circunstancias propias de una persona mayor".

Es importante señalar que esa decisiva deducción de la sentencia no ha sido embestida certeramente por la apelante, tanto como que en el escenario de prueba de estos actuados no se advierte elemento probatorio alguno que permita forjar la convicción de que la actora sufriera alguna descompensación en los momentos previos a su violenta caída.

Y mucho menos puede aseverarse que en la causa haya quedado "evidenciada la culpa de la víctima" en el acaecimiento del evento dañoso, articulación defensiva que el municipio accionado formuló de modo extemporáneo al ejercer su facultad alegatoria (fs. 646) y reiteró con posterioridad al expresar agravios .

Por lo tanto, el agravio no puede prosperar.

4.3. En otro orden, el municipio se queja por las argumentaciones vertidas en el fallo tendientes a admitir su legitimación pasiva en el proceso. Expone que la responsabilidad que se le endilgara con apoyo en lo reglado por el art. 1113 del Cód. Civil deviene inaplicable, toda vez que el concepto de dueño al que alude de la norma corresponde al derecho privado y por lo tanto resulta incompatible con la noción de derecho público. Agrega que, por el contrario, el encuadre normativo aplicable residiría en el art. 1112, en conjunción con el art. 2340 del mencionado cuerpo legal. En esa línea interpretativa, invoca su ausencia de responsabilidad al no acreditarse la omisión de las medidas necesarias de vigilancia y control para evitar daños a personas o cosas.

Se anticipa que la protesta de la recurrente no puede ser atendida, pues el encuadre jurídico al que acudió el juez de primera instancia para decidir la contienda ha sido el adecuado.

Si bien en el apartado I.a) de la sentencia de grado —inherente a la legitimación pasiva de la recurrente— no se hace expresa mención al art. 1113 del derogado Cód. Civil, es indudable que el fundamento legal de la condena recaída contra la municipalidad de esta ciudad en relación a los daños relevados, se asienta en la responsabilidad objetiva alojada en el segundo párrafo de ese dispositivo legal (riesgo o vicio de la cosa). Para así decidir, el *a quo* consideró acreditados los presupuestos de procedencia para la mentada atribución de responsabilidad, en el entendimiento de que la vereda (viciosa) como espacio destinado a la circulación de los particulares, se encontraba bajo el dominio público del estado municipal (art. 2340 inc. 7°, Cód. Civil).

La atribución de responsabilidad decretada por el juez de primera instancia guarda afinidad con el criterio rector que, en la materia, predica que la responsabilidad primaria por los daños causados por el vicio o mal estado de las aceras compete al municipio, en su carácter de titular del dominio público de tales bienes (arts. 2339 y 2340, Cód. Civil) (Responsabilidad por el daño sufrido por un peatón a consecuencia del mal estado de la acera, Brebbia, Roberto H., LA LEY 1988-E, 507, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 1029, AR/DOC/3422/2001).

En ese mismo rumbo argumental —que desde ya se comparte— se orienta la jurisprudencia al sostener que "...si la cosa cuyo riesgo o vicio produjo el daño se encontraba en la vía pública y en tanto las aceras forman parte del dominio público del estado y se encuentran bajo la guarda de la Municipalidad (arts. 2339 y 2340, inc. 7 y 2342 del Cód. Civil), es este el factor de imputación jurídica para que aquélla responda por el perjuicio ocasionado en la órbita del art. 1113 del Cód. Civil, pues era su deber mantenerla en condiciones para evitar perjuicios a terceros, tanto dentro de las funciones de policía que le atañen, cuanto por ser la vía pública parte del dominio público del estado. En tanto las empresas de servicios públicos deben requerir a la Municipalidad los correspondientes permisos para y con carácter previo a la realización de los

Thomson Reuters

trabajos en la vía pública, queda a cargo de aquélla el deber de vigilancia y control, tendientes a procurar las mayores condiciones posibles de seguridad y evitar que se cause perjuicios a terceros (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 17/05/2019, S., L. M. c. Z., F. J. y otros s/ daños y perjuicios, LA LEY 04/07/2019 - AR/JUR/17525/2019).

La orientación que emana del transcripto precedente jurisprudencial también se encarga de derrumbar la defensa que la recurrente enarbolara proclamando su falta de responsabilidad por la culpa de un tercero por quien no debería responder. Ese tercero, la codemandada Telefónica de Argentina SA, según el entendimiento del municipio local era —al momento del siniestro— el titular de la obra y, como tal, ostentaba la supervisión e inspección de las tareas a realizar.

La intención de la Municipalidad de la ciudad de General Pico de desvincularse del proceso con apoyo en esa articulación defensiva resulta inatendible.

Si bien es cierto que los deterioros en la vereda obedecieron a las obras que allí debía realizar la persona jurídica codemandada, no es menos real que la municipalidad no se desprendió de la titularidad de la cosa que provocara el daño ni de su obligación de vigilar el estado de aquélla, en cumplimiento de sus fines específicos.

Ello significa que la autorización concedida por el municipio para la concreción de las tareas que debía desempeñar Telefónica de Argentina SA —incluso a través de la empresa contratada Plantel SA— no liberó a aquél por los eventuales daños que pudieran causarse a los particulares en la vía pública. Sin dudas, como fuera expresado en el fallo más arriba citado, de admitirse lo contrario ello supondría una abdicación absoluta de los deberes de prevención que le caben a la recurrente sobre las aceras en función de la policía municipal.

En este orden de ideas, es dable señalar que si es obligación del estado —en este caso municipal— controlar que las personas puedan transitar por la vía pública sin riesgos o peligros, esa protección naturalmente debe intensificarse en las inmediaciones de aquellos lugares públicos en los que se ejecutan obras a fin de garantizar la seguridad y salubridad de los ciudadanos (art. 6, Constitución de la Provincia de La Pampa). Con esto se quiere significar que, más allá de que la explotación de la obra en la vereda en la que se accidentara la actora estuviera a cargo de una empresa privada, el control y seguimiento necesario de la actividad delegada era responsabilidad del municipio aquí accionado.

Por todo lo antedicho el agravio debe ser desestimado.

4.4. Asimismo, la Municipalidad de General Pico objeta el decisorio en crisis porque decretó la falta de legitimación pasiva del codemandado Mauro Ferraro. Sostiene que éste, en su condición de inquilino y explotador del restaurante Máximo, debería ser considerado guardián responsable de la construcción, mantenimiento y conservación de la vereda contigua al inmueble. A su vez, refiere que en tal carácter y al advertir el estado anómalo de la vereda, bien pudo haber efectuado la denuncia de esa situación ante el municipio.

El magistrado que precede resolvió, luego de formular consideraciones de diversa índole, que la acción promovida contra Ferraro no podía prosperar porque no revestía la calidad de propietario frentista que se le imputara en la demanda. Citando un precedente de este tribunal, expuso que el dueño de la vereda en cuestión era el municipio y el guardián el propietario frentista, siendo que el demandado Ferraro resultaba ser el inquilino del bien inmueble en el que explotaba un emprendimiento gastronómico.

Interesa resaltar que al fundamentar esa determinación el *a quo* introdujo una consideración que en esta instancia de revisión y por las razones que expondré seguidamente, resulta dirimente a efectos de confirmar la decisión impartida en este terreno de la sentencia apelada.- En efecto, luego de adelantar que la demanda no tendría éxito respecto de Ferraro por no resultar propietario frentista, el magistrado expresó que resultaba "...sobreabundante considerar las dudas existentes respecto de si la caída ocurrió en la porción de vereda correspondiente al inmueble de calle ... donde funciona el Restaurante Máximo, o como podría desprenderse de los gráficos efectuados por testigos a fs. 390 y 396 y se menciona a fs. 652 en el alegato de Ferraro; en la vereda correspondiente al frentista lindero (jardín o guardería) ya que la actora se habría dirigido hacia la calle ...".

Así, de pronto, una cuestión que por las indicadas razones para el juez de grado se volvió sobreabundante o irrelevante, en esta instancia procesal —como veremos— adquiere una significativa trascendencia.

La sentencia apelada revela de modo inocultable la existencia de un marco de duda en cuanto al preciso lugar de la vereda en el que habría acontecido la brusca caída de la demandante. En otros términos, el pronunciamiento apelado refiere la imposibilidad de afirmar con certeza que el accidente sufrido por Norverto se produjera en el sector de la vereda perteneciente al restaurante que explotara Ferraro.

Thomson Reuters

Frente a ese contexto, cuadra indicar que la municipalidad recurrente no se agravió puntualmente de la mentada indeterminación de la sentencia (tampoco lo hicieron los restantes apelantes), sino que su crítica transita por otro carril, orientado a cuestionar la eximición de responsabilidad de Ferraro decretada bajo el argumento de no resultar propietario frentista —sino locatario— del inmueble situado en calle ...

Es decir que esa indefinición fáctica (cuestión de hecho), al no haber sido objeto de una crítica concreta y circunstanciada por parte de la apelante, impide a este tribunal de alzada ingresar en su examen (art. 257, Cód. Procesal).

Por lo antedicho, a esta altura del proceso no puede afirmarse con certidumbre que el siniestro aconteciera en la vereda adyacente al restaurante que explotara el accionado Ferraro. Y por lógica consecuencia, lo que en realidad ahora deviene sobreabundante es analizar su responsabilidad, incluso como locatario del bien inmueble en el que funcionara ese emprendimiento gastronómico.

Entonces, las razones expuestas hasta aquí ameritan denegar la procedencia del agravio.

4.5. Por su parte, Telefónica de Argentina SA se agravia de la sentencia en virtud de la responsabilidad que allí le fuera endilgada. Esgrime que en el pronunciamiento de origen se la ha encontrado responsable de las consecuencias dañosas sufridas por la actora sin indicar fundadamente las razones de tal atribución de responsabilidad. Considera que es el municipio accionado quien debió adoptar las medidas necesarias para que el siniestro no ocurriera, siendo que los vecinos no pagan sus contribuciones para que la empresa de telefonía mantenga en buenas condiciones los lugares públicos.

Se anticipa que el planteo recursivo no puede ser atendido.

El juez tuvo por verificada la responsabilidad de Telefónica de Argentina SA ante las consecuencias del evento dañoso, al haberse reconocido su calidad de encargada y guardiana de la obra realizada en la vereda a la que se le asignó la calidad de viciosa. Más allá de haber omitido una expresa mención de la norma en que se fundaba legalmente su responsabilidad, los argumentos vertidos por el magistrado de origen dejan en claro que la misma reside en el factor objetivo de atribución (guardián de la cosa viciosa) contenido en el art. 1113 —párrafo segundo— del derogado Cód. Civil.

Al contestar la demanda instaurada en su contra, la recurrente denunció la inexistencia de responsabilidad de su parte invocando la culminación de las obras —autorizadas por el municipio local y luego asignadas por la empresa telefónica a la firma Plantel SA— con anterioridad a la fecha de ocurrencia del accidente (cfme. fs. 150 vta.). Sin embargo, tal alegación defensiva no fue acreditada y así se encarga de destacarlo rotundamente el fallo de primera instancia, sin que ese aspecto del decisorio haya sido materia de agravios.

Se advierte que la fundamentación del recurso bajo estudio se asienta en un eje defensivo que se distingue notoriamente del volcado en el escrito de contestación de demanda.

Pues ahora, en su pieza recursiva Telefónica de Argentina SA reclama la desvinculación de responsabilidad pretendiendo —infructuosamente— trasladarla en forma exclusiva al municipio local, sin exponer en debida forma la causal eximente (culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, o caso fortuito) que le permita eludir las consecuencias del evento dañoso.

Al respecto, resulta oportuno y esclarecedor citar un precedente jurisprudencial —de similares características al presente, aunque allí no hubo un municipio demandado— en el que la apelante también fue condenada en base a los siguientes argumentos: "Configura cosa riesgosa susceptible de generar responsabilidad objetiva para su dueño o guardián —art. 1113, párr. 2°, parte 2ª, Cód. Civil— la excavación o zanja abierta con motivo de la realización de obras en la acera —en el caso, el reclamante se precipitó accidentalmente dentro de la depresión—, atento al vacío que conlleva, salvo demostración de la culpa de la víctima o de un tercero por el cual el dueño o guardián no deba responder [...] La licenciataria telefónica que reviste calidad de comitente de una obra realizada en la vía pública debe responder en forma solidaria con el contratista por los daños que la misma haya irrogado en el caso, al caer un transeúnte dentro de una zanja o excavación—, no sólo por su calidad de guardián o usuario de la cosa riesgosa —art. 1113, párr. 2°, parte 2ª, Cód. Civil—, sino también por incumplimiento de la obligación de supervisar las obras que se realicen a su beneficio, lo cual le exige ejercer una razonable vigilancia sobre las condiciones en que éstas se efectúan, a fin de evitar consecuencias dañosas" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 18/06/2003, Fagundez, Olga A. c. Telefónica de Argentina SA, JA, 01/10/2003, 39 DJ, 2003-3, 749 - AR/JUR/2327/2003).

En fin, el planteo de la recurrente lejos está de evidenciar la acreditación de alguna eximente de responsabilidad que haya sido oportunamente invocada

Thomson Reuters

e inobservada por el sentenciante de primera instancia.

Por ende, el agravio debe ser rechazado.

5. Los rubros de condena.

5.1. La Municipalidad de General Pico y Telefónica de Argentina SA coinciden en agraviarse respecto de la procedencia del rubro denominado daño a la integridad corporal (incapacidad sobreviniente).

El municipio expresa que el juez de primera instancia de modo injustificado crea una propia fórmula de cálculo para determinar una supuesta indemnización por incapacidad sobreviniente, contrariando las pruebas y circunstancias acreditadas en el expediente. Objeta la cantidad de años de vida útil restantes empleados a los fines de estimar el monto indemnizatorio. Solicita se revoque lo decidido en la instancia anterior y se rechace el rubro.

La empresa de telefonía protesta por el importe admitido por dicho concepto, calificándolo como arbitrario e irrazonable. Denuncia una incongruencia del *a quo* al sustituir la actividad probatoria de las partes, acudiendo a un trámite de beneficio de litigar sin gastos para elevar el ingreso dinerario mensual de la actora y, consecuentemente, el cálculo del rubro en cuestión.

Ambos cuestionamientos no pueden tener favorable recepción.

Más allá de la insuficiencia que el escrito de demanda evidencia en la exposición del concepto bajo análisis, es menester recordar que en función de lo normado por el art. 157 del Cód. Procesal, la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté comprobada, aunque no resultare justificado su monto.

En nuestro caso, el juez tuvo por acreditada la relación de causalidad existente entre la vereda viciosa en la que se accidentara la demandante y el daño por ella sufrido. Luego, como consecuencia de esa dirimente conclusión e invocando el deber de reparación integral, dijo que a los fines de la estimación del rubro aplicaría la fórmula actuarial de frecuente uso por parte de este tribunal —con mínimas modificaciones para su adecuación al caso de autos—, la que detalló con toda claridad.

Siendo esto así, el proceder del *a quo* en este plano de ningún modo puede ser calificado como injustificado, arbitrario o contradictorio con el escenario de prueba reunido en la causa.

En lo que respecta al factor "años de vida útil" empleado en la fórmula actuarial, el magistrado entendió procedente computar siete —7— años, habida cuenta que la damnificada al momento del hecho contaba con 76 años y al dictado de la sentencia ya habían transcurrido más de cinco —5— años desde entonces. Admitió que ese cómputo implicaría superar los promedios de vida vigentes, pero que ello no significaba incurrir "en una riesgosa futurología, puesto que en la actualidad la actora ya ha traspasado el umbral de las ocho décadas sin haberse informado en autos ningún padecimiento adicional a los que se acreditaron como consecuencia del accidente que nos ocupa" (fs. 680).

El municipio apelante disiente con esa determinación, pero solo eso, pues en rigor omite atacar fundadamente la línea argumental que el juzgador suministró para decidir de ese modo y en ese particular segmento de la fórmula indemnizatoria empleada. La objeción es deficiente, ya que como tantas veces se ha dicho, la mera discrepancia, disentimiento o disconformidad con el juez, en modo alguno constituyen una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas en los términos exigidos por el art. 246 del Código Procesal (expte. N° 4836/11 r.C.A.-).

Por su parte, Telefónica de Argentina SA esgrime que el sentenciante se encuentra impedido de "basarse en una prueba producida en otro expediente". Tal afirmación es inconducente, pues la causa judicial a la que hace referencia es el beneficio de litigar sin gastos promovido por Norverto (N° C-40.513/12), en el que a la quejosa se le otorgó efectiva participación procesal (cfme. fs. 16 vta.). Por ende, no se trata de un proceso desconocido para la recurrente, todo lo contrario.

Por obra del principio de adquisición procesal, ese expediente de beneficio de litigar sin gastos quedó incorporado al proceso principal como prueba para todas las partes. Al respecto, distinguida doctrina enseña que si bien las cargas de la afirmación y de la prueba se hallan distribuidas entre cada una de las partes, los resultados de la actividad que aquéllas realizan en tal sentido se adquieren para el proceso en forma definitiva, revistiendo carácter común a todas las partes que en él intervienen. La apuntada circunstancia es consecuencia del llamado principio de adquisición, en cuya virtud los efectos de los actos procesales son susceptibles de beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes, y, por lo tanto, incluso a aquella que solicitó su cumplimiento (Lino E. Palacio, Derecho Procesal Civil, T. 1, ps. 283/284, Abeledo-Perrot, 2ª edición, año 2009).

Thomson Reuters

Por lo demás, se comparte en plenitud la valoración probatoria que atinadamente efectuara el juez de grado ante las probanzas reunidas en el mencionado incidente, de modo que debe confirmarse la decisión adoptada por el juez de grado en cuanto a la estimación de los ingresos mensuales de la accionante Norverto.

5.2. En otro pasaje de su crítica, la municipalidad apelante dice que es infundada la decisión de establecer la suma de $70.000,00 comprensiva de los supuestos daños psicológicos y morales padecidos por la actora. Si bien comparte que el dictamen elaborado por el perito psiquiatra solo justificaría la procedencia del daño moral, de todos modos considera excesivo el monto acogido, unificando ambos rubros. Solicita la reducción cuantitativa del daño moral.

En la sentencia impugnada se abordaron en forma conjunta el daño psicológico y el moral, teniéndose en especial consideración que la demandante —al momento del siniestro contaba con 75 años de edad— debió permanecer —postrada— en un instituto geriátrico de esta ciudad durante más de tres meses, padeciendo los dolores que le provocaran las diversas fracturas constatadas por el perito traumatólogo actuante (pelvis, muñeca y hombro izquierdo, cfme. fs. 427/430).

Se admitió el reclamo en la suma de $70.000,00 comprensiva tanto de los daños psicológico y moral padecidos, como del costo de tratamiento sugerido por el experto en psiquiatría.- - Es incuestionable que las importantes lesiones que sufrió la actora y el consecuente período de rehabilitación que demandaron, han provocado en la damnificada diversas angustias, dolores, molestias y sinsabores. Estas significativas afecciones, en virtud de lo dispuesto por el art. 1078 del Cód. Civil, en la instancia anterior fueron merecedoras de un resarcimiento cuya cuantía, a la luz de lo acontecido, no luce elevada.

La exigua objeción formulada por la quejosa no logra conmover los cimientos en que se apoya la decisión pronunciada en este costado del reclamo, ya que se circunscribe a verter una consideración puramente dogmática, omitiendo dirigir su cuestionamiento a los concretos argumentos que en definitiva condujeron al sentenciante a acoger el rubro extrapatrimonial en el monto más arriba indicado.

El recurso en este punto tampoco habrá de prosperar.

5.3. Finalmente, en cuanto a los gastos médicos y de tratamiento acogidos en el fallo, entiende el municipio recurrente que su admisión resulta insostenible ya que la demandante reconoció contar con obra social, lo que le habría permitido acceder a las prestaciones sin costo alguno.

Peticiona se rechace el concepto o, en su defecto, se reduzca su cuantía.

La accionante reclamó la suma de $40.000,00 en concepto de gastos médicos y de tratamiento irrogados por las lesiones sufridas (hospitalización, intervención quirúrgica, traslado, farmacia, cuidados personales y rehabilitación). Al resolver esta pretensión resarcitoria, el *a quo* invocó inicialmente su apego a un criterio amplio o flexible en la valoración de este singular rubro. Seguidamente destacó la escasa actividad probatoria de la reclamante, el hecho de que se encontraba acreditado que gozaba de la cobertura de una obra social (Sempre) y también puso de relieve la erogación —aproximadamente de $16.000,00— que Norverto habría tenido que desembolsar en su etapa de internación —abril/julio de 2012— en el geriátrico Instituto Modelo de esta ciudad. Ante ese escenario, consideró justo acoger la pretensión en la suma de $20.000,00.

Se anticipa la confirmación de lo decidido en primera instancia.

Según la orientación de nuestro Máximo Tribunal de Justicia en la materia bajo análisis, atento a la necesidad de salvaguardar el principio de la reparación integral del daño causado, debe integrar el resarcimiento, aunque no hayan sido materia de prueba, los gastos médicos y de farmacia que guarden razonable proporción con la naturaleza de las lesiones sufridas por el actor (CSJN, Fallos: 288:139).

En sentido coincidente se expide la doctrina autoral, al enseñar que los gastos de farmacia son resarcibles aunque no aparezcan documentados o no se hayan autenticado los recibos respectivos, siempre que sean proporcionales a la importancia de las lesiones sufridas, es decir cuando guardan razonable congruencia con el carácter y gravedad de las lesiones, y con el ulterior tratamiento que la naturaleza de ellas autoriza a presumir (Félix A. Trigo Represas - María I. Benavente, "Reparación de daños a la persona", T. III, p. 385, LA LEY).

Ese ha sido también el criterio constante de esta alzada, al admitir la indemnización de dichos gastos aun sin prueba documental que los respalde, cuando ellos son razonables y acordes con las lesiones comprobadas (exptes. 394/95, 1160/98, 1784/2002, 1861/2001, 1820/2001, 2680/2003 y 2007/2001 —r.C.A.—, entre otros). Incluso, se ha resuelto que la circunstancia de que los damnificados hayan estado cubiertos por una obra social no altera la situación, aunque requiere

Thomson Reuters

que la estimación judicial se realice con especial prudencia (exptes. 3234/05 y 3802/08, r.C.A.).

Al respecto deviene propicio agregar que "No obsta a la admisión de la partida la pertenencia de la víctima a una obra social, adhesión a un sistema de salud prepago o su atención en hospital público, pues existe siempre una serie de gastos que se encuentra a cargo de los afiliados o parientes y que aquellos no cubren, sin perjuicio de que, cuando existe total o parcial orfandad de prueba documental, en el monto a fijarse deben ser consideradas tales circunstancias" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 17/05/2019, S., L. M. c. Z., F. J. y otros s/ daños y perjuicios, LA LEY 04/07/2019 - AR/JUR/17525/2019).

En fin, la valoración del aspecto probatorio que concierne al rubro en estudio a través de un criterio amplio —lo que significa dispensar una certera acreditación de los gastos efectuados—, reside en la razonable circunstancia de que los desembolsos que generalmente se afrontan por asistencia médica, farmacéutica y sanatoriales no resultan en todos los supuestos de fácil demostración e incluso no son cubiertos en su totalidad por la obra social. Por otra parte, se presume que en ese trance el interés primordial de la víctima o de sus familiares no consiste en acumular pruebas para un eventual reclamo judicial, sino naturalmente, en la pronta atención y bienestar del afectado.

Desde tal perspectiva, teniendo especialmente en cuenta la gravedad de las lesiones experimentadas por Norverto (la obligaron a permanecer internada en un geriátrico por un prolongado período de rehabilitación) y aún sin dejar de ponderar que ante la contingencia la damnificada estuvo amparada por una obra social, la cuantía dineraria acordada en la instancia previa en orden al presente rubro no deja de resultar prudencial. Es por ello que se propone el rechazo del agravio.

6. La extensión de la condena.

La Municipalidad de General Pico objeta los alcances con los que en la sentencia apelada se hiciera extensiva la condena a Mapfre Argentina Seguros SA. Indica que ello obedece a una errónea interpretación del juzgador respecto de la póliza que fuera contratada por Telefónica de Argentina SA y, en ese entendimiento, solicita se revoque lo decidido ordenándose que la sentencia se haga extensiva a la aseguradora por la totalidad del monto de condena, sin condición o limitación alguna.

Lo decidido en el pronunciamiento apelado en cuanto a la extensión de la condena en relación a la compañía aseguradora se ajusta a lo normado por el art. 118 de la ley de seguros N° 17.418 (L.S.) y, en consecuencia, a los expresos términos contenidos en la póliza de responsabilidad civil (N° ...) y certificado de cobertura. De modo que el cuestionamiento de la recurrente no podrá ser atendido.

En efecto, luego de analizar la documentación pertinente, el *a quo* puso de relieve la existencia de una franquicia (US$70.000,00) a cargo de la asegurada Telefónica de Argentina SA y consideró debidamente justificada la citación al pleito de Mapfre Argentina Seguros SA Finalmente, resolvió que a dicha aseguradora debía hacérsele extensiva la condena en los términos del art. 118, párrafo tercero, de la L.S. y en los límites de la cobertura oportunamente contratada mediante la referenciada póliza.

Es verdad que en la sentencia atacada ninguna mención se hizo en relación a la inclusión —en el marco del mencionado contrato y en el carácter de coasegurada— de la garantía estipulada a favor de la Municipalidad de la ciudad de General Pico, por un monto de $600.000,00. Ello surge con toda claridad del certificado de póliza luciente a fs. 73. Sin embargo, esa omisión del veredicto no tiene aptitud para revocar los alcances con los que el decisor decretó hacer extensiva la condena a la aseguradora.

Es que, más allá del aludido carácter de coasegurado que reviste el municipio recurrente y que no puede ser desconocido, al mismo tiempo, del contrato de seguro en cuestión emana de modo indubitable la estipulación acerca de una franquicia o deducción a cargo de la asegurada codemandada Telefónica de Argentina SA.

En ese contexto, lo resuelto por el juez de grado al "hacer extensiva la condena a Mapfre Argentina Seguros SA en los términos del art. 118, párrafo 3°, de la ley 17.418; y en los límites de la cobertura contratada mediante póliza ..." (cfme. punto II de la parte dispositiva de la sentencia, fs. 684 vta./685), se erige como determinación adecuada al caso concreto e indiscutiblemente acorde al régimen legal aplicable.- - — Por lo tanto, dejando a salvo la garantía que en la especie se estipulara a favor del municipio y su eventual invocación en la etapa procesal oportuna, lo cierto es que la pretensión recursiva de la quejosa de extender la sentencia a la asegurada "sin condiciones o limitaciones" (fs. 760) no puede lograr éxito, ya que es sabido que la sentencia de condena contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador "en la medida del seguro", debiendo ello entenderse como entidad cuantitativa referida a los límites económicos de garantía asegurativa, como así a la delimitación subjetiva y objetiva del riesgo (Rubén S. Stiglitz - Gabriel A., "Derecho de Seguros", T. IV, p. 237, LA LEY).

Thomson Reuters

En el sentido indicado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que no hay razón legal para limitar los derechos del asegurador prescindiendo de los términos del contrato de seguro, que la ley reconoce como fuente de la obligación y al que se halla circunscripto el alcance de su responsabilidad (CSJN, 27/12/1996, "Tarante C. c. Eluplast SRL", LA LEY 1997-C, 995, jurisp. agrup. Caso N° 11.557).

Se concluye entonces en la improcedencia del agravio, toda vez que lo resuelto por el magistrado de primera instancia en lo inherente a la extensión de la condena a la compañía aseguradora citada al juicio se enmarca en los términos legales de la previsión establecida por el tercer párrafo del art. 118 de la L.S.

7. El recurso de la Dra. Pamela Manera.

Por último, corresponde tratar el recurso de apelación deducido, por derecho propio, por la letrada del codemandado Ferraro. La abogada muestra su disconformidad con el veredicto en dos aspectos, por un lado, considera que el monto de honorarios asignado al litisconsorcio pasivo es bajo y, por el otro, que la regulación que le fuera fijada particularmente resulta exigua en función de la calidad, eficacia y extensión de la labor profesional que dijo haber cumplido.

Ingresando ya al aspecto central del agravio interesa indicar que a la recurrente, letrada apoderada del codemandado Ferraro a cuyo respecto en esta segunda instancia se propicia la confirmación del rechazo de la demanda contra él instaurada, se le asignó un 6,76% de honorarios a calcularse respecto de la suma de $430.000,00 con más intereses desde la fecha del hecho dañoso.

En tanto, a los restantes letrados —apoderados— que intervinieran en el litisconsorcio pasivo en representación de la Municipalidad de la ciudad de General Pico y Telefónica de Argentina SA, se les reguló un 5,50% a cada uno de ellos. Mientras que al abogado de la tercera citada Mapfre Argentina Seguros SA, por una participación procesal más acotada, se le fijó un 1,85%. Según lo decidido en la anterior instancia, estos porcentuales deben aplicarse sobre el monto de condena ($360.000,00) más los intereses establecidos desde la fecha del accidente.

A esta altura es posible adelantar que los honorarios profesionales de la Dra. Manera deben elevarse.

Pues bien, a esa conclusión se arriba luego de ensayar un análisis comparativo de los porcentuales honorarios asignados a los diversos profesionales en el marco del litisconsorcio pasivo, desde luego, sin dejar de meritar que la demanda entablada contra el cliente de la abogada apelante ha sido rechazada, así como también considerando el mérito de su labor profesional, apreciada por su calidad, eficacia y extensión de las tareas desplegadas.

En ese orden de ideas, el 6,76% de honorarios regulados en la instancia de grado a favor de la aquí impugnante resulta escaso. Debe reconocerse que la amplitud y calidad de las tareas y, desde ya, el resultado obtenido, imponían una mayor retribución. Se justifica entonces la elevación de honorarios pretendida.

En virtud de las pautas alojadas en los arts. 6, 7, 9, 11 y 38 de la NJF N° 1007 y sin dejar de ponderar que la base de cálculo respecto de la cual se han regulado los estipendios de la letrada recurrente es de mayor cuantía que la ordenada para el resto de los letrados que intervinieran en el litisconsorcio pasivo, se estima justo y prudencial que los honorarios profesionales de la Dra. Manera se eleven al 8,50%.

8. Conclusión.

En función de lo decidido en los apartados que anteceden las apelaciones planteadas se resuelven con los siguientes alcances: a) rechazar el recurso de apelación deducido por la Municipalidad de la ciudad de General Pico a fs. 715; b) rechazar el recurso de apelación deducido por Telefónica de Argentina SA a fs. 730; c) imponer las costas de alzada de ambas apelaciones a los recurrentes vencidos; d) hacer lugar al recurso de apelación deducido a fs. 716 por la Dra. Pamela Manera, elevándose sus honorarios profesionales al 8,50 %, a calcularse sobre el monto indicado en el punto VIII del fallo apelado y con la aplicación de los intereses fijados en primera instancia. Las costas de alzada de este recurso se imponen a la parte actora.

El doctor *Ibáñez* dijo:

Por sus fundamentos, adhiero al voto del colega preopinante.

En consecuencia, la Sala A de la Cámara de Apelaciones resuelve: I. Rechazar los recursos de apelación deducidos por Municipalidad de General Pico (fs. 715) y Telefónica de Argentina (fs. 730). Costas a los recurrentes vencidos. II. Regular los honorarios de segunda instancia de los Dres. María V. Malvicino, Claudia V. Viera, Guillermo A. Martín y Leonardo Ananía en el 30% de los fijados para la primera instancia; los de la Dra. María J. Coito y Javier Torroba en el 30% de los fijados a los abogados de la actora, en todos los casos en el punto IV del fallo apelado; y los de la Dra. Pamela Manera en el 30% del porcentaje regulado para primera instancia en el punto siguiente de este decisorio (III). III. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Dra. Pamela Manera a fs. 716 y ele-

Thomson Reuters

var el porcentaje de sus honorarios profesionales por su actuación en Primera Instancia al 8,50%. Costas a la actora. IV. Regular los honorarios de alzada de las Dras. Pamela Manera y María Julia Coito en las sumas de $ ... y $ ..., respectivamente. V. Disponer que en todos los casos se compute capital más intereses y se adicione el IVA si correspondiere. Protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase al juzgado de origen. — *Mariano C. Martín. — Roberto M. Ibáñez.*

DAÑOS OCASIONADOS POR POLICÍA

Disparo de arma reglamentaria realizado por un policía un día de franco. Responsabilidad civil del autor del hecho y de la institución policial. Indemnización.

> Ni la circunstancia de que el policía se encontrara en franco de servicio, ni que la propia institución policial resolviera posteriormente su cesantía con fundamento en la violación de los deberes y obligaciones inherentes a su condición de policía, obstan a la responsabilidad que le cabe a la institución policial por la actuación de su dependiente, que mediante la utilización del arma de fuego provista por la institución causó graves daños a la actora.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Disparo de arma de fuego realizado por un policía con su arma reglamentaria.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Edad: 18 años

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $240.000.-

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $230.000.-

Daños varios: Tratamiento psicológico $100.000.-

CNFed. Civ. y Com., sala III, 06/03/2020. - Z., L. A. c. Policía Federal Argentina y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/473/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 6 de 2020.

La doctora *Medina* dijo:

I. Mediante su decisión de fs. 628/633, el juez *a quo* dispuso hacer lugar a la demanda promovida por L. A. Z., con el objeto de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos a raíz de las lesiones provocadas por el disparo recibido del Sr. M. A. A. P., integrante de la demandada Policía Federal. En consecuencia, condenó al autor del hecho y a la institución policial a abonarle la suma de $500.000 con más sus intereses y costas.

Para así decidir, en primer lugar consideró acreditado con las constancias de la causa penal que tuvo a la vista, que el día 2 de diciembre de 2007, la actora junto con otras dos personas se desplazaban en un vehículo Ford Ka y al acercarse a la intersección con la calle Liniers, en la localidad de Quilmes, imprevistamente recibieron varios disparos realizados por el codemandado P. con su arma de fuego reglamentaria, uno de los cuales hirió a la actora.

Respecto del Sr. P., el juez de grado resolvió que su responsabilidad quedaba acreditada con la autoría del hecho resuelta en sede penal, sin perjuicio de su falta de contestación de la pretensión civil. En cuanto a la Policía Federal, determinó que su responsabilidad extracontractual estaba determinada por la falta de servicio evidenciada en el hecho de que un integrante de la fuerza disparara con su arma reglamentaria sin razón alguna, ocasionándole un daño cierto a la actora.

II. Contra esta decisión apelaron la parte actora a fs. 639 (recurso concedido a fs. 641) y la institución policial a fs. 637 (recurso concedido a fs. 638). La actora expresó agravios a fs. 648/661 y lo propio hizo la demandada a fs. 664/668. Corridos los traslados, sólo la demandante lo contestó a fs. 670/687.

Asimismo se han presentado recursos contra la regulación de honorarios (ver fs. 637 y 640, concedidos a fs. 638 y 641) que, en caso de corresponder, serán tratados en conjunto al final del Acuerdo.

III. Previo al análisis de los agravios articulados, corresponde que me expida sobre el derecho aplicable a la resolución del presente conflicto atento a que a partir del 1° de agosto de 2015, se encuentra vigente un Cód. Civil y Comercial Unificado que reemplazó al Cód. Civil y al Código de Comercio. En tal sentido y de conformidad con lo decidido en la causa 2862/2000 del 17/11/2015, en atención al tiempo en que ocurrieron los hechos dañosos que se discuten y la fecha en que se trabó la litis, corresponde aplicar las disposiciones del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, no obstante

Thomson Reuters

lo cual no descarto citar algunas normas del nuevo ordenamiento, pero no título de ley sino de doctrina corroborante con la fundamentación jurídica que adoptaré.

IV. Dicho esto, iniciaré el tratamiento de los temas sometidos a conocimiento del Tribunal comenzando por lo concerniente a la responsabilidad para luego, en la medida en que resulte pertinente, hacer lo propio con los restantes agravios.

En tal sentido, debo señalar que si bien este tribunal tradicionalmente observa un criterio amplio para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios, por estimar que es el que mejor se adecua a un cuidadoso respeto del derecho constitucional de la defensa en juicio (ver causas 7811/02 del 29/08/2008; 4522/01 del 17/06/2011 y 12.795/04 del 04/11/2011; en igual sentido, Sala II, causas 5003 del 05/04/2077 y 5539 del 12/08/1977; entre muchas otras), advierto que el escrito presentado por el Estado Nacional no reúne los requisitos mínimos como para ser considerado en esta instancia, toda vez que no constituye una crítica concreta y razonada del fallo.

En efecto, el Estado Nacional insiste en plantear las mismas cuestiones que ya fueron tratadas y resueltas en primera instancia, sin hacerse cargo adecuadamente de los argumentos y el marco legal expuestos por el juez de grado como basamento de su decisión. Como ha quedado sobradamente expuesto en el fallo, ni la circunstancia de que el demandado se encontrara franco de servicio, ni que la propia institución policial resolviera posteriormente su cesantía con fundamento en la violación de los deberes y obligaciones inherentes a su condición de policía, obstan a la responsabilidad que le cabe a la institución policial por la actuación de su dependiente, que mediante la utilización del arma de fuego provista por la institución causó graves daños a la actora. Obviamente, tampoco su planteo en el sentido de que la portación del arma reglamentaria es optativa para el policía cuando está franco de servicio, tiene la entidad suficiente como para ser considerado un agravio.

En estas condiciones y de conformidad con el criterio aplicado en casos análogos al presente (causas 250/11 del 12/05/2014 y 12.619/2004 del 13/08/2015, entre muchas otras), corresponde declarar desierto el recurso en este punto (art. 266 del Cód. Procesal).

V. Resuelto lo concerniente a la responsabilidad en el hecho, habré de analizar ahora los agravios referidos a los montos indemnizatorios, los cuales en la medida en que corresponda serán tratados en forma conjunta.

a) Ambas partes cuestionan la suma de $200.000 establecida en concepto de incapacidad sobreviniente, comprensiva tanto de la incapacidad propiamente dicha, como del daño psíquico. En el caso de la parte actora, expresa que el daño psíquico tiene una entidad que justifica su reparación en forma autónoma. Sin perjuicio de ello, plantea que las condiciones personales de la víctima y el grado de incapacidad física y psíquica determinado en la pericia médica, a cuyas constancias hace referencia, justifican la elevación de la suma en cuestión. Para la demandada en cambio, la suma resulta elevada y las referencias efectuadas por el juez a las constancias de la causa, no alcanzan para fundar una reparación de tal magnitud.

En primer lugar debo decir que respecto del planteo de la actora con relación al carácter autónomo de daño psíquico, este tribunal en numerosas oportunidades ha resuelto que las alteraciones de índole psíquica no constituyen, en principio, una categoría autónoma, pues la incapacidad afecta al ser humano como unidad personal, con proyecciones que pueden orientarse hacia la esfera patrimonial (Sala I, causa 2765/98 del 31/10/2000) o como agravamiento de los padecimientos morales (causa "L.E. y otro c. Estado Nacional" del 24/02/2005, Sala I, causa 3309/98 del 14/03/2000 y Sala II, causa 1844 del 15/02/1983) (ver causas 7949/01 del 27/03/2012; y, 5892/05 del 10/07/2012, por citar algunas de las más recientes).

De allí que, en la mayoría de los casos, puede traducirse en un daño material, por importar una limitación o restricción a la capacidad de desarrollar actividades generadoras de riquezas; o también constituir un modo específicamente determinado de sufrimiento que se experimenta en el plano moral y que, por ende, exige ser indemnizado (conf. Sala II, causa 12.371/94 del 04/04/1995; esta Sala III, causas 3698/97 del 02/03/2000, 29.969/95 del 22/04/2003, 2388/97 del 12/12/2003, 9518/00 del 24/02/2005 y 541/02 del 17/06/2011, entre otras).

En el presente, el juez de grado dispuso incluirlo junto a la incapacidad sobreviniente, lo cual de por sí no puede generar agravio alguno, en la medida en que haya sido efectivamente considerado.

Sobre este aspecto, me permito recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Forneron e Hija vs. Argentina" —Sentencia de 27 de Abril de 2012—, ha dicho que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso (Párr. 187 y sus citas).

Thomson Reuters

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene sosteniendo hace tiempo que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715; y, 326:1673, entre otros).

En la misma línea, jurisprudencia reciente ha señalado que para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobreviniente, debe considerarse la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en relación con todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socioeconómicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria (CNCiv., Sala J, "G. J. E. y otro c. A. E. N.", del 26/05/2015).

De acuerdo a la pericia médica, la actora padece una incapacidad física del 35% distribuida del siguiente modo: 10% por afección venosa (tuvo una lesión en la vena ilíaca externa), 10% por vejiga neurogénica (lesión producida por el disparo que debió ser suturada) y, finalmente, 10% por la limitación funcional intestinal (resección parcial y nueva unión). En consecuencia, el perito determinó una incapacidad física parcial y permanente del 35% (ver fs. 496/497).

En el aspecto psíquico, el perito concluyó que el estado general de la paciente en el aspecto psicológico no era bueno y que presentaba un cuadro de estrés postraumático crónico, de carácter moderado, caracterizado por fobias, miedos y terror a que se repita la escena de la tragedia (ver fs. 497).

Si bien este informe fue oportunamente impugnado por la demandada (ver fs. 504/505), ninguno de los argumentos expuestos a los que el perito dio respuesta (ver fs. 507) resulta suficiente para poner en duda la veracidad de sus conclusiones.

Asimismo debe ponderarse que se trata de una adolescente de 18 años de edad al momento del hecho, con lo cual el impacto de las secuelas que porta debe ser medido en función de la frustración de los proyectos que una chica de su edad podía tener en esa etapa de su vida y que claramente se han visto frustrados. Nótese que a la fecha del hecho trabajaba en una confitería a la que había ingresado en agosto de ese mismo año y que recién pudo reintegrarse con tareas livianas y reducción horaria en junio de 2008, función en la que estuvo poco más de un año hasta que renunció en agosto de 2009 (ver contestación de oficio de fs. 391). Y a partir de ese momento —según le expuso al perito médico— no volvió a trabajar —al menos hasta la fecha del informe en mayo de 2019— (ver fs. 497).

No tengo dudas que en alguna medida, esta falta de reinserción en el mercado laboral debe estar atravesada por las secuelas de orden psíquico que padece. Sobre este aspecto, considero relevante lo expuesto por la perito psicóloga a fs. 534 vta. en el sentido de que se observa en la actora "afectación en el área familiar y social, en el estado de ánimo, aislamiento emocional y social con dificultad para sentir tristeza o afecto, conductas fóbicas con manifestación somática, trastorno del sueño, duelos sin realizar en cuanto a proyectos vocacionales y familiares a los que ha tenido que renunciar...". Más allá de algún pedido de aclaración por parte de la actora (ver fs. 5379) respondido por la perito (ver fs. 543), este informe no ha merecido impugnación alguna, razón por la cual no hay motivos para dudar de sus apreciaciones y conclusiones.

En este contexto, considero que la reparación por este rubro resulta insuficiente razón por la cual propondré su elevación prudencial. En tal sentido, no resultan admisibles los planteos efectuados por la accionada, toda vez que se limitado a exponer que el juez no ha profundizado en el análisis de los aspectos que ha tenido en cuenta para determinar la reparación, pero en modo alguno expone cuáles serían los argumentos que conducirían a una decisión diferente.

En consecuencia, propongo al acuerdo elevar la suma en análisis a la de $230.000.

b) En segundo término la actora cuestiona la desestimación del daño estético como daño autónomo. En tal sentido, argumenta que la magnitud de las lesiones estéticas visibles y la edad de la víctima, justifican su consideración como daño autónomo. Subsidiariamente plantea la elevación del daño moral, para el caso de mantenerse la reparación de ambos daños en forma conjunta.

Al respecto, debo recordar que ha sido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que ha señalado que el daño estético no es autónomo respecto al daño material o moral, sino que integra uno u otro o ambos, según el caso (causa S. 36 XXXI del 27/05/2003; Fallos: 305:2098; 321:1117, entre otros).

Thomson Reuters

Por tal motivo, el agravio respecto a esta decisión adoptada por el juez de grado debe ser desestimado, sin perjuicio de que al momento de analizar la reparación otorgada por el rubro daño moral —donde el juez de primera instancia subsumió el daño estético— se verifique si efectivamente fue tenido en cuenta al momento de la determinación del monto.

c) En tercer lugar, ambas partes se agravian por la suma de $200.000 dispuesta en concepto de daño moral. Para la actora la suma determinada en el fallo no contempla la dimensión del padecimiento moral sufrido a raíz del hecho. El tiempo de reposo, los tratamientos médicos, las consecuencias estéticas de carácter permanente hay generado en esta joven de tan sólo 18 años al momento del hecho, un daño que justifica la elevación sustancial de dicho rubro. En el caso de la demandada, considera que el monto determinado resulta desproporcionado y constituye un enriquecimiento indebido para la víctima.

La Corte Interamericana en el caso citado también ha desarrollado el concepto de daño inmaterial y los supuestos en que corresponde indemnizarlo. En tal sentido, ha dicho que "el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o de su familia (párr. 194 y sus citas). También debe tenerse en cuenta que "constituye un daño autónomo cuya reparación es independiente del daño material, pues ambos rubros merecen tratamiento diferenciado, en la medida que tienen naturaleza jurídica distinta y tutelan distintos bienes jurídicos" (CNCiv., Sala J, "T., G.J. c. A.F.A.", del 23/04/2015).

En el caso si bien ya hemos hecho referencia a las secuelas de orden físico y psíquico que padece la actora y las profundas repercusiones en su vida tratándose de una persona tan joven, cabe considerar también en este rubro la circunstancia de haber tenido que ser intervenida quirúrgicamente para reparar las heridas causadas por el disparo y el hecho de que se le diera el alta luego de más de dos meses, de los cuales 8 días permaneció internada (ver historia clínica de fs. 325/343 e informe médico de fs. 496).

También debo tener en cuenta que por lo que surge del informe médico, al menos durante 12 años luego del hecho (en función de la fecha de la pericia), ha padecido importantes secuelas emocionales que, entre otras cosas le generan pánico para viajar en automóvil (ver fs. 496). Tampoco puede soslayarse la observación que hace el perito en el sentido de que sube a la camilla con "cierta dificultad por dolor y por el exceso de peso" (ver fs. 496 vta.). Y por último, no tengo dudas de que la circunstancia de que ante un esfuerzo físico pueda sufrir incontinencia urinaria (ver fs. 496/497), constituye una fuente importante de padecimiento y angustia moral, agravada por el hecho de tratarse de una adolescente.

A lo expuesto debe agregarse —finalmente— la circunstancia de portar como secuela estética una cicatriz de 23 cm. en el abdomen, además de una pequeña por donde penetró el proyectil en la zona dorsolumbar, lo cual implica una fuente indudable de padecimiento moral, agravado por la circunstancia ya indicada de tratarse de una adolescente y mujer.

En este sentido, más allá de no compartir ciertos patrones socioculturales y estereotipos respecto de la figura femenina, no puede desconocerse que es la cultura con la cual convive diariamente Leticia Alejandra, razón por la cual debe considerarse particularmente el impacto emocional que pueda tener en ella este tipo de lesión.

En este contexto, considero que la suma establecida resulta insuficiente, razón por la cual voy a proponer su elevación, sin que el planteo efectuado por la demandada obste a esta decisión, toda vez que se ha limitado a citar jurisprudencia de hace más de 20 años para indicar que la reparación del daño moral no puede constituir una fuente de enriquecimiento injusto, pero no ha dado un solo argumento para considerar que eso pudo efectivamente darse en este caso.

En consecuencia, propongo al acuerdo elevar la reparación correspondiente al daño moral, comprensiva del daño estético, a la suma de $240.000

d) Finalmente, la parte demandada cuestiona la suma de $100.000 establecida en concepto de tratamiento psicológico. Desde su perspectiva, no se trata de un daño autónomo y debe encuadrarse dentro de la incapacidad. Habla de la lesión psíquica y de la clasificación bipartita del daño e insiste con citas de jurisprudencia del año 1999.

Evidentemente la apelante ha confundido los temas y se refiere al daño psicológico cuando lo que trata el rubro es del costo del tratamiento que la actora necesita para lograr algún grado de mejoría en su situación o al menos evitar su agravamiento, razón por la cual no cabe hacer mayores comentarios al respecto.

VI. Asimismo, la demandada cuestiona que se determinara como punto de partida de los intereses el día del hecho dañoso y que se decidiera la aplicación de la tasa activa. Desde su perspectiva, la fecha de la sentencia definitiva que pone fin al pleito es la que marca el inicio del cómputo de los intereses y por otro

Thomson Reuters

lado, la doctrina aplicable de la Corte determina la utilización de la tasa pasiva.

Considero que no le asiste razón al apelante en su planteo. Respecto del inicio del cómputo de los intereses, este tribunal ha señalado en anteriores oportunidades, que tratándose de daños y perjuicios deben comenzar a correr desde la fecha en que se produjo el hecho objeto de esta demanda, toda vez que fue en ese preciso instante en el que los daños aquí admitidos quedaron configurados como daños definitivos (conf. arg. causa 3387/96 del 05/07/2005 y sus citas, causa N° 7202/04 del 28/08/2007).

En cuanto a la tasa de interés, este tribunal viene sosteniendo desde hace mucho tiempo que corresponde aplicar la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a 30 días —plazo vencido— (causas 15.983/03 del 18/10/2007, 7811/02 del 29/08/2008, 12.236/03 del 29/03/2011, 6141/06 del 30/06/2011, 12.795/04 del 04/11/2011 y 9617/01 del 19/04/2012, entre muchas otras).

VII. La demandada se agravia también por la determinación del plazo de diez días desde que el pronunciamiento quede firme para el pago de la condena, toda vez que tratándose del Estado Nacional, resulta aplicables las normas de orden público existentes en la materia.

En este punto le asiste razón al apelante. En efecto, el mecanismo en cuanto a los pagos que debe efectuar Estado se rige por las previsiones del art. 22 de la ley 23.982, que resultan incompatibles con la fijación de un término perentorio para el pago. En consecuencia, corresponde admitir el agravio y modificar este aspecto del fallo (causa N° 3625/2009: "Alvariño, Andrea S. c. Policía Federal y otro s/ Daños y perjuicios").

VIII. Por último la accionada esgrime en un escueto párrafo un cuestionamiento a la regulación de honorarios cuyo tratamiento no corresponde en esta instancia por extemporáneo (art. 244 del Cód. Procesal).

IX. En consecuencia, propongo al Acuerdo modificar el fallo con el siguiente alcance: a) elevar las sumas dispuestas en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral a las de $230.000 y $240.000 respectivamente; y b), dejar sin efecto el plazo establecido en el fallo para el cumplimiento de la condena, el cual se regirá por las normas de orden público en materia de deudas del Estado.

Las costas de Alzada de imponen a las vencidas (art. 68 primera parte del Cód. Procesal).

Así voto.

El doctor *Recondo*, por análogos fundamentos adhiere al voto precedente.

Visto lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: modificar el fallo apelado con el siguiente alcance: a) elevar las sumas dispuestas en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral a las de $230.000 y $240.000 respectivamente; y b), dejar sin efecto el plazo establecido en el fallo para el cumplimiento de la condena, el cual se regirá por las normas de orden público en materia de deudas del Estado. Las costas de Alzada de imponen a las vencidas (art. 68 primera parte del Cód. Procesal). El doctor Guillermo Alberto Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). Regístrese, notifíquese, publíquese y pasen los autos a regular honorarios. — *Ricardo G. Recondo.* — *Graciela Medina.*

RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO ANESTESISTA

Operación cesárea. Falta de colaboración del paciente. Responsabilidad del anestesista por la elección de la técnica empleada. Requisitos para el desplazamiento de una pericia. Historia clínica deficiente. Resolución en las actuaciones penales. Archivo de la causa. Gastos médico-asistenciales y de traslado. Indemnización por pérdida de chance. Rechazo. Lucro cesante. Procedencia.

1. — El médico anestesista no dio cumplimiento a los requisitos previos necesarios para la práctica médica de inyección de anestesia peridural, ya que los expertos en su conjunto determinan una serie de contraindicaciones para llevar a cabo esta práctica, dentro de las que se encuentran el estado nervioso o falta de colaboración del paciente y la necesidad de contar para su debida ejecución con el auxilio o colaboración de personal idóneo, requisitos que no se han acreditado en la causa.

2. — Las reglas de la sana crítica indican que, para el desplazamiento de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria; las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones científicas fundadas, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica.

3. — Ha quedado corroborado que, por error u omisión, el galeno condenado no describe las ano-

Thomson Reuters

malías sufridas durante la práctica en el protocolo anestésico primigenio, lo que sí realiza en anotación posterior. Se desprende entonces la ausencia en la primera anotación de datos fundamentales que están directamente relacionadas con las posibles causas que produjeron la perforación de la duramadre y el posterior paro cardíaco de la paciente, lo que no debe pasarse por alto y mucho menos ser utilizado en favor de la posición del quejoso **[1]**.

4. — La resolución a la que hace referencia el médico demandado no se traduce de modo alguno en una sentencia definitiva en los términos de los arts. 1102 y 1103 del Cód. Civil sobre prejudicialidad penal, en tanto que ante el archivo de las actuaciones la investigación puede ser reabierta en cualquier momento ante la existencia de nuevas pruebas y el archivo es dictado por la agente fiscal actuante quien no ostenta la calidad de magistrado y por tanto no cuenta entre sus competencias con la facultad de dictar sentencia definitiva en los términos establecidos por nuestra Carta Magna.

5. — De la letra del art. 1746 del Cód. Civ. y Com., se desprende que los gastos médicos y farmacológicos se presumen a partir de la producción de un daño mensurable, y no requieren de una prueba expresa, excepto que su monto sea oneroso y requiera de una demostración especial; probado el daño físico, se presume que el actor realizó erogaciones en medicamentos y traslados para el tratamiento de las dolencias, siempre que revistan el carácter de prudentes, en tanto que las sumas mayores deben ser debidamente alegadas y acreditadas. No resulta óbice que la víctima del siniestro haya sido tratada por profesionales y centros asistenciales públicos toda vez que los gastos efectuados no se limitan a esas atenciones puntuales, sino a los gastos producidos a partir de las dolencias padecidas.

6. — La actora no acredita cuál es la chance probable y cierta que perdió a partir de los daños sufridos que se traduzca en la posibilidad de recibir una indemnización de forma independiente por ello; solicita en su presentación de inicio el rubro "lucro cesante y pérdida de chance", sin hacer detalle alguno de la chance perdida ni de la cuantificación del daño emergente aludido.

7. — Procede la indemnización del lucro cesante, toda vez que mediante se corroboró que la actora trabajaba como empleada doméstica y debió dejar de hacerlo a partir de los daños sufridos.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala II, 03/03/2020. - C. N. E. c. Hospital H. Cestino de Ensenada y otros s/ daños y perj. deriv. resp. por ejerc. prof. (sin resp. estado).

[Cita on line: AR/JUR/16062/2020]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica", LA LEY 1996-B, 807 – Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 645 – AR/DOC/11726/2001.

COSTAS

Se imponen a los demandados.

INTERESES

Se aplica desde el hecho hasta la sentencia la tasa del 6% anual y luego, la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta días.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Arts. 1738, 1740, 1746.

1ª Instancia.- La Plata, marzo 3 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 713/740 vta.? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Banegas* dijo:

I. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda promovida por N. E. C. contra H. J. C. y R. L. A. e hizo lugar a la demanda promovida por N. E. C. contra M. A. P. y el Fisco de la Provincia de Buenos Aires (en su carácter de representante legal/titular del Hospital H. Cestino de Ensenada), condenando a estos demandados a abonar, dentro del plazo de diez días de quedar firme el presente decisorio, la suma de Pesos ..., con más los intereses desde el 18 de enero de 2004 hasta la fecha del decisorio calculados al 6% anual y desde allí y hasta el efectivo pago los intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días denominada "Tasa Pasiva-Plazo Fijo Digital a 30 días", disponiendo, para el supuesto de que ésta no exista, la aplicación de la tasa pasiva del plazo fijo a 30 días; impuso las costas a los demandados que han

Thomson Reuters

resultado vencidos (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial) y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad (fs. 713/740).

II. Contra esta forma de decidir interpusieron recurso de apelación Fiscalía de Estado (fs. 748) y el codemandado P. (fs. 749), los que concedidos libremente (fs. 750 y 756) fueron fundamentados en tiempo y forma en esta instancia (fs. 762/766 y 776/787 vta.); corrido el pertinente traslado (fs. 788/789), éste fue contestado por la actora (fs. 793/797 vta.). Luego, se llamó autos para sentencia (fs. 798).

III. La Fiscalía de Estado centra sus agravios en la indemnización otorgada, tanto en lo que hace a los rubros reconocidos como a la cuantía fijada en la sentencia de grado.

Específicamente se queja de los gastos terapéuticos pasados y futuros, como de los gastos de traslado fijados.

Respecto de los emolumentos terapéuticos pasados, alega contradicción en el razonamiento del *a quo*, pues por un lado advierte sobre la ausencia de prueba documental que los acredite y reconoce el derecho a los desembolsos de gastos pequeños como aquellos que solo pueden ocasionarse en los primeros tiempos de acaecido el evento dañoso y luego los cuantifica multiplicándolo por 15 años, dejando de lado el requisito de la prueba documental que analizara en el mismo considerando, definiendo asimismo excesiva y sin sustento probatorio alguno la cuantificación realizada.

Sobre los gastos médicos futuros denuncia que la sentencia atacada por un lado evalúa la mejoría que la actora tuvo a lo largo del proceso y a la hora de valorar el rubro admite el daño físico como consolidado pese a que los peritos efectuaron la evaluación en el año 2015, sin certeza que las dolencias perduren en igual grado luego de transcurridos 4 años de la experticia.

Se queja asimismo que a ese rubro se le fije una tasa fija del 6% anual de interés, lo que no resulta —a su entender— aplicable a este apartado. Del mismo modo entiende elevada la suma otorgada.

Destaca que la magistrada de grado no efectúo una cuidadosa determinación del momento de producción de cada detrimento, y por ello el interés debe ser fijado desde la fecha de sentencia y no desde la producción del daño.

Se disconforma de la procedencia del lucro cesante y la pérdida de chance fijada toda vez que el monto total de condena incluye ambos sin distinción alguna, cuando las diferencias de lo que se resarce en uno y otro supuesto ameritan valoraciones y cuantificaciones distintas, como así también distinto punto de arranque de los intereses.

Se duele de la indemnización fijada en concepto de daño moral, por considerarlo excesivo y que no se ajusta a la prueba producida en autos.

Finalmente se queja de los intereses ordenados por el *a quo*, toda vez que para ello es necesario que en la oportunidad de establecer su cómputo se efectúe una cuidadosa determinación del momento de producción de cada detrimento.

Ello así, por cuanto solo una vez producido cada débito resarcitorio surge la obligación de indemnizarlo y, consecuentemente, la eventualidad de la demora en el cumplimiento de la condena.

Refiere en consecuencia que los intereses no pueden ser computados sino desde la fecha que fija la sentencia que los reconoce como tal para el pago de la indemnización, ya que esta es una consecuencia lógica del carácter futuro del perjuicio y que no deja de ser así por el hecho de que se lo valore y cuantifique anticipadamente al dictarse el fallo y de la naturaleza moratoria que tiene dicho accesorio.

Por su parte, el codemandado M. A. P. se agravia por considerar que la sentencia que lo condena efectúa un absurdo, erróneo y arbitrario examen de los elementos probatorios producidos en la causa.

Alega que no se respetó la opinión médica calificada y con incumbencia específica emanada de las pericias, de las que se evidencian el correcto accionar del galeno apelante.

Denuncia que la sentenciante ha basado el decisorio en apreciaciones personales y subjetivas derivadas de la experticia llevada a cabo en sede penal.

Destaca que si advirtió contradicciones entre ésta y las pericias médicas efectuadas en los presentes actuados debió fundar debidamente los motivos del apartamiento de la prueba producida en sede civil, y asegura que los dictámenes médicos vinculados al caso de autos (en sede penal y en estas actuaciones) no sostienen la construcción del decisorio el que solo obedece a una interpretación parcializada y tendenciosa de esa prueba.

Arguye que, so pretexto que "la terminología médica empleada en las distintas experticias de autos, sumado a la gran cantidad de preguntas y a las escuetas respuestas brindadas en algunos ítems importantes, infinidad de remisiones a puntos periciales no han colaborado para echar luz a la problemática de autos", soslaya sus claras conclusiones.

Destaca que en ningún pasaje de ninguna de las pericias practicadas se ha determinado que la anestesia peridural no ha sido la adecuada en tal contexto.

Insiste en que el juzgamiento correcto del accionar en una profesión del arte de curar como es la medicina, ja-

Thomson Reuters

más puede hacerse partiendo de la base del resultado final, dado que resulta una obligación de medios y no de resultado.

En definitiva, denuncia violación de los arts. 384 y 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial por la absurda valoración de la prueba pericial rendida.

Se duele asimismo de la calificación de su conducta en sede penal, destacando que allí el Agente Fiscal no consideró que el Dr. M. A. P. haya obrado con negligencia en su arte y consideró irreprochable en el ámbito penal su conducta, lo que no ha sido considerado por el *a quo*.

Insiste en que no correspondía al galeno demandado la carga de acreditar los movimientos involuntarios de la paciente durante el acto anestésico, toda vez que ello surge probado conforme lo determinado por la historia clínica, que —como se sabe— se trata de un instrumento público, destacando que no ha sido cuestionada por la actora ni redargüida de falsa.

Concluye que no se encuentra probada la relación causal entre el acto médico y sus enarboladas disvaliosas consecuencias.

Asimismo, se duele del quantum indemnizatorio, adhiriendo al respecto a los agravios esgrimidos por Fiscalía de Estado, agregando su queja a la fijación de los rubros a valores actuales, por encubrir una actualización expresamente prohibida como así un quiebre de toda norma de razonabilidad.

Destaca al respecto que no se justifica la demora de 15 años en el trámite de primera instancia y ese aletargamiento en el procedimiento no debe imputársele.

IV. Habiendo entrado en vigencia el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, desde el 1 de agosto del año 2015 - art. 7, ley 26.994, conf. art. 1 ley 27.077 —, habrá que aclarar si corresponde juzgar este litigio con el marco legal con el cual nació —el Cód. Civil anterior— o con el nuevo. Tal disquisición deberá disiparse desde lo dispuesto por el art. 7 de la ley ahora en vigor, el cual señala que "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Como refiere Aida Kemelmajer de Carlucci, en lo que respecta al derecho de daños, éstos se deben dirimir acorde el contexto en el que acontecieron, lo que nos conduce a aplicar las disposiciones anteriores. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso. Las discrepancias pueden ocasionarse en torno a qué son los elementos constitutivos y qué consecuencias de ese ilícito, pues la nueva ley rige a las consecuencias que no se encuentran consumadas al momento de la entrada en vigencia (autora citada, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 100 a 104, 158 y 159).

Sin embargo, el caso de autos atañe a un hecho originado y consumado durante la vigencia de la ley anterior —la operación de fecha 18 de enero de 2004 y sus consecuencias— lo que sella, al igual que lo determinado en la instancia de origen, la aplicación de las disposiciones vigentes a aquella época (arts. 3, CC; 7 y conc., Cód. Civ. y Com. de la Nación ley 26.994; doct. esta Sala, causa 118.724, sent. del 27/08/2015; 124.349, sent. del 19/02/2019, entre otras, entre muchas otras; ob. cit. p. 63).

Empero, aun cuando el hecho dañoso se consumó durante la vigencia de la norma referida, no así las consecuencias que de él derivan. Por ello, se impone diferenciar la existencia del daño de su cuantificación. Como reseña Aída Kemelmajer de Carlucci, la segunda de estas operaciones debe realizarse acorde la ley vigente al momento en que la sentencia fija su extensión o medida (autora citada, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, Editorial Rubinzal - Culzoni Editores, p. 234).

Este deviene un criterio ya compartido también por la jurisprudencia. Así se ha expresado que: "El art. 1746 del Cód. Civil y Comercial es aplicable a una acción de daños intentada antes de su entrada en vigencia, en tanto la norma no se refiere a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino sólo a las consecuencias de ella (art. 7, Cód. Civ. y Comercial), máxime cuando la regla no varía la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, sino que únicamente sienta una pauta para su liquidación" (Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, sala A, *in re:* "A. A. R. c. G. A. M. s/ daños y perjuicios", sent. del 28/10/2015, publicado en: RCCC 2016 (abril), 150; RCyS 2016-VII, 155, cita online: AR/JUR/63674/2015).

Por lo tanto, al tratar los rubros cuyos montos debaten los recurrentes —para el caso de confirmarse la condena de causalidad—, se acudirá a los artículos pertinentes del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (conf. esta Sala, causas 121.394 sent. del 01/06/2017, 126110 sent. del 25/11/2019 eo).

V. A fin de mantener un orden metodológico en el desarrollo del recurso, he de abordar primeramente el

Thomson Reuters

agravio del médico anestesista demandado por la responsabilidad que le endilga la sentencia de grado.

Centra su queja en la absurda valoración de la prueba que, según su visión, efectúa el *a quo*. Específicamente sobre las pericias practicadas y sobre la estimación del valor probatorio de la historia clínica y de la resolución en sede penal, la que descarta su responsabilidad.

Pues bien, el ahora recurrente en su conteste de la demanda iniciada por N. E. C. por mala praxis médica contra los galenos actuantes y el Hospital Ensenada (fs. 14/30, ampliada a fs. 249/254), alega la inexistencia de nexo causal entre su actuar profesional y los daños denunciados, revelando en esa presentación que durante la práctica médica efectuada a la actora y ante la falta de personal hospitalario, recibió la ayuda o colaboración de una persona desconocida (v. esp. fs. 86 vta. 3° párrafo); reconoce asimismo que constató la perforación de la duramadre de la doliente durante la inyección de anestésico en la zona espinal, atribuyendo tal circunstancia a movimientos involuntarios de la internada a raíz de su estado emocional, evidenciando que no pudieron ser contenidos por el auxiliar desconocido mencionado anteriormente (v. esp. fs. 86 vta. y 87).

Por su parte, de la historia clínica agregada como anexo documental de la causa penal a fs. 1/110 y en estas actuaciones a fs. 142/248, se desprende que el mismo galeno consignó sobre la práctica quirúrgica: "Paciente que es traída al quirófano con el diagnóstico de feto muerto para ser sometida a operación de cesárea ... inmediatamente después de efectuada dicha anestesia según técnica, la paciente presenta un cuadro de bradicardia extrema e hipotensión". En esta primera anotación no hace mención a circunstancia alguna que haya dificultado o interrumpido el normal desarrollo de la inyección anestésica.

Luego, en una nota posterior consigna: "visto y considerando que en protocolo de anestesiología faltan datos con respecto a la práctica ... debo agregar, que mientras estaba efectuando la inyección del anestésico en el espacio peridural, la persona que me asiste (a quien no conozco) le efectúa una pregunta a la paciente ¿Cómo se llamará el bebe? La respuesta de la paciente es un llanto, ya que la cesárea se efectuaba por tener dicha enferma un feto muerto. Luego de esto, por movimientos involuntarios de la misma, sospecho y constato perforación de la duramadre, por lo que retiro la aguja con suspensión de la anestesia. Inmediatamente el paciente pierde conocimiento...".

Es en este apunte posterior en donde hace por primera vez referencia a la afectación de la duramadre y a los movimientos involuntarios de la paciente, incidente que no había volcado en su anterior pormenor. He de destacar asimismo que no hizo referencia ni circunstanció sobre la razón por la que no volcó una información de tal importancia en el protocolo anestésico primigenio.

No resulta ocioso destacar que el formulario referido y agregado como prueba documental se produjo con fecha 18/01/2004, consignando las características de la operación y refiriendo que la anestesia peridural se efectúo "según técnica" (fs. 47 vta.) y que luego, en la misma foja del instrumento, el Doctor López Aguilar asienta la práctica de la cesárea. A posteriori de esas anotaciones, y sin que se encuentre debidamente fechado, el anestesiólogo amplía el detalle de la operación y refiere contingencias que no fueron señaladas en su primer informe. Luego, la próxima anotación en la historia clínica es del 23/01/2004 (5 días después de la operación) por lo que no existe certeza —entre el 18 y el 23 de enero— de la fecha exacta en la que se realizó la segunda de las anotaciones del anestesista en la historia clínica.

Insisto que no se halla justificada ni referida la razón porque el doctor P. no volcó en su primer informe todas las características e incidentes sufridos en la práctica anestésica, máxime teniendo en cuenta la gravedad de lo sucedido.

Las anomalías referidas son puestas de resalto por el experto médico legista actuante en sede penal —Doctor Antonino Gallese— quien en la pericia practicada en ese fueron consigna que "Las diferencias entre fs. 47 vta. (HC) y fs. 48 (HC) radica en que la primera no se refiere a la punción traumática de la duramadre, no se refiere el uso de adrenalina, no se refiere el masaje cardíaco externo: lo descripto en fs. 48 traduce mayor gravedad que lo de fs. 47 vta." (fs. 79/87 IPP 212.390 que tengo a la vista).

En la misma experticia, el auxiliar señala que "en el caso de autos y según se refiere en la extensión del protocolo anestésico fs. 48, luego de ubicado el bisel de la aguja de anestesia peridural en el espacio epidural y en circunstancias en que se estaba inyectando el agente anestésico se produjo una perforación de la duramadre 'por movimientos involuntarios de la paciente' que llevó a la 'suspensión de anestesia.' Por protocolo de fs. 47 se inyectaron 17cc de Bupivacaína 0,5%" (v. esp. fs. 86 vta. pericia referida).

A su turno, el anestesista demandado en su absolución de posiciones reconoce que la actora no se encontraba tranquila al momento de realizar el suministro de la anestesia peridural (fs. 361/363 vta. respuesta a posición Quinta).

Ahora bien, más allá de las anomalías detectadas en la historia clínica que ya fueron señaladas, evidencio de las probanzas y manifestaciones referenciadas que se hallan acreditadas tres circunstancias relevantes para el desarrollo del recurso: 1) las alteraciones en el estado anímico y nervioso de la paciente al momento de la rea-

Thomson Reuters

lización de la práctica anestésica, 2) que el anestesista contó con la colaboración de una persona desconocida ante la falta de personal hospitalario y 3) que durante la inyección de anestesia peridural se produjo la perforación de la duramadre de la paciente (art. 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Todo ello se desprende tanto de las probanzas referidas como de las manifestaciones del mismo accionado en su contestación de demanda y sus propias anotaciones en la historia clínica (fs. 14/30, 142/248, 294/254, 361/363 vta. de estas actuaciones; 79/84 y 1/110 de documental IPP).

Sin embargo, se encuentra discutida la responsabilidad del anestesista por la elección de la técnica empleada (peridural).

A los fines de dar una respuesta a este cuestionamiento, habrá que estarse a las pericias producidas en esta causa y en las actuaciones ante el fuero penal, las que serán analizadas de modo integral y conjunto, tal como lo requiere el demandado en sus agravios (arts. 384, 474, Cód. Proc. Civ. y Comercial.).

Es que los informes producidos en sede penal por el perito médico forense (Dr. Antonio Gallese, fs. 79/87 de IPP referenciada) y en estas actuaciones por los expertos anestesiólogo (Dr. Eduardo Guillermo Featherston, fs. 426/429 y 570/578), en psiquiatría (Dra. Mirian Diana Pellegrino, fs. 438/444), en obstetricia (Dra. Marcela Calcopietro, fs. 448/51), médico legista (Dra. Rosa Viviana Morimanno, fs. 486/492, fs. 554/562 y fs. 621) y médico forense (Dres. Juan José Granillo Fernández y Rubén Alejandro Neme, fs. 544/545 vta.) guardan una estrecha relación al punto de resultar complementarias, lo que conlleva a analizárselas en conjunto para la determinación de la responsabilidad del médico anestesista.

En este punto, resulta necesario precisar —ante las críticas y quejas esgrimidas por el apelante al respecto— que los dictámenes periciales deben valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (SCBA, B 50984, sent. del 04/07/1995, "Acuerdos y Sentencias" 1995-II-810; SCBA, B 52359, sent. del 14/11/2007) y que incluso, al sopesar las experticias los jueces ejercen facultades propias, no teniendo sus conclusiones eficacia vinculante (SCBA, Ac. 38915, sent. del 26/04/1988, "LA LEY" 1988-D-100, "Acuerdos y sentencias" 1988-I-720, D.J.B.A. 1988-134, 345; SCBA, Ac 49735, sent. del 26/10/1993; Ac 56166, sent. del 05/07/1996; Ac. 61475, sent. del 03/03/1998).

En el mismo aspecto, conforme ha resuelto esta Sala, las reglas de la sana crítica indican que para el desplazamiento de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones científicas fundadas, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; esta Sala, causas 109.550, sent. del 22/07/2008; 115.940, sent. del 30/06/2015, RSD 83/2015; 118.339, sent. del 02/07/2015, RSD 88/2015, entre muchas otras). Por ello, no es de recibo el argumento del agraviado en cuanto que el *a quo* basó su decisorio en apreciaciones personales sin sustento técnico, toda vez que luce de la sentencia atacada que ésta se apoya en los dictámenes técnicos producidos.

Ahora bien, adentrándome en el minucioso análisis de las experticias, evidencio que el perito médico legista designado en causa penal, Doctor Antonio Gallese, detalla las contraindicaciones principales a la práctica de la inyección de anestesia peridural: "Son las que incluyen patología del sistema nervioso central. También los pacientes con sepsis tienen mal pronóstico. Si el paciente tiene un trastorno dermatológico en la zona lumbar, especialmente infeccioso o supurativo, no es conveniente practicar punciones que podrían introducir infección en el espacio peridural o subaracnoideo. No se aconsejan ambas técnicas en pacientes con hemorragia o shock; en pacientes que no colaboran; los que tienen laminectomía previa (cirugía de columna vertebral que altera su anatomía y dificulta así la técnica para hallar el espacio peridural); y defectos de coagulación" (IPP 212390/04 que tengo a la vista, fs. 79/87).

Luego, agrega que "cada anestesia es única e irrepetible; su elección por el profesional anestesista resulta de una combinación de múltiples factores (técnicos, humanos, circunstancias de tiempo y lugar, etc.), entre los cuales se podrían mencionar: a) el paciente y su patología; su estado clínico, su medio interno, su estado síquico y emocional. b) El tipo de cirugía a realizar. c) el equipo quirúrgico que realizará la intervención. d) el medio donde se realiza, en cuanto a la existencia de aparatología, variedad de productos farmacológicos y complejidad. e) la evaluación y visita preanestésica (aporta datos relacionados al punto a)" y que "Se debe tener en cuenta que en todas las anestesias regionales o locales es necesaria la colaboración del paciente para realizarlas, por lo que los pacientes deben estar informados y preparados física y emocionalmente para brindar esa colaboración en un ambiente quirúrgico" (fs. 79/87 causa penal referida, respuesta a punto de pericia N° 5).

Concluye el mencionado experto que "La anestesia peridural suele ser una adecuada elección para éste tipo de cirugía", "La anestesia peridural realizada meticulosamente y con prudencia resulta ser la técnica ideal para cesáreas; sería la técnica de elección siempre y cuando no existan contraindicaciones a su empleo" (fs. 79/87 causa penal referida, respuesta a punto de pericia N° 5).

Por su parte, preguntado el perito anestesiólogo —Dr. Eduardo Guillermo Featherston— si de acuerdo al tipo de cirugía fue correcta la elección de anestesia peridural

Thomson Reuters

responde "Si" (respuesta 1). Como contraindicaciones marcó la "infección de en el sitio a realizar la punción, paciente anticoagulado, o con alteraciones severas de la hemostasia, o negativa del paciente al procedimiento indicado" (respuesta 1, fs. 426/429 y 570/578).

En la ampliación de su informe y contestación de observaciones efectuadas por las partes refiere que "con los cuadros obrantes hasta aquí, es opinión del perito, que la paciente C. N. se encontraba en condiciones de ser intervenida de una operación cesárea por feto muerto, bajo los efectos de un bloqueo anestésico central (peridural o subaracnoideo) sin inconvenientes, a pesar de estar cursando un cuadro compatible con una infección, bacteriemia, o síndrome de reacción inflamatoria sistémica (SRIS), generado por el feto muerto, cuya extracción estaba indicada", "Nada contrariaría un bloqueo" (v. esp. fs. 576 primer y segundo párrafo) y que "Es habitual que el paciente que ingresa al quirófano se encuentre ansioso, más en un caso como el de autos, cesárea por feto muerto, pero con una explicación adecuada acerca de los beneficios de la técnica y la contención necesaria es factible realizar un bloqueo sin complicaciones" (fs. 570/578).

Mientras que la perito obstetra no aporta datos de interés para dilucidar la responsabilidad del médico anestesista, la experticia médico legista efectuada por la Dra. Rosa Viviana Morimano (fs. 486/492, fs. 554/562 y fs. 621) dictamina que "lo actuado es lo que corresponde" (punto l actora) y agrega, preguntada si la presencia de sepsis materna configura una contraindicación para el suministro de anestesia peridural, "La sepsis es una contraindicación absoluta" (punto 1 amplia pericia fs. 254).

Asimismo, afirma que las lesiones que presenta la actora no se corresponden con el suministro inadecuado de la anestesia peridural (punto 6 amplia pericia fs. 254).

Agrega, preguntada para que informe si resulta acertado el suministro de anestesia peridural en un paciente que atraviesa una crisis nerviosa, que "no se aconseja esta técnica en pacientes que no colaboran, salvo que el cuadro emocional se haya instalado durante la práctica" (punto 8 amplia pericia fs. 254) y que "Aparentemente hubo perforación de la duramadre por movimientos involuntarios de la paciente que llevó a la suspensión de la anestesia" (punto 13 amplia pericia fs. 254).

Concluye que "Se aplicó la técnica adecuada. Lo ocurrido fue imprevisible" y que "La conducta médica adoptada fue la correcta a tenor del examen físico y los protocolos de anestesia" dado que "A tenor de la documental de fs. 48 no surge que el inicio de la práctica médica de anestesia haya sido en una paciente con hiperxecitabilidad nerviosa" y "la sepsis no fue corroborada antes del acto quirúrgico".

Colige asimismo que "No se aconseja esta técnica en pacientes que no colaboran, salvo que el cuadro emocional se haya instalado durante la práctica" (punto 8 observaciones).

Finalmente, la pericia médico forense de fs. 544/445 vta. no arroja detalle ni informe sobre la oportunidad, conveniencia y práctica del anestesista.

De todo lo expuesto, en función a que los dictámenes técnicos han de valorarse conforme las reglas de la sana crítica y las circunstancias del caso, concluyo que los expertos en su conjunto determinan una serie de contraindicaciones para llevar a cabo la práctica de anestesia peridural dentro de las que se encuentran el estado nervioso o falta de colaboración del paciente y la necesidad de contar para su debida ejecución con el auxilio o colaboración de personal idóneo. Asimismo y conforme el mismo análisis, evidencio que el cumplimiento de estos dos requisitos no se han acreditado en la causa (art. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Muy por el contrario, es el mismo galeno demandado quien en su conteste y anotaciones en historia clínica denunció haber contado con la colaboración de la una persona extraña a la que no conocía, lo que configura —según los dictámenes médicos efectuados en autos— una contraindicación absoluta para efectuar ese tipo de anestesia.

Del mismo modo, no se halla acreditado que la paciente haya sido debidamente informada por el médico de las características de la práctica tal como se requiere, ni que el estado anímico, nervioso y de angustia de la internada se haya producido ante la supuesta pregunta del desconocido que colaboro o si fue anterior (art. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Vale aclarar que las experticias en las que el quejoso basa sus agravios, nada dicen sobre un punto fundamental que —según lo argumenta el propio demandado— fue una de las causas de la perforación de la duramadre, esto es, la colaboración en la práctica de una persona desconocida. Dicho de otro modo, omiten meritar o mencionar al incumplimiento de este requisito para la realización de ese tipo de práctica anestésica (art. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Insisto que estas conclusiones se extraen del análisis de la totalidad de las experticias médicas de las distintas especialidades las que, analizadas en conjunto con la restante prueba producida en autos y las mismas manifestaciones de la parte condenada, forman la convicción de que el Doctor P. no dio cumplimiento a los requisitos previos necesarios para la práctica médica de inyección de anestesia peridural.

Es por ello que no es de recibo la posición del recurrente en cuanto las pericias en sede civil le dan la razón en su queja, ni que el análisis efectuado por el *a quo* se basa en consideraciones personales y subjetivas.

Thomson Reuters

Nótese que cuando los peritos refieren a una técnica adecuada y correcta para la realización de la cesárea, lo hacen en términos vagos y genéricos, no vinculándolo técnicamente con el caso ni la práctica concreta (art. 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Más aún, cuando los expertos hacen alusión del supuesto en análisis dicen que se trató de una práctica adecuada, pero omiten referenciar las incidencias que se sucedieron, los posibles motivos que lo desencadenaron y las consecuencias que estas anomalías pudieron haber generado.

Solo la Doctora Morimanno calificó el suceso como "imprevisible" pero sin basar científica ni documentalmente esa vaga afirmación.

Contrariamente, no hacen mención en sus dictámenes o bien no explican las consecuencias que se derivan ante la falta de personal idóneo para la colaboración en la práctica de inyección peridural y disminuyen o desconocen el estado de ánimo de la paciente, sin un basamento o fundamentación técnica alguna.

Nótese al respecto que el perito anestesiólogo califica el estado de ánimo de la actora como algo "normal", mientras que la experta médico legista refiere que del protocolo anestésico "no surge que el inicio de la práctica médica de anestesia haya sido en una paciente con hiperxecitabilidad nerviosa". Ello a pesar de que de la primera de las anotaciones del anestesista en la historia clínica ni quiera surge la complicación que luego el mismo demandado reconoce.

Es decir, que de la historia clínica no surge el estado nervioso de la paciente, como tampoco las anomalías posteriores, las que fueron consignadas en anotación aparte sin fecha cierta (art. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En síntesis, colijo que las afirmaciones referidas en el punto en tratamiento resultan dogmáticas y sin sustento científico, por lo cual en la apreciación conjunta de esos dictámenes no logran conmover la resolución adoptada por el *a quo* (art. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por ello, es mi convicción que la falta de previsión del médico anestesista frente a la falta de personal idóneo para colaborar en la práctica y ante el estado anímico de la actora, conlleva una responsabilidad del mismo por la producción de la perforación de la duramadre de la paciente y los daños generados a partir de allí (arts. 384, 474, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En síntesis, en virtud de todo lo antes expuesto, la objeción destinada a revertir la condena del codemandado P. no es de recibo, por lo que ha de confirmarse la sentencia de grado en este punto (arts. 519, 520, 902, CC.; 384, 474, Cód. Proc. Civ. y Comercial.).

VI. El galeno apelante se duele en sus agravios de la absurda valoración de la prueba efectuada por el *a quo*.

Si bien esta queja guarda estrecha relación con lo desarrollado a la hora de determinar la responsabilidad del anestesista demandado, no resulta ocioso abordar cada una de las pruebas producidas y su valor probatorio.

VI. 1. Historia Clínica

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "La historia clínica es un elemento de prueba de capital importancia cuando se trata de emitir un juicio sobre la responsabilidad civil por mala praxis, resultando harto censurable que quien confecciona al margen de toda posibilidad de control del paciente, se aproveche de tal circunstancia para escapar de una condena judicial, sea predisponiendo la información que más le favorece o tratando de tergiversar aquélla que lo incrimina" (SCBA causas LP 122865 S 04/12/2019, voto del Juez Pettigiani (SD), LP C 98597 S 07/04/2009 Juez Genoud (SD), LP Ac 89345 S 12/04/2006 Juez Roncoroni (SD).

De ello se desprende que la completitud y exactitud de los datos allí consignados constituyen presupuestos indispensables de su funcionalidad, desde que —salvo situaciones excepcionales que así lo justifiquen— ha de estarse a lo que surge de la misma. Modo contrario perdería su verdadera razón de ser si cada uno de los registros allí volcados requirieran de continua comprobación por parte de los sucesivos intervinientes.

Se trata en definitiva de un instrumento que vuelca relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual (conf. SCBA Ac. 81.491, sent. del 16/07/2003; C. 98.597, sent. del 07/04/2009) y constituye —antes que una mera formalidad administrativa o aún de un medio de preconstitución de prueba frente a una eventual y futura controversia— una herramienta indispensable para el adecuado y eficaz desarrollo de la prestación sanitaria. De allí que se haya puesto de relieve su inocultable relevancia para el diagnóstico, tratamiento, pronóstico y epidemiología, circunstancias que exigen que su confección refleje una información clara y precisa, completa y metódicamente realizada (C. 48.759, sent. del 03/11/1992).

Reparando en la dinámica de tracto sucesivo de la prestación médica y admitido su carácter de continuidad, este documento posee un indudable rol instrumental respecto de la prestación de asistencia médica.

"Su importancia viene dada porque asegura una adecuada prestación de servicios, sirviendo como guía a los profesionales intervinientes" (Vázquez Ferreyra, Roberto, "La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica", LA LEY 1996-B, 807).

Thomson Reuters

En esta línea se ha resuelto que las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que deben ser realizadas con rigor y precisión, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es atendido por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada (CNCiv., sala I, 19/02/1997, "L. L., H. O. c. Municipalidad de Buenos Aires - Hospital Parmenio Piñero y otros", LA LEY 1998-C, 36).

En el caso en debate ha quedado corroborado que, por error u omisión, el galeno condenado no describe las anomalías sufridas durante la práctica en el protocolo anestésico primigenio, lo que sí realiza en anotación posterior. Se desprende entonces la ausencia en la primera anotación de datos fundamentales que están directamente relacionadas con las posibles causas que produjeron la perforación de la duramadre y el posterior paro cardíaco de la paciente, lo que no debe pasarse por alto y mucho menos ser utilizado en favor de la posición del quejoso.

Más aún, la contestación de la demanda del Doctor P. se basa en las constancias de ese instrumento.

Por todo lo expuesto concluyo que el análisis y la valoración efectuada por el *a quo* de la historia clínica obrante en autos no se evidencia absurda, injustificada, o carente de coherencia, por lo que no cabe hacer lugar a los agravios del apelante en este punto (art. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI.2 - Pericias

Para los casos de mala praxis médica como la esgrimida en el presente, la pericia "es necesaria por la frecuente complejidad técnica, artística o científica de las circunstancias, causas y efectos de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para la aplicación, por el juez, de las normas jurídicas que regulan la cuestión debatida o simplemente planteada en el proceso, que impide su adecuada comprensión por éste, sin el auxilio de esos expertos, que hacen aconsejable ese auxilio calificado, para una mejor seguridad y mayor confianza social en la certeza de la decisión judicial que se adopte" (Hernando Devis Echandía, "Teoría General de la Prueba Judicial", Ed. Víctor P. De Zavalía, Bs. As. 1976, T. II, p. 293).

Específicamente, ha resuelto la SCBA que "así como la aceptación de las conclusiones no supone la declinación de sus facultades, el apartamiento del Juez frente al dictamen pericial no es más que otra alternativa legal autorizada por el art. 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; y del mismo modo, así como el dictamen pericial no es imperativo ni obligatorio, pues ello convertiría al perito —auxiliar del juez— en autoridad decisoria dentro del proceso, la obligatoriedad de dar razones suficientes para evitar que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad, constituye para el juzgador el límite a su ejercicio de ponderación de la prueba" (SCBA Ac. 71.624, sent. del 15/03/2000; Ac. 93.078, sent. del 06/09/2006, LP C 98113 S 20/802008, juez Kogan SD).

De lo expuesto, y de conformidad con lo desarrollado en el punto anterior al que me remito en razón de celeridad, concluyo que la sentencia de grado efectúa un análisis justificado de las pericias practicadas, no resultando de la lectura de la sentencia arbitrariedad ni absurdo en su apreciación (art. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. 3 - Carga de la prueba

Debe tenerse presente que debatida la responsabilidad médica, lo que se pone en manos del profesional no es tener que demostrar su actuar diligente, sino que ante lo incompleto de la historia clínica debe aportar al proceso los datos faltantes de la misma y que, habiendo sido él quien tuvo a cargo el tratamiento del paciente, al no ser arrimados al proceso, crean en su contra una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional, con sustracción del deber de obrar "con prudencia y pleno conocimiento de las cosas" (art. 902, Cód. Civ.), que a él le corresponde desvirtuar (Conf. voto del Dr. Pettigiani en causa C. 97.750, "B., R. W.", sent. de 16/02/2014).

En términos similares nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad profesional del médico se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo" (conf. doctrina SCBA causas C. 116.663, "Camus", sent. de 04/09/2013; C. 120.106, "L., Z. L.", sent. de 01/06/2016; eo).

Por ello, cuando para el damnificado —como en el presente caso— se dificulta notoriamente el despliegue probatorio por la propia naturaleza del asunto, resulta admisible recurrir a los principios de las cargas probatorias dinámicas. En virtud a ellas, quien soporta las mayores cargas es aquel que se encuentra en mejores condiciones de producir la prueba, que en los casos de mala praxis médica no es otro que el médico actuante y el establecimiento hospitalario.

En este aspecto, el máximo Tribunal Provincial ha flexibilizado las reglas que imperan sobre el *onus probandi* en esta materia (art. 375, Cód. Proc. Civ. y Comercial), al entender que en la mayoría de los casos en que se juzga la responsabilidad de los galenos, el judicante se encuentra ante situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobrando fundamental importancia el concepto de la carga dinámica de la prueba que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (Ac. 82.684, sent. del 31/03/2004; C. 98.767, sent. del 21/05/2008; C. 92.810, sent. del 27/04/2011).

Thomson Reuters

"La teoría de las cargas probatorias dinámicas impone la carga de quien está en mejores condiciones de probar; determinados hechos son más fáciles de probar para el paciente (que cumplió con las instrucciones del médico, que lo visitó regularmente, que tomo la medicación, etc.) y otros serán más fáciles de probar por el médico (v. gr., como se hizo el diagnóstico, el haber empleado conocimientos y técnicas aceptables, haber suministrado o receptado la medicación correcta, haber hecho la operación que correspondía, haber controlado debidamente al paciente)" (Ignacio López Miró. Causales para demandar por responsabilidad civil médica. Editorial Astrea p. 8).

En casos como el presente, no se trata sin más de una inversión de la carga de la prueba sino que se fundamenta en el principio de colaboración (esta Sala, causa N° 125477 sent. del 22/08/2019).

En este sentido, es dable concluir que correspondía a los demandados probar los extremos relativos a su exención de responsabilidad en virtud a las características particulares del proceso por mala praxis y en cumplimiento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, por lo que la queja del apelante en este aspecto no es de recibo (art. 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial, art. 902 CC).

VI. 4. Resolución en actuaciones penales

En este punto, cabe destacar sucintamente —tal como lo hizo la sentencia de grado— que en la IPP labrada a partir de la denuncia del hecho ventilado en autos, se dispuso el archivo de las actuaciones en los términos de art. 268 CPP.

Es decir que no se sobreseyó a los denunciados, sino que se dio cumplimiento al trámite dispuesto por el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires para la investigación penal preparatoria que dispone que "En caso de que a juicio del Fiscal no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o autoría de él, podrá proceder al archivo de las actuaciones, comunicando la realización de este acto al Juez de Garantías y notificando a la víctima..." (art. 268 *in fine* CPP).

Por lo tanto, la resolución a la que hace referencia el quejoso no se traduce de modo alguno en una sentencia definitiva en los términos de los arts. 1102 y 1103 del Cód. Civil, por dos motivos fundamentales e incuestionables:

a) ante el archivo de las actuaciones la investigación puede ser reabierta en cualquier momento ante la existencia de nuevas pruebas y b) el archivo es dictado por la Agente Fiscal actuante quien no ostenta la calidad Magistrado y por tanto no cuenta entre sus competencias con la facultad de dictar sentencia definitiva en los términos establecidos por nuestra Carta Magna.

Por ello, el decisorio impugnado no resulta violatorio de las disposiciones sobre la prejudicialidad aludidos, por lo que no cabe más que rechazar los agravios esgrimidos (art. 1102, 1103 Cód. Civil).

VII. Sentada la responsabilidad del galeno apelante, he de abordar a continuación los agravios relativos a la procedencia y cuantificación de los rubros indemnizatorios reconocidos por la sentencia de grado.

VII.1— La reparación por gastos médico asistenciales y de traslado —pasados y futuros— reconocidos por la sentencia de grado es uno de los puntos que agravia a los apelantes.

De la historia clínica obrante en autos, como de las pericias practicadas surge que la internación y atenciones realizadas a la señora C. fueron efectuadas en un centro asistencial público (fs. 1/110 IPP y fs. 142/248 de estas actuaciones).

Ahora bien, para determinar la procedencia de este rubro debe estarse al actual art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que en su parte pertinente dispone "... Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad...".

De la letra del mencionado artículo se desprende que los gastos médicos y farmacológicos se presumen a partir de la producción de un daño mensurable, y no requieren de una prueba expresa, excepto que su monto sea oneroso y requiera de una demostración especial.

Es decir que probado el daño físico se presume que el actor realizó erogaciones en medicamentos y traslados para el tratamiento de las dolencias, siempre que revistan el carácter de prudentes, en tanto que las sumas mayores deben ser debidamente alegadas y acreditadas.

No resulta óbice que la víctima del siniestro haya sido tratada por profesionales y centros asistenciales públicos toda vez que los gastos efectuados no se limitan a esas atenciones puntuales, sino a los gastos producidos a partir de las dolencias padecidas.

En este punto, un antiguo antecedente de la SCBA en aplicación de la ley antes vigente pero que resulta procedente, ha dicho que "aun cuando la víctima de un accidente de tránsito haya sido atendida en un establecimiento asistencial público debe incluirse en la indemnización una suma en concepto de gastos médicos y de farmacia, pues es notorio que existen erogaciones que deben ser solventados por el paciente: el resarcimiento debe guardar concordancia con la lesión, sin que resulte indispensable que su importe se encuentre documentado"(SCBA S. 18/12/1979 "Petruzzi de Rogero, Rosa M. c. Martins Mogo, Carlos").

Thomson Reuters

Ahora bien, de conformidad con los antecedentes referenciados, considero que —ante falta de prueba fehaciente— la indemnización por gastos médicos y de traslado ha de proceder en tanto revista el carácter de prudente, toda vez que las sumas mayores deben ser debidamente alegadas y acreditadas.

En autos, la actora no evidencia las erogaciones realizadas ni los montos por los cuales debió hacer frente a esos gastos. Tampoco desarrolla en su presentación de inicio cuáles fueron, al menos aproximadamente, los emolumentos realizados ni en que concepto. Se limita a reclamar una suma fija sin fundamentación ni sustento probatorio alguno (fs. 14/30). Por ello insisto en la necesidad de una practicar una prudente cuantificación.

Nótese que no existe parámetro alguno para determinar, por ejemplo, los gastos de traslado: el recorrido, la frecuencia, los destinos etc.

Es por lo expuesto que considero que la suma determinada por la Magistrada de grado resulta elevada en virtud a la ausencia de prueba y propongo entonces que rubro indemnizatorio sea reducido a la suma de pesos ... en concepto de gastos médico asistenciales pasados y pesos ... por los futuros, ambos montos fijados con criterio de actualidad a la fecha de la presente sentencia (art. 1746 Cód. Civ. y Comercial, arts. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VII. 2. Los demandados se quejan asimismo de la indemnización fijada por lucro cesante y pérdida de chance, en virtud de que entienden que la evaluación sin distinción de ambos no recoge las diferencias entre un instituto y otro.

El artículo 1738 del Cód. Civil y Comercial, al enumerar los daños resarcibles dispone que "La Indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personas, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida".

De esta enunciación —que la jurisprudencia y doctrina más calificada no entienden taxativa ni cerrada en virtud de la interpretación armónica del ordenamiento legal, en especial del principio de la reparación plena del art. 1740 del Cod. Civ. y Comercial— se desprende la efectiva recepción legislativa de la pérdida de chance.

Ahora bien, esa admisión no significa necesariamente que deba tratarse de un rubro independiente dentro de los menoscabos de carácter patrimonial.

Sobre este tema particular, nuestro Máximo Tribunal provincial tiene dicho que "Con la expresión pérdida de una chance se indican todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio, o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja" (SCBA LP C 117926 S 11/02/2015 Juez De Lázzari (SD).

Por su parte doctrinariamente se ha dicho que "La pérdida de una chance, puede definirse como la desaparición de la probabilidad de un evento favorable, cuando esa chance aparece como suficientemente seria. La expresión pérdida de chance comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o beneficio o evitando una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido o no, creando una expectativa, una probabilidad de ventaja patrimonial" (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, LA LEY, Buenos Aires, T. I, p. 465). Conforme lo desarrollado, la perdida de chance requiere de prueba concluyente respecto de la posibilidad o probabilidad perdida para que resulta procedente.

No se trata de negarla como parte integrante de una indemnización por daños y perjuicios, sino de hacer una valoración sobre la existencia de una oportunidad o probabilidad efectivamente perdida.

En el presente, la actora no acredita cuál es la chance probable y cierta que perdió a partir de los daños sufridos que se traduzca en la posibilidad de recibir una indemnización de forma independiente por ello. Nótese que la señora C. solicita en su presentación de inicio el rubro "lucro cesante y pérdida de chance" (v. esp. fs. 19 vta.) sin hacer detalle alguno de la chance perdida ni de la cuantificación del daño emergente aludido.

Por su parte, en la etapa probatoria quedó acreditado que cumplía funciones como empleada doméstica y que luego de la operación no pudo volver a hacerlo (fs. 365/366 vta. testigo G., fs. 367/368 testigo C., fs. 369/370 testigo O.).

Por ello, concluyo que no hay prueba suficiente en autos que acredite la pérdida de chance que se reclama, por lo que adelanto que ese rubro no ha proceder.

Es que no resulta jurídicamente viable reconocer un daño sin que sea cierto y probado, carga que recae sobre quien pretende su reconocimiento, en este caso la actora reclamante (art. 375 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Thomson Reuters

Sin esas acreditaciones no procede la indemnización por este concepto, ello por cuanto está vedado a los jueces otorgar indemnizaciones sobre meras conjeturas. Solo cuando existiera prueba del daño, el art. 165 Cód. Proc. Civ. y Comercial autoriza al magistrado a fijar el monto indemnizatorio según su criterio.

Así lo tiene dicho la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, al decir que: "Aun tratándose de daño emergente o lucro cesante y sea que se accione por responsabilidad contractual o extracontractual, el perjuicio, para que sea resarcible, debe ser cierto y su prueba corre por cuenta del que los reclama y debe hacerlo fehacientemente, aportando a la causa información necesaria para su determinación por el juzgador sin que sea bastante la posibilidad de existencia de un perjuicio, pues no corresponde acordar indemnizaciones sobre la base de conjeturas" (SCBA., Ac. 24.905, entre otras).

Por lo expuesto, en virtud de la orfandad probatoria antes expresada cabe hacer lugar a los agravios de la codemandada en este punto y revocar lo decidido por el *a quo* respecto de la pérdida de chance, rechazándose su procedencia (arts. 1738, 1740 Cód. Civ. y Comercial, 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

No corre igual suerte el lucro cesante, toda vez que mediante los testigos aludidos se corrobora que la actora trabajaba como empleada doméstica y debió dejar de hacerlo a partir de los daños sufridos (art. 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial, fs. 365/366 vta. y 369/370 vta.).

Al respecto, cabe puntualizar que a diferencia del daño emergente —que constituye un menoscabo a los valores económicos ya existentes, un empobrecimiento del patrimonio—, el lucro cesante se genera cuando lo que se pierde es una ventaja económica esperada, un enriquecimiento patrimonial previsto (arts. 1069 del CC; Orgaz, "El Daño Resarcible", año 1952, p. 45).

Para que sea procedente la indemnización por lucro cesante no basta probar la simple posibilidad de haber obtenido una ganancia, sino que es necesario demostrar la privación de un acrecentamiento patrimonial, que el actor hubiera podido obtener verosímilmente, conformando de este modo un daño cierto (Santos Briz, "La Responsabilidad Civil", 2da. edición, pags. 228 a 230; esta Sala, causa 102.290, sent. del 10/06/2004, RSD-138/2004; causa 117.292, sent. del 01/07/2014, RSD-88/2014; causa 117.288, sent. del 07/08/2014, RSD-103/2014).

En consecuencia, como ha dicho la Corte de Nación, "El lucro cesante está configurado por las ventajas económicas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas, cuya admisión requiere una acreditación suficiente del beneficio económico y que exista un concreto grado de probabilidad de que el daño se convierta en cierto." (CSJN, "Consultora Megator SA c. Estado Nacional s/ ordinario", C. 1057. XLIX. ROR, sent. del 09/12/2015, Fallos: 338:1477). En definitiva, lo que ha dejado de ganar a partir del accidente (arts. 1068, CC).

En autos, como se dijo, la actora acreditó que trabajaba antes del siniestro como empleada doméstica y que no pudo seguir trabajando a partir de la operación.

A ello se suma lo dictaminado por los expertos quienes dan cuenta de su incapacidad laborativa.

En efecto, la perito médico legista Dra. Rosa Viviana Morimano (fs. 486/492, fs. 554/562 y fs. 621) refiere que "Al examen físico. Marcha asistida por un tercero. Presenta paraparesia espástica a predominio proximal y requiere de ayuda de un tercero para la incorporación".

"Observaciones... luego del bloqueo epidural presentó bradicardia extrema e hipertensión arterial, por lo que se administró oxigenoterapia, atropina, corticoides y bicarbonato. Se efectuó respiración mecánica previa intubación traqueal, recuperando los parámetros vitales, una vez estabilizada la paciente y dada la urgencia con que el cuadro debía ser resuelto en forma quirúrgica se induce anestesia general inhalatoria con Sevofluorano 1,5%". "Por todo lo expuesto surge que la actora presenta paraparesia espástica. Vejiga neurogénica. Respecto a la etiopatogenia y a tenor de los estudios complementarios sería compatible con cuadro isquémico vasogenico. La isquemia medular sería condicionada fisiopatológicamente como consecuencia de la hipotensión - bradicardia severa - cianosis, reanimación cardiorespiratoria. El síndrome de la arteria espinal por trombosis o espasmo de la misma, produce en forma súbita una parálisis flácida y déficit sensorial de grado variable en los miembros inferiores, abolición de los reflejos espinales, sin embargo los estudios radiológicos y del líquido cefalorraquídeo son normales. La etiología de esta complicación es incierta y se le ha atribuido a un trauma directo de la arteria espinal anterior, o, a isquemia de este vaso sanguíneo ocasionada por hipotensión arterial o fármacos vasoconstrictores".

Respecto de la evolución "el futuro es aleatorio y dependerá de los cuidados específicos de la vejiga (vejiga neurogénica)" (respuesta b cuestionario de la actora).

Al momento de fijar incapacidad la estima en un 70% (físico y psíquico) de incapacidad de la Total vida (respuesta d cuestionario de la actora), mientras que en la contestación de las observaciones de las partes (fs. 621) refiere a una incapacidad motora del 50%.

Por su parte la perito psiquiatra Dra. Mirian Diana Pellegrino (fs. 438/444) da cuenta que la actora sufre "Sentimientos de impotencia e incapacidad, no se siente la que era antes que tenía una vida activa, concurría al gimnasio, salía. Se levanta desde la mañana con dolor físico. No puede ayudar a sus hijos con sus cosas, trabajar para comprarles lo que necesitan como antes. Se acuesta a la noche con más dolores cada día, siente la pierna

Thomson Reuters

izquierda cada vez más dura. No ve mejorías en sus tratamientos lo que le provoca profunda tristeza", "Prácticamente no sale de su casa. Concurre a pilates tres veces por semana derivada por la médica del Scio. De rehabilitación para sus piernas. Si no tiene muchos dolores sale a hacer mandados por su casa sin cargar peso. El resto de las compras las hace su hija. Tiene vida sexual porque tiene deseo pero no tiene sensibilidad en la zona lo que le impide tener sensaciones. En la casa lava los platos, plancha sentada, barre, cocina, pasa la máquina de lustrar. No puede pasar el trapo a los pisos, baldear, etc. No puede hacer tareas que requieran levantar peso o hacer fuerza. No puede caminar mucho porque le aumentan los dolores en las piernas. No puede trabajar más en casa de familia, sus empleados la ayudan con ropa para sus hijos".

"Se concluye que la actora presenta un trastorno por estrés crónico con síntomas depresivos reactivo a sus recuerdos penosos vividos y a sus dolencias físicas actuales con dolor crónico con una incapacidad psíquica parcial y permanente de un 20%" (punto E Conclusiones, F 1 y F 5).

Evidencio que las pruebas referenciadas acreditan la imposibilidad de trabajar de la actora desde la fecha de la operación a la actualidad por lo que cabe confirmar la procedencia del lucro cesante (art. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Ahora bien, para su cuantificación la accionante no ha ofrecido medio probatorio alguno a fin de dar parámetro de las ganancias dejadas de percibir.

Por ello, teniendo en consideración la edad de la actora al momento de la operación (40 años), que trabajaba por horas en casa de familia (fs. 365/366 vta. testigo G., fs. 367/368 testigo C., fs. 369/370 testigo O. Específicamente el testigo C. depone que "trabajaba por hora con una familia, vivía de eso"), y la incapacidad referenciada estimo prudente reducir el monto establecido por la sentencia de grado, proponiendo que proceda por la suma de XXX monto fijado a valores actuales del presente fallo (arts. 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VII.3. A su turno los quejosos se agravian de la cuantificación del daño moral por considerarlo elevado.

Con relación a este perjuicio cabe puntualizar que conforme lo establece el artículo 1078 del Cód. Civil, la obligación de resarcir también lo comprende, además de la indemnización de las pérdidas e intereses.

Se entiende entonces que el responsable debe cubrir el quebranto que supone la privación o disminución de bienes como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física y, en general, todo menoscabo a los más sagrados afectos (SCBA, Ac. 35579, sent. del 22/04/1986; esta Sala, causa 96.891, sent. del 02/04/2002, RSD 46/2002).

En este extremo resulta procedente evaluar lo dictaminado por la perito psiquiatra Dra. Mirian Diana Pellegrino (fs. 438/444) quien dictamina que N. C. sufre de "Sentimientos de impotencia e incapacidad, no se siente la que era antes que tenía una vida activa, concurría al gimnasio, salía. Se levanta desde la mañana con dolor físico. No puede ayudar a sus hijos con sus cosas, trabajar para comprarles lo que necesitan como antes. Se acuesta a la noche con más dolores cada día, siente la pierna izquierda cada vez más dura. No ve mejorías en sus tratamientos lo que le provoca profunda tristeza", "Prácticamente no sale de su casa. Concurre a pilates tres veces por semana derivada por la médica del Scio. De rehabilitación para sus piernas. Si no tiene muchos dolores sale a hacer mandados por su casa sin cargar peso. El resto de las compras las hace su hija. Tiene vida sexual porque tiene deseo pero no tiene sensibilidad en la zona lo que le impide tener sensaciones. En la casa lava los platos, plancha sentada, barre, cocina, pasa la máquina de lustrar. No puede pasar el trapo a los pisos, baldear, etc. No puede hacer tareas que requieran levantar peso o hacer fuerza. No puede caminar mucho porque le aumentan los dolores en las piernas. No puede trabajar más en casa de familia, sus empleados la ayudan con ropa para sus hijos".

En el mismo sentido los testigos deponentes en autos refieren que la actora "esta mal en todo sentido de la palabra, la vida no fue la misma" (respuesta 11° testigo C., fs. 367/368), "es terrible su estado de salud.... Con esto que le pasó la mataron, esta muerta en vida" (respuesta 3° testigo O. fs. 369/370).

Lo dictaminado por la experta analizado en conjunto con la declaración de los testigos, evidencia una indudable lesión a la paz, la tranquilidad de espíritu, a la libertad individual, la integridad física de la actora, por lo que la indemnización por daño moral resulta procedente. En cuanto a su cuantía, en atención a las condiciones personales de la accionante, su carga de familia y a cómo incidió en su ánimo la alteración de su vida cotidiana, considero adecuada la suma otorgada en la instancia de grado, propiciando en consecuencia su confirmación (arts. 1078, Cód. Civil; 3, 1741, Cód. Civil; 330, 354 inc. 1, 384, 474, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VIII. En relación al agravio relativo a los intereses, acorde tiene dicho esta Sala, los mismos buscan resarcir el perjuicio que al actor le ocasiona el incumplimiento. Sin embargo, la tasa de interés no puede ser considerada como una cláusula de ajuste, ya que su función económica no es la de mantener el poder adquisitivo del capital adeudado.

Nuestro superior Tribunal provincial ha declarado reiteradamente que a partir del 1° de abril de 1991, los intereses moratorios serán liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Cód. Civil) con arreglo a la tasa de interés que pague el Banco Provincia de Bue-

Thomson Reuters

nos Aires en sus depósitos a 30 días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprometidos, y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928, modif. por ley 25.561, 622, Cód. Civil; conf. causas Ac. 57.803, "Banco de la Provincia de Buenos Aires", sent. del 17/02/1998; Ac. 72.204, "Quinteros Palacio", sent. del 15/03/2000; Ac. 68.681, "Mena de Benítez", sent. del 05/04/2000; L. 76.276, "Vilchez", sent. del 02/10/2002; L. 77.248, "Talavera", sent. del 20/08/2003; L. 79.649, "Sandes", sent. del 14/04/2004; L. 88.156, "Chamorro", sent. del 08/09/2004; L. 87.190, "Saucedo", sent. del 27/10/2004; L. 79.789, "Olivera", sent. del 10/08/2005; L.80.710, "Rodríguez", sent. del 07/09/2005; Ac. 92.667, "Mercado", sent. del 14/09/2005; entre otras).

En definitiva, siguiendo la doctrina —mayoritaria— que se reseñó, —sin perjuicio de las consideraciones que sobre el particular se pudieran realizar—, se ha sostenido la procedencia de la fijación de los intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósitos a treinta días ("tasa pasiva", SCBA C. 101.774 "Ponce" y L. 94.446 "Ginossi").

Empero, conforme la causa "Zócaro", también de nuestro superior Tribunal local, no se vulnera la doctrina legal antes citada si, al formular una simple ecuación económica —utilizando para ello las distintas variantes que puede ofrecer el aludido tipo de tasa—, se aplica una determinada alícuota por sobre las demás existentes (SCBA, Ac. L-118.615, sent. del 11/03/2015).

A mayor abundamiento, puede adicionarse el aporte que a este tema ha dado la causa "Cabrera, Pablo David contra Ferrari, Adrián Rubén.

Daños y perjuicios" (SCBA, causa C. 119.176, sent. del 15/06/2016), en la cual nuestro Superior Tribunal provincial analizó su doctrina legal en vista a la sanción del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, en especial del contenido del artículo referido.

Con un análisis pormenorizado se explicaron los antecedentes sobre el tema, la evolución de las tasas de interés y la interpretación de la doctrina legal, llegando a una postura —si bien por mayoría de fundamentos— en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia.

Tal como se refirió en el voto de la señora Juez doctora Kogan "…el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, dispone en su art. 768 inc. "c", de modo subsidiario, la aplicación de las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. En este contexto, entiendo que la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se hallan determinadas en el marco reglamentario de la mencionada institución oficial (art. 768, inc. "c", Cód. cit.), impone precisar el criterio que este Tribunal ha mantenido hasta ahora en carácter de doctrina legal, en pos de la referida finalidad uniformadora de la jurisprudencia."

"Por tal razón, considero que los intereses deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, desde la fecha del hecho dañoso hasta el día de su efectivo pago (arts. 622 y 623, Cód. Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Cód. Civ. y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.)" (SCBA, causa citada). Esta postura es la que logró mayoría y, por consiguiente, es la que se impone como valor de doctrina legal vigente y permite su correlación con la aplicación de las pautas del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En cambio, en virtud de los fundamentos expresados por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, en los precedentes "Vera, Juan C. c. Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" (causa C. 120.536 del día 18/04/2018) y "Nidera SA c. Provincia de Buenos Aires. Daños y perjuicios" (causa C. 121.134 del día 03/05/2018), en razón que los valores establecidos en el presente fallo se han estimado con criterio de actualidad —si bien no empleado en términos indexatorios o aritméticos— corresponde que los intereses moratorios se fijen sobre el capital de condena, entre la fecha del hecho y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de cada una de las deudas (arts. 772 y 1748, Cód. Civ. y Comercial) la tasa pura del 6% anual. Asimismo y por el lapso que transcurra entre esas fechas y hasta el total y efectivo pago, se impone aplicar la doctrina legal emanada de la Suprema Corte de Justicia (causa C. 119.176, "Cabrera", sent. del 15/06/2016), que dispone adicionar —únicamente sobre el capital de condena— la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (Cfme. SCBA Ac. 101.774, "Ponce"; L.94.446, "Ginossi", sents. de 21/10/2009; y C. 119.176, "Cabrera", sent. de 15/06/2016; arts. 622 y 623, Cód. Civil de Vélez Sarsfield; 7 y 768, inc. "c", Cód. Civ. y Comercial de la Nación; 7 y 10, ley 23.928 y modif.).

En consecuencia, en función a que se desprende expresamente de la sentencia de grado y del presente resolutorio que los valores indemnizatorios son fijados con criterio de actualidad, cabe rechazar los agravios esgrimidos por los accionados y confirmar la sentencia de grado en esta parcela, disponiéndose la aplicación de la doctrina legal reseñada. Por ello, insto a que al monto resultante de los rubros gastos médicos pasados y futuros y lucro cesante se aplique la tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho —18 de enero de 2004— hasta la fecha del presente decisorio y de allí en adelante

Thomson Reuters

la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, mientras que para el rubro daño moral se aplicará igual cálculo con la salvedad de que la tasa pura del 6% devengará entre la fecha del hecho y la de la sentencia de grado —28 de marzo de 2019— y de allí y hasta su efectivo pago la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa.

IX. En tal entendimiento, por las consideraciones vertidas, he de propiciar hacer lugar parcialmente a los recursos articulados por las partes, postulando que la suma otorgada por gastos médico asistenciales y de traslado pasados sea reducida a pesos ..., la de gastos médico asistenciales y de traslado futuros a la suma de pesos ..., ambas sumas fijadas a valores actuales a la fecha de este fallo. Asimismo, insto a que la suma en concepto de lucro cesante sea reducida a la de pesos ..., también a valores de esta sentencia y al rechazo de indemnización otorgada en concepto de pérdida de chance. Por consiguiente, de lograr mayoría esta propuesta, la suma total de condena será la de pesos ..., aplicándose en concepto de intereses por los rubros gastos médicos asistenciales y de traslado pasados y futuros, y lucro cesante la tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho —18 de enero de 2004— hasta la fecha del presente decisorio y de allí en adelante la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, mientras que para el rubro daño moral la aplicación de igual cálculo con la salvedad de que la tasa pura del 6% devengará entre la fecha del hecho y la de la sentencia de grado —28 de marzo de 2019— y de allí y hasta su efectivo pago la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa. Postulo confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio, con costas de la alzada a los demandados, en su esencial condición de vencidos (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la Negativa.

El doctor Hankovits, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Banegas* dijo:

En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos articulados por las partes, y en su consecuencia: 1) reducir la suma otorgada por gastos médico asistenciales y de traslado pasados a pesos ..., la de gastos médico asistenciales y de traslado futuros a la suma de pesos ... a la valores del presente fallo; 2) reducir la suma en concepto de lucro cesante a la de pesos ..., también a valores actuales del presente fallo y rechazar la indemnización en concepto de pérdida de chance; 3) consecuentemente, la suma total de condena debe ser la de pesos ..., aplicándose en concepto de intereses por los rubros gastos médicos asistenciales y de traslado pasados y futuros y lucro cesante la tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho —18 de enero de 2004— hasta la fecha del presente decisorio y de allí en adelante la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, mientras que para el rubro daño moral la aplicación de igual cálculo con la salvedad de que la tasa pura del 6% devengará entre la fecha del hecho y la de la sentencia de grado —28 de marzo de 2019— y de allí y hasta su efectivo pago la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa; 4) confirmar la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio, con costas de la alzada a los demandados, en su esencial condición de vencidos (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

El doctor Hankovits, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

Por ello, y demás fundamentos del acuerdo que antecede se hace lugar parcialmente a los recursos articulados por las partes, reduciéndose la suma otorgada por gastos médico asistenciales y de traslado pasados a pesos ..., la de gastos médico asistenciales y de traslado futuros a la suma de pesos ..., a valores del presente fallo; asimismo, se reduce la suma en concepto de lucro cesante a la de pesos ..., también a la fecha del presente y se rechaza la indemnización otorgada en concepto de pérdida de chance. Por consiguiente la suma total de condena es la de pesos ..., aplicándose en concepto de intereses por los rubros gastos médicos y asistenciales y de traslado pasados y futuros y lucro cesante la tasa pura del 6% anual desde la fecha del hecho —18 de enero de 2004— hasta la fecha del presente decisorio y de allí en adelante la tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa, mientras que para el rubro daño moral la aplicación de igual cálculo con la salvedad de que la tasa pura del 6% devengará entre la fecha del hecho y la de la sentencia de grado —28 de marzo de 2019— y de allí y hasta su efectivo pago la tasa pasiva

Thomson Reuters

más alta que paga el Banco Provincia en sus depósitos a 30 días, vigente en cada uno de los períodos comprendidos, y por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa; confirmándose la sentencia en todo lo restante que ha sido motivo de recurso y agravio. Las costas de alzada se imponen a los demandados, en su esencial condición de vencidos (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. — *Leandro A. Banegas.* — *Francisco A. Hankovits.*

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. PRIORIDAD DE PASO

Colisión entre vehículos. Cruce de semáforo en rojo. Responsabilidad. Carga probatoria. Rechazo de la demanda.

> Al producirse la colisión en una intersección en la que existían semáforos instalados y en correcto funcionamiento —no fue invocado ni probado lo contrario— no resultan aplicables las presunciones sobre la culpa de los conductores sustentadas en la condición de vehículo embistente o embestido o, bien, en la prioridad de paso, en estos casos, la responsabilidad recae sobre el automóvil que al intentar el cruce de la bocacalle viola la señal lumínica y con ello provoca el resultado dañoso (art. 1109 Cód. Civil), desplazando a las presunciones generales de la materia. Por otra parte, la negativa de la demandada sobre el cruce en rojo que se le endilgó forzaba a la accionante a concretar la prueba que lo demostrara, lo que no hizo, y ello sólo puede conducir al rechazo de la demanda, al no poderse determinar el grado de culpabilidad en el resultado.

CApel. Río Grande, sala civil, com. y trabajo, 27/02/2020. - Olivera, Juan Manuel c. Dacheville, Ivana Ayelén s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/17766/2020]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

2ª Instancia.- Río Grande, febrero 27 de 2020.

El doctor *De la Torre* dijo:

I. El señor juez de primera instancia en lo Civil y Comercial admitió parcialmente la demanda incoada y, en su mérito, condenó en forma conjunta a la accionada y la citada en garantía al pago de $14.297, por los daños materiales y la privación de uso del vehículo de la actora, en razón del siniestro ocurrido en fecha 07/03/2012. Descartó, en cambio, el reclamo por la desvalorización del rodado.

Para así resolver el magistrado tuvo en cuenta que ninguna de las partes pudo demostrar que el vehículo de la contraria fue el que violó la señal lumínica, por lo que cabía responsabilizar a ambos partícipes en forma concurrente y en partes iguales, no rigiendo al respecto las llamadas "presunciones de circulación".

II. Contra dicha decisión las condenadas se alzan en forma conjunta por fs. 268/272 e interponen recurso de apelación.

En lo sustancial les causa agravio el fallo de grado en razón de que la contraria no probó que el semáforo la habilitaba al cruce, por lo que no luce acreditada la relación de causalidad ni satisfecha la carga probatoria que le cabía.

De allí deducen que debió primar la prioridad de paso que le asistía a la demandada por circular por una Avenida; añadiendo a tal respecto que, del acta de choque surge la calidad de embistente de la actora y los daños en la parte delantera de su automóvil, lo que no fue desvirtuado por prueba alguna en las actuaciones.

Es también, motivo de queja, la admisión del monto total por reparación del rodado con basamento en las conclusiones de la experticia mecánica toda vez que ésta fue objeto de impugnación por ausencia de fundamentos, lo cual no se ha tenido en cuenta en decisorio de grado.

Se afrentan del monto reconocido por la privación de uso del vehículo, pues el *a quo* otorgó un porcentaje superior al efectivamente demandado.

Critican la inoponibilidad de la exclusión de garantía recogida en el decisorio, pues se colocó —cabe estimar— a la aseguradora en la situación arbitraria de responder pese a la omisión de denuncia del asegurado.

En otro orden, se cuestiona la aplicación de la tasa activa cuando el caso no reviste naturaleza laboral, lo que lleva a que la contraria se enriquezca indebidamente en desmedro de su representada.

Para concluir, se afrentan genéricamente de regulación de los honorarios y de que se les impusieran las costas cuando debieron hacerse cargar totalmente a la contraria como única culpable del accidente o, en todo caso, establecerse por su orden, pues el monto admitido es inferior al pretendido y, fue desestimado

Thomson Reuters

totalmente un ítem reclamado, esto es, la desvalorización del rodado.

III. A fs. 273/276 el doctor José Raúl Velazco se alza contra la estimación de sus honorarios pues, en resumen, aduce que prescindió de la labor efectivamente cumplida y de la ponderación de su intervención en doble carácter, esto es, en representación de la demandada y, también, de la citada en garantía, lo que justificaba un porcentual del 15% para abastecer razonablemente el trabajo de acuerdo al éxito obtenido y no, en el 10% del monto del juicio, el que, por otro lado, no fue justificado.

IV. A fs. 280/83 la actora interpone recurso de apelación.

En prieta síntesis se agravia de que el sentenciante no le atribuyera la total responsabilidad en el siniestro a la accionada pues, al no haberse probado cuál de los dos vehículos pasó el semáforo en rojo, entiende que recaía sobre la contraria, en su carácter de demandada y por aplicación del art. 1113 Cód. Civil y 375 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, la carga probatoria en tal sentido. En dicho orden, le merece particular queja que no se tuviera en cuenta la falta de respuesta de la contraria a la carta documento remitida por su parte en donde se expuso que en la colisión aquélla pasó el semáforo en rojo. Asimismo, explica que no se meritúo adecuadamente el carácter de embistente de la demandada y de embestida de su parte, precisamente, en el sector trasero de su rodado, lo que revela el exceso de velocidad con que se conducía su adversaria.

V. Corridos los traslados de ley, a fs. 284/288 vta. y 294/295 vta., las partes evacuan los escritos de la contraria, a cuyos fundamentos habré de remitirme, previa lectura atenta, en honor a la brevedad.

VI. En orden a la cuestión traída a conocimiento soy de opinión que corresponde revocar el decisorio apelado porque no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa **(1)**, por las consideraciones que infra expongo.

Cabe advertir de modo liminar que los jueces no están obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios invocados por las partes, sino sólo aquellos que resulten conducentes a la solución del caso **(2)**.

VII. Razones de índole metodológico imponen principiar por el agravio común traído por los apelantes que se refiere a la asignación concurrente de culpa en el siniestro registrado, respecto de lo cual, adelanto, habré de modificar lo resuelto por el sentenciante anterior.

Para ello, cabe tener presente que producido el ilícito en el que se funda la acción, con anterioridad al advenimiento del dictado del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la cuestión debe resolverse al amparo de las prescripciones del código velezano pues el daño como presupuesto de responsabilidad se consumó en la vigencia de la antigua ley.

Adentrado ya en el caso concreto de autos, coincido con el magistrado a— quo en cuanto sostuvo que al producirse la colisión en una intersección en la que existían semáforos instalados y en correcto funcionamiento —pues no fue invocado ni probado lo contrario— no resultan aplicables las presunciones sobre la culpa de los conductores sustentadas en la condición de vehículo embistente o embestido o, bien, en la prioridad de paso, tal como lo pretenden, respectivamente, la actora y demandada pues, en estos casos, la responsabilidad recae sobre el automóvil que al intentar el cruce de la bocacalle viola la señal lumínica y con ello provoca el resultado dañoso (art. 1109 Cód. Civil), desplazando a las presunciones generales de la materia (cfrme. ley 24.449, especialmente art. 44, ap. c) en concordancia con el art. 41 inc. a).

En este sentido se ha dicho "carece de relevancia cuáles fueron las zonas de contacto de los rodados o cuál de los vehículos arribó primero a la intersección dado que —tal como lo expresara al establecer el encuadre jurídico aplicable al presente caso— no rigen las presunciones legales ni las admitidas jurisprudencialmente, pues lo sustancial es determinar quién efectuó el cruce en infracción al semáforo".

O bien que "Cuando la intersección donde se produjo el siniestro se encuentra señalizada con semáforos en correcto funcionamiento, no rigen las presunciones legales genéricas ni las comúnmente admitidas por la jurisprudencia como principios lógicos de experiencia, pues es la violación de las señales lumínicas la que hace recaer en el infractor la culpabilidad en la producción del ilícito" **(3)**.

Esto así, no cabe detenerse en las quejas de los recurrentes construidas en torno a tales presunciones.

Ahora bien, llegado a este punto, debo decir que en mi parecer la falta de prueba sobre el extremo de relevancia de marras, tampoco hacer nacer la culpa

(1) Fallos: 256:101; 258:15; 261:263; entre otros.

(2) Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; entre otros.

(3) Cita Online: AR/JUR/78103/2017.

Thomson Reuters

concurrente de ambos partícipes del siniestro, pues ésta supone, precisamente, una distribución del peso del daño según cual ha sido su medida de aporte en el resultado, y tal discriminación causal, en el contexto probatorio presentado en autos, no es posible de materializar.

Es que, la negativa de la demandada sobre el cruce en rojo que se le endilgó, forzaba a la accionante a concretar la prueba que lo demostrara, lo que no hizo (ver desistimiento de prueba confesional y testimonial, a fs. 95 y 109) y ello sólo puede conducir al rechazo de la demanda pues, es obligación de las partes aportar las pruebas de sus afirmaciones o en caso contrario soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés. El actor debe acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el accionado los extintivos impeditivos o modificativos **(4)**.

Incumbe la carga de la prueba a la parte que afirma la existencia de un hecho controvertido (art. 375.1 Cód. Proc. Civ. y Comercial), si el demandado niega categóricamente los hechos y documentos acompañados no tiene obligación de producir prueba alguna y al actor le corresponde probar la verificación del hecho constitutivo de su derecho o soportar las consecuencias del imperativo procesal omitido.

La carga de la prueba, afirma Fassi, citando a Devis Echandía, es un concepto procesal que "contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cual de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables" **(5)**; "La carga de la prueba es un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis" **(6)**.

Acorde a lo anterior, se puede afirmar que dicha imposición procesal "...no es una formalidad estéril, sino un problema que hace a la aplicación del derecho en el proceso; una norma es aplicable cuando la tipicidad abstracta legislativamente formulada se ha convertido en realidad concreta, por lo que si la actora no prueba los hechos que forman el presupuesto de derecho pierde el juicio. La razón de la carga tiene por fin descartar la posibilidad de que el juez llegue a un *non liquet* respecto a los hechos o la ley aplicable" **(7)**.

En definitiva, el pretensor ha dejado insatisfecha su carga probatoria pues la falta de respuesta a la cartular obrante a fs. 2 (amén del desconocimiento expreso por parte de la encartada en los términos de lo dispuesto en el 365.1 Cód. Proc. Civ. y Comercial) no lo relevaba de cumplir los mínimos recaudos que exige el art. 375 del código de forma, lo que en el caso, se traduce, en una negligencia en orden a acreditar que fue la contraria quién traspasó el semáforo en rojo, carga ineludible en el *sub lite* en razón de la eficacia causal decisiva que le cabe a dicho extremo en el resultado.

De ahí que, aun admitiendo —por vía de hipótesis— la posibilidad de un factor concausal en la producción del daño como parece propiciarlo la actora cuando alude a que no se ponderó el exceso de velocidad de la contraria y el que pretende justificar únicamente a partir de los daños presentados en su vehículo (lo que, por otro lado, difícilmente pueda presentarse en supuestos como el de autos pues, la transgresión a la señal lumínica constituye una falta de tal envergadura que suele ser la condición exclusiva del siniestro, restando trascendencia a cualquier otra circunstancia) tampoco es posible —en el contexto probatorio mencionado— deslindar su cuota de incidencia causal.

Desde esta inmodificable plataforma fáctica, no pudiéndose determinar el grado de culpabilidad en el resultado, juzgo que corresponde revocar la sentencia de grado en cuanto asignó la culpa en forma concurrente y en partes iguales de ambas partes, debiendo rechazarse la demanda, con costas a la actora vencida en ambas instancias de acuerdo al principio objetivo de la derrota (art. 78.1 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En cuanto al recurso interpuesto por el doctor José Raúl Velazco (fs. 273/276), contra el monto que se le regulara en concepto de honorarios profesionales en razón de su intervención como letrado de la accionada y de la citada en garantía, no cabe emitir pronunciamiento alguno pues los estipendios deberán ser nuevamente cuantificados en la anterior instancia, atendiendo al resultado de la presente. De modo que no se verifica un agravio actual en cabeza del profesional, debiendo recurrirse, eventualmente, la nueva regulación que se efectúe.

(4) SCBA, *in re* " Castillo, Crecencio A. c. Expreso del Sud SA ", sentencia del 02/07/1991, DT, 1992-A p. 450.

(5) "Teoría General de la Prueba", T. I, p. 426.

(6) Fassi, "Cód. Proc. Civ. y Comercial", Ed. Astrea, 1971, T. I, p. 671.

(7) Sala B "Ianizzotto de Zupi Haydée y otro c. Banco Cooperativo de Caseros Ltdo." del 06/03/1991, LA LEY 1991-C, 358).

Thomson Reuters

Por último, en cuanto a los honorarios de los letrados intervinientes ante esta Alzada, cabe diferir su estimación hasta que se readecuen los de la instancia que precede (cfrme. art. 14 ley 21.839).

El doctor *Löffler* dijo:

En este orden, debo manifestar que comparto el criterio sustentado por el magistrado ponente en primer término, ello por razones análogas a las expuestas en su voto (art. 178 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La doctora *Martín* dijo:

Por compartir los fundamentos y solución propuesta por el doctor *de la Torre,* adherimos, votando en los mismos términos.

En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal sentencia: I. Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora, por los motivos expuestos a lo largo del considerando. Imponer las costas en esta instancia a la recurrente vencida (art. 78.1 Cód. Proc. Civ. y Comercial). II. Admitir el recurso de apelación deducido por la accionada y citada en garantía, por las razones y con los alcances volcados en el considerando. En su mérito, revocar la sentencia de grado en cuanto hizo lugar a la demanda. Imponer las costas en esta instancia a la actora vencida (art. 78.1 Cód. Proc. Civ. y Comercial). III. Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (cfrme. art. 14 ley 21.839). IV. Mandar se copie, registre, notifique, remita a la instancia de grado y cumpla. — *Francisco J. de la Torre. — Ernesto A. Löffler. — Josefa H. Martín.*

DAÑOS DERIVADOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Rechazo de la acción. Deber moral que no genera responsabilidad. Disidencia parcial. Costas por su orden.

1. — El sufrimiento, la angustia, la tristeza, los sentimientos de desesperanza y frustración, y demás síntomas, se circunscribieron al fracaso del matrimonio y del proyecto de vida en común, al sentirse la accionante defraudada en sus sentimientos más íntimos a raíz de la infidelidad, sin que tales afecciones hayan llegado a calar tan profundo como para dejar huellas traumáticas en la percepción de su dignidad personal, en su integridad psico-física, en su voluntad, en cuanto motor de todo proyecto vital, ni en su autoestima; esto no implica que pongamos en duda el sufrimiento, la angustia, la vergüenza y la desilusión que en su momento le provocó la infidelidad de su exesposo, pero tales dolencias no alcanzan para reclamarle dicho sufrimientos dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil. El reproche queda circunscripto al ámbito moral, de lo contrario se correría el riego, por esta vía indirecta, de volver al sistema derogado del divorcio sanción, aumentando la conflictividad de las crisis matrimoniales.

2. — Siendo un tema, los daños por infidelidad, ampliamente discutido en doctrina y jurisprudencia antes y después de la reforma del Código Civil y Comercial, la actora pudo entender que tenía razón para litigar ya que como lo expresa en los agravios, el hecho denunciado quedó probado y, sobre todo, sufrió una serie de padecimientos, si bien por su objeto y entidad, no corresponde que sea indemnizados como daño a la persona, por ello, las costas deberían imponerse en el orden causado.

3. — No existiendo certezas, por prueba testimonial insuficiente, sobre el hecho antijurídico atribuido al demandado, esto es la infidelidad, que afectaría derechos personalísimos de la persona humana a su dignidad, intimidad personal o familiar, honra, reputación o imagen (arts. 51 y 52, Cód. Civ. y Com.) ni sobre el daño infligido (art. 1737, Cód. Civ. y Com.), resulta innecesario abordar los restantes presupuestos de procedencia de la responsabilidad civil, factor de atribución bajo la forma de dolo o culpa (art. 1721, Cód. Civ. y Com.) y nexo adecuado de causalidad entre el hecho y el daño (art. 1736, Cód. Civ. y Com.) (del voto de la Dra. Politino).

CFamilia, Mendoza, 13/05/2020. - R., G L. c. J., M. F. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/17520/2020]

COSTAS

En el orden causado.

Mendoza, mayo 13 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª Costas.

1ª cuestión. — La doctora *Politino* dijo:

I. G. L. R. apela la sentencia que rechaza la demanda por daños y perjuicios incoada contra M. F. J. por la suma de $45.000 en concepto de daño moral.

1.- La demanda y su contestación:

Thomson Reuters

La actora solicita en concepto de daño moral la suma de $45.000, imputando al demandado un obrar deliberadamente culposo ya que, aduce, a los diez días de celebrado el matrimonio descubre que mantenía una relación amorosa paralela anterior al mismo (con la Sra. D. M.), que de haberlo sabido no se hubiera casado, siendo que estuvo de novia por tres años y sin cohabitación. Al enterarse el 23 de marzo se trasuntaron en su persona daños psicofísicos, se desmayó, debió ser internada en el Sanatorio Regional por una baja de presión y azúcar, internación que se reiteró el día lunes al mediodía y a la noche. Refiere que J. titubeó en sus explicaciones pero que reconoció la relación, el 26 de marzo retiró su ropa del domicilio y el 27 ambos consultaron a una psicóloga de pareja quien les recomendó hacer terapia y él se negó. Luego de romperse la convivencia ella tuvo que abandonar el inmueble que alquilaba, ya que los locadores habían celebrado el contrato para un matrimonio y no para que lo habitara una chica sola, tampoco contaba con medios suficientes para solventar un alquiler y regresó a la casa materna; cuando se recompuso anímicamente inició la demanda de divorcio unilateral. Los días posteriores a descubrir el engaño sufrió angustia y decepción al no entender por qué el demandado se casó con ella si mantenía una relación sentimental con otra persona, afectándose también sus sentimientos religiosos pues es católica practicante. Se ha dañado su honra e imagen, al ser ambos vecinos de la misma comunidad, tomar conocimiento público la ruptura de su matrimonio y sus motivos, los que generaron habladurías y comentarios que hicieron que ella se retrajera del círculo social sin querer salir a la calle por temor a los comentarios de la gente. En su contestación el demandado niega los hechos invocados por la actora y la documentación acompañada en copia simple consistentes en informes de las Licenciadas Orsini y Martínez. Coincide con la actora en que mantuvieron un noviazgo de tres años, que contrajeron matrimonio civil el 13/03/2014 y religioso el 15/03, estuvieron de luna de miel del 16/03 al 22/03 y una vez en Mendoza le dio a la actora su dirección de e-mail y contraseña para que accediera a un juego vía web, lo que demuestra su buena fe y que no tenía nada que ocultarle. El 23/03 la actora le comenta haber encontrado en su cuenta un mensaje de una mujer y le pide explicaciones, indicándole que se trata de una amiga de la infancia con la que él no tiene contacto alguno desde hace mucho tiempo, pero aclara que nunca existió respuesta de su parte, ni el diálogo contestación —que refiere la actora lo cual desconoce expresamente— no pudiendo controlar él los mensajes que llegan a su cuenta. Advierte que la actora, no conforme con las explicaciones, decide no iniciar la convivencia, el matrimonio nunca fue consumado, no existió débito conyugal, situación que fue comprendida por él durante el noviazgo, ya que R. se encontraba en tratamiento psicológico por una relación amorosa anterior que ella había mantenido, pero esperaba que una vez casados esta situación fuera superada, lo que finalmente no ocurrió, generando en él un sentimiento de frustración en sus planes de formar una familia con su esposa, además de verse menoscabado en su autoestima. Agrega que intentó dialogar con R. a fin de lograr una reconciliación, la visitó en la casa materna, la llamó reiteradamente por teléfono, recibiendo rechazo de ella y de su entorno. La actora no dejó de concurrir a su lugar de trabajo, ni de mantener una vida social y familiar activa y actualmente está en pareja. En su presentación de fs. 37/39 la actora controvierte las afirmaciones del demandado.

2.- La sentencia: En la sentencia la jueza *a quo*: 1) examina las distintas posturas existentes luego de la sanción del Cód. Civ. y Comercial con relación al deber de fidelidad: a.- la conducta de infidelidad no configura la antijuridicidad necesaria para la reparación (Herrera, Marisa), subsistiendo sólo en el marco de los valores ético-morales, vinculándose con la autonomía del cónyuge en las relaciones derivadas del matrimonio y con excepción del caso en que la conducta cuestionada implique una afectación a la condición de persona del damnificado; b.- si bien en el Cód. Civ. y Comercial el deber de fidelidad no es un deber jurídico, puede igualmente ser indemnizable porque el daño reparable no se limita a la afectación de un derecho subjetivo sino que se amplía a cualquier interés legítimo (M., G.); 2) se enrola en la primera postura y aclara que la infidelidad por sí misma no es una conducta antijurídica que deba ser indemnizada sino que deben probarse los presupuestos de la responsabilidad civil; 3) analiza los requisitos de procedencia de la acción resarcitoria: a) conducta antijurídica: se atribuye al demandado la infidelidad como conducta antijurídica que habría cometido antes y después del matrimonio, sin embargo, no se acredita la misma con las declaraciones testimoniales que resultan insuficientes a este efecto; b) factor de atribución: el Sr. J. no ha tenido el propósito de dañar la integridad espiritual, prestigio de la accionante, más allá del lógico duelo que produce el divorcio en sí mismo por no poder concretar proyectos comunes. Si el demandado no tenía un deber jurídico de fidelidad, no existe una obligación jurídica de su parte que hubiese violentado con su accionar; c) relación de causalidad: no habiéndose acreditado la conducta antijurídica ni el factor de atribución, la relación de causalidad sigue la misma suerte; d) daño: no ha sido probado en debida forma. De la pericia psicológica se desprende que la actora presenta una carga de angustia y frustración ante lo construido con su pareja y los proyectos futuros, Pese a esto, G. posee buenos mecanismos de defensa para enfrentarse a lo sucedido. No surge el daño, más allá de la angustia esperable ante un proceso de divorcio; se aduce haber sufrido secuelas por el proceso traumático sin especificar cuáles serían y si bien en la pericia se sugiere que continúe tratamiento psicológico es para elevar su autoestima, confianza y seguridad. La actora se encuentra en pareja y no existen hechos traumáticos en ella que ameriten consideración diagnóstica, presenta adecuado nivel energético para la

Thomson Reuters

realización de metas y proyectos, motivación e iniciativa para la consecución de logros laborales. Según la historia clínica habría ingresado al Sanatorio Regional en dos oportunidades con crisis de ansiedad por discusiones familiares, sin ninguna otra especificación. No se prueba el desplome en el concepto social, discontinuación de actividades laborales ni problemas psicológicos o psiquiátricos actuales. Las testimoniales resultan insuficientes para avalar la procedencia del resarcimiento pretendido en concepto de daño moral, sólo son admisibles con criterio restrictivo en supuestos en los que la índole dolorosa y acentuada del ataque sobrepasa la mera relación matrimonial en sus implicancias, culpas y quiebre.

Concluye que no se han acreditado conductas injuriantes ajenas a la ruptura matrimonial, ni el daño moral y material invocados por la reclamante.

II. A fs. 118/128 expresa sus agravios la apelante. Sostiene que existe una errónea aplicación del derecho y del principio *iura novit curia* en la sentencia, en tanto que su parte ha reclamado el daño moral sin derivarlo del deber de fidelidad: el demandado contrae matrimonio mientras que mantenía una relación amorosa con otra mujer —a quien le manifiesta que le hubiese gustado que ella entrara a la iglesia y no la actora— lo que al enterarse le generó angustia y dolor por no entender el motivo del accionar de su cónyuge y es por ello que tomó la decisión de divorciarse. A consecuencia del quiebre del matrimonio el locador del inmueble, que fue corta sede del hogar conyugal, por temor a que ella atentara contra su vida le exigió su entrega. Debió asumir sola el pago de gastos del casamiento, sintió vergüenza al saberse engañada, se sumió en una profunda depresión, se afectaron sus convicciones religiosas pues es católica practicante y pensó contraer matrimonio para toda la vida.

Afirma que si bien la fidelidad es un deber moral, si su incumplimiento genera daños da lugar a su reparación por afectación de la dignidad y el honor. Sostiene que en la sentencia, en cuanto se estima que no se ha probado el daño, hay un desapego de las pruebas ofrecidas pues con las mismas se acredita la conducta reprochable del demandado que daña derechos personalísimos, dignidad, honra, integridad psicofísica y moral, convicciones morales, además del derecho a la propiedad, indemnizables sin importar si ello deviene o no de la violación del deber de fidelidad.

Se agravia de la ponderación de la pericia psicológica, de las instrumentales en las que constan los informes de Orsini y Martínez y de la testimoniales, que acreditarían los padecimientos sufridos y la violación del demandado del deber de fidelidad. En subsidio y para el caso que se mantenga lo resuelto, solicita que se impongan las costas por su orden con fundamento en que se han acreditado los daños sufridos por su parte y en que ha tenido razón valedera para litigar.

III. A fs. 131/134 contesta el apelado el traslado conferido y solicita el rechazo del recurso, por los motivos que invoca a los que remito en honor a la brevedad.

IV.1.- Sólo abordaré los agravios esenciales para la resolución de la causa y la prueba que también tienda a tal fin. Comparto la postura de la CSJN y de la doctrina interpretativa conforme a la cual no es obligatorio analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso concreto (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T. I, p. 825; Fenocchieto Arazi. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", T 1, p. 620).

IV.2.- Adelanto que los agravios no pueden prosperar y que, por el contrario, se impone la confirmación de la sentencia recaída en la primera instancia, en la que se desbrozan minuciosa y detalladamente los presupuestos necesarios para que proceda la responsabilidad civil por daños y el consiguiente resarcimiento indemnizatorio, en atención a que el hecho atribuido al demandado debe constituir una conducta antijurídica, existir nexo adecuado de causalidad entre el hecho y el daño, factor de atribución y, por supuesto, probarse el daño. El hecho generador del daño alegado es que el demandado mantenía una relación amorosa paralela con otra persona, descubierta por la actora diez días después de haber contraído matrimonio y que habiendo violentado el deber de fidelidad, aun como deber moral o ético, ha afectado derechos personalísimos.

Bajo la óptica de la demanda entablada, la cuestión ha sido correctamente abordada por la magistrada de grado quien, más allá de enrolarse en la primera de las posturas doctrinarias que cita, conforme a la cual el deber de fidelidad no existe como obligación jurídica en el Cód. Civ. y Comercial y persiste en todo caso como obligación ética o moral, no niega por ello el derecho resarcitorio que podría fundarse en la afectación de derechos personalísimos, sino por la ausencia, en este caso, de los requisitos de la responsabilidad civil por daños. Es el hecho en sí mismo invocado por la apelante: descubrimiento de una relación amorosa paralela del demandado con la Sra. D. M., el que no considerado probado, ni la antijuridicidad, nexo de causalidad, factor de atribución o el daño. Estimo correcta dicha ponderación. El demandado en su contestación negó los hechos invocados por la actora. Sólo reconoció que en su correo la actora encontró el mensaje de una mujer (D. M.), la que era una amiga de la infancia con la que él no tenía contacto desde hacía mucho tiempo. No reconoció que él hubiera escrito el mensaje que le atribuye la actora dirigido a otra mujer, no admite la existencia de una relación amorosa paralela ni posterior al matrimonio, ni que hubieran existido varios chats o un diálogo con otra mujer ni, por ende, su tenor amoroso. Según la actora el día 23 de

Thomson Reuters

marzo descubre en el correo del demandado un mensaje uno solo, no varios mensajes, —ni mensajes entrecruzados— en el que él le decía a otra mujer (D.M.) que hubiera deseado que fuera ella quien entrara a la iglesia de blanco. Un mensaje en el que J. era el remitente y otra persona la destinataria. El accionado no ha reconocido la existencia de ese mensaje ni su tenor. Y sólo admite que había un mensaje de una mujer dirigido a él, se trataba de una amiga de la infancia y niega la existencia de una relación amorosa paralela que hubiera continuado después de contraer matrimonio.

Por ello, frente a la resistencia del demandado, cobra especial relevancia la prueba sustanciada a fin de establecer si a partir de la misma puede considerarse probado el hecho alegado por la actora y el daño infringido. Es que, aun cuando las partes se hubieran separado en forma casi inmediata a volver de la luna de miel y a los pocos días de contraer matrimonio e incluso cuando la ruptura hubiera provocado en la actora un cuadro de tristeza, dolor y angustia por la frustración del proyecto en común que trae aparejada, no implica automáticamente que hubiere existido el hecho invocado por la actora (traición/engaño derivado de la existencia de una relación amorosa paralela del demandado (con D. M.) mantenida después de la celebración del matrimonio) ni que tuviera la connotación o el tenor que ella le atribuye.

Y en este aspecto coincido con la juez *a quo* en cuanto a que las testimoniales resultan insuficientes a tal efecto. La testigo de fs. 95 incurre en severas contradicciones y algunos de sus dichos no se corresponden con las afirmaciones efectuadas por la actora en su demanda; el testigo de fs. 96 afirma haber visto a J. una vez, con otra chica en el shopping antes del matrimonio (respuesta a la cuarta pregunta); el testigo de fs. 98 afirma que R. descubrió "mensajes recibidos por J. en su celular al regresar de la luna de miel y que le dijo a él me mandé una macana", sin que el testigo agregue algo sobre la razón de tal expresión o su significado. La testigo de fs. 97 no da razón de sus dichos y, en todo caso, depone sobre una relación de J. anterior a la celebración del matrimonio. Ningún testigo refiere a una relación posterior al matrimonio o a que lo que saben sobre una relación anterior hubiera continuado después, ni que efectivamente hubiera habido un mensaje emitido por J. con destino a otra mujer (D. M.) con el contenido que le atribuye la actora. La valoración de la prueba testimonial y su fuerza probatoria deben apreciarse según las reglas de la sana crítica "procurando desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración, con las demás circunstancias de la causa, que corroboran o disminuyen su fuerza observando igualmente la calidad de los testigos (Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LS 76-312)". La concordancia del testimonio, sea entre las diversas partes de una declaración, sea entre las declaraciones de varios testigos o de éstas con otras pruebas, constituye la mejor garantía de veracidad (cfr. Alsina, Derecho Procesal Civil, p. 645) y su declaración es atendible cuando resulta idónea para crear la convicción del juez sobre la verdad de los hechos a que aquélla se refiere y para apreciar la eficacia del testigo debe atenderse a las circunstancias que corroboran o disminuyen la fuerza de sus declaraciones.

En el caso, la cuestión relativa a la infidelidad del demandado con posterioridad al matrimonio es al menos muy dudosa y no ha sido debidamente probada, no pudiendo confundirse con vínculos —incluso afectivos— que aquél hubiera mantenido antes de que el mismo se contrajera y por lo tanto antes de que asumiera compromisos o deberes que aun cuando no puedan ser conceptualizados de jurídicos ingresan a una esfera ética, moral o incluso religiosa desde la perspectiva que lo sitúa la actora como confesa católica practicante, ni por ello tampoco la afectación de los derechos personalísimos invocados por la recurrente (arts. 51 y 52 Cód. Civ. y Comercial).

En otro orden, tampoco los testigos resultan veraces en cuanto a la internación de R., pues en la historia clínica consta que fue por un día y también pierden credibilidad al sostener que el locador no le quiso seguir alquilando porque temía que pudiera suicidarse, extremo que no fue invocado en la demanda en la que se esgrimió que ello obedeció a que el propietario le había alquilado a un matrimonio y no quiso seguir alquilando a una mujer sola, ni tampoco surge de la historia clínica que alude a una crisis de ansiedad de la paciente, sin indicar tendencias suicidas o un cuadro de extrema vulnerabilidad o fragilidad psico-emocional.

Tampoco ha quedado probado el daño invocado. Si bien frente a determinados hechos el daño moral se presume, surge *in re ipsa* y no requiere de prueba alguna (v.gr. daño moral invocado ante la muerte de un hijo), esto no ocurre en el caso y si la actora pretendía que se reconociera el daño moral debía probarlo y sea que el daño psicológico que es el que parece esgrimir a partir de los informes psicológicos acompañados, se considere inmerso en el daño moral o como una tercera categoría propia y autónoma. R. intenta acreditarlo a través de los informes de las Lic. Orsini y Martínez que fueron incorporados en copias simples como prueba instrumental (fs. 12 vta., apartado IV, subapartado a) Instrumental, puntos 3 y 4 y cargo de Mesa de Entradas de fs. 13 y conforme constancia de fs. 113 vta. parte superior y reporte de cargo de recepción de fs. 113 vta. parte inferior) y desconocidas por el demandado, quien incluso negó que la actora hubiera realizado terapia psicológica durante 17 meses (fs. 30). Adviértase que frente a la negación de autenticidad de la contraria y tratándose de copias simples, no habiendo sido emitidas por quien desconoce su autenticidad, no puede recurrirse a su reconocimiento por parte del emisor y no pueden tenerse por ende por reconocidas. Es que el trámite de reconocimiento de instrumentos privados sólo permite conferir autenticidad a los

Transmisión pública

que se han acompañado en original, al citar al suscriptor para el cotejo de firmas y establecer si la firma inserta en el documento cuestionado le pertenece o no. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia: "No corresponde citar al emisor del instrumento para el reconocimiento de la firma y contenido de las pruebas acompañadas en fotocopias, procedimiento que permite otorgar autenticidad sólo cuando se trata de instrumentos privados originales. Nuestra ley de fondo establece que la firma de las partes es condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada (art. 1012 Cód. Civil). La firma es el nombre escrito de una manera particular y es elemento esencial de su configuración que sea escrita de puño y letra de aquél a quien se atribuye, permitiendo de ese modo identificar y asegurar al autor del instrumento privado. Autores expertos en peritajes caligráficos advierten que la fotocopia es susceptible de alteraciones o fotomontajes de difícil reconocimiento piénsese que el documento original puede ser retocado sustrayendo, añadiendo o recortando sus partes antes de la reproducción, de lo que se deduce claramente que el original suscripto por el emisor no puede asimilarse a la reproducción, aún cuando, como en el sub iuditio se trate simplemente de una prescripción médica asimilación que resulta impensable en casos de testamentos ológrafos o de contratos (Tercera Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, autos N° 33.308, "Vargas, Raúl c. Cortez Alvarado, Leandro y Ots. p/ d. y p.", Sumario N° 492, 17/05/2012). Con el mismo criterio se ha sostenido que: "Es sabido que a falta de reconocimiento de la firma de un instrumento privado se impone verificar la autenticidad de aquélla, pero no es posible recurrir a tal procedimiento cuando no se exhibe el original sino una fotocopia, pues una copia fotográfica no es un documento privado original, sino una fotocopia, ya que no figura en él la firma manuscrita. Es que la firma, esto es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad (nota al art. 3639 del Cód. Civil) debe ser de puño y letra de aquél a quien se atribuye y ello es condición esencial para la existencia del referido instrumento, por lo que no puede ser objeto de reconocimiento forzoso una fotocopia (arts. 1012, 1014; 1031 y cc Cód. Civil.) (Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, Expte. 33.687, "Shin Hiroshi c. Ferreyra Lidia I. de por Divorcio Vincular Contencioso (Medida Previa), 13/04/2009)". En cuanto a la admisibilidad formal de la documentación acompañada en fotocopias, esta Cámara de Familia ha resuelto que si dicha prueba no resulta prohibida por ley o notoriamente impertinente o innecesaria, puede ser admitida y que corresponde expedirse sobre la admisibilidad formal de las instrumentales acompañadas en copia simple, evaluando su pertinencia y necesariedad (arts. 177 inc. VII y 180 del CPC) difiriéndose la valoración de su validez y eficacia probatoria para el momento de resolver sobre el fondo del recurso impetrado (arts. 90 inc. 3 y 184 segundo párrafo del CPC) (autos N° 110/11, "D. M. E. A. p/ su hija menor B. M. R. c. B. A. G. p/ autorización para viajar", 16/09/2011, LA03-407). De allí que, negada su autenticidad por el demandado y sin que la misma pueda establecerse de alguna forma, se relativiza su valor probatorio. No obstante ello, partiendo de este postulado, cabe establecer si dichos informes, aparecen corroborados con la historia clínica aportada por el Sanatorio Regional o con la pericia practicada por el CAI-Salud Mental para acreditar el daño invocado. En el informe de la Lic. Orsini, elaborado el 10/03/2015, la profesional refiere a las sesiones de psicoterapia realizadas por la actora desde el 01 de julio de 2014 y concluye que, gracias a las capacidades de G. tanto intelectuales como afectivas emocionales, para la elaboración y resolución de sus problemáticas, a su constancia y responsabilidad con la psicoterapia y en presencia de una personalidad previa saludable se aprecia que los síntomas mencionados [estado de ánimo depresivo, profunda tristeza, episodios de llanto incontenible, sentimientos de desesperanza, frustración, desconcierto, disminución de apetito, fatiga, falta de energía vital, hipersomnia] van remitiendo gradualmente de manera favorable y considera que se produjeron como reacción anímica a la situación mencionada [infidelidad descubierta a la semana de casarse].

En el informe posterior carece de fecha, alude a una evaluación desde el 03/08/2015 al 07/08/2015 la Lic. Martínez dice que después de más de un año del proceso traumático aún conserva secuelas del mismo, sin identificar cuáles serían esas secuelas y si bien observa en la paciente carga de angustia y frustración, advierte que posee buenos mecanismos de defensa para enfrentarse a lo sucedido, elevar su autoestima y su autoconfianza. No obstante ello, en la pericia practicada por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, Sector Salud Mental, a fs. 55/56 se indica que la examinada no presenta indicadores de cuadro psicopatológico en curso al momento de la evaluación. Respecto a la situación de separación con J., en su registro interno lo vivencia como un engaño/traición que ha repercutido de manera significativa en su confianza relacional, apreciando injusta las consecuencias del divorcio ya que ha sentido que le ha generado perjuicios económicos, físicos (desmayos y baja presión) y psíquicos (angustia y ansiedad). Al momento de la evaluación hay remisión de sintomatología psicológica y la descripción de la sintomatología vivenciada alude la experta no al hecho sino a la sintomalogía referenciada por la examinada— es acorde con un cuadro de estrés y angustia significativa. En la contestación al punto 4, la pericia describe como cuadro anímico de R., un estado emocional eutimio, sin alteraciones a nivel volitivo. El estado emocional eutímico (Euthymic mood) es un estado de ánimo dentro de la gama normal que implica la ausencia de ánimo deprimido o elevado. La eutimia (del griego: eu, bueno, y timos, ánimo) es un estado de ánimo normal (fuente vos Eutímico [Euthymic] (Psicología)-Glosrios, https://glosarios.servidoralicante.com). Clasificados los estados de ánimo en dis-

Thomson Reuters

fórico, depresivo expansivo, eufórico, irritable y eutímico, este último se encuentra dentro del rango normal del humor. Se caracteriza por la ausencia de un humor depresivo y de un humor elevado (https://www.euroresidentes.com/diccionario-psicología/estado...). Tengo por probado con la pericia que R. no presenta indicadores de cuadro psicopatológico en curso al momento de la evaluación. Este estudio adquiere especial significancia probatoria. Es una manifestación de prudencia jurídica atenerse a la opinión del experto, sin que por ello se resigne la atribución de administrar justicia, a condición que el dictamen aparezca suficientemente fundado y con fuerza asertiva, sin que se le opongan argumentos de suficiente peso u otras probanzas de igual o mayor idoneidad como para apartarse de sus conclusiones (Cuarta Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, LS 141-093).

Si bien el dictamen del perito, como auxiliar de la justicia, no tiene efectos vinculantes, el mismo contribuye a formar la convicción del órgano jurisdiccional, nutriéndose de elementos técnicos o científicos que escapan a la formación jurídica, pudiendo apartarse del mismo cuando existan razones suficientes que lo avalen, pero justificándose en lo demás casos que sus conclusiones puedan ser plasmadas en el decisorio. Actualmente la importancia de la interdisciplina no está en discusión y las ciencias en todas sus proyecciones coadyuvan en la tarea judicial siendo en definitiva el juzgador el encargado de su valoración y determinación de su fuerza convictiva. En cuanto a la internación de R., si bien aduce haber concurrido varias veces al sanatorio y tener múltiples internaciones, lo único que ha sido probado es que el día 25 de marzo ingresó al Sanatorio Regional por tratamiento de patología clínica leve y que presentaba una crisis de ansiedad por discusión familiar. Se decide internación para observación psicológica y luego derivación psiquiátrica, sin mayores precisiones que permitan establecer la relación directa con el hecho que la actora atribuye al demandado, más allá del cuadro anímico y emocional derivado de una discusión familiar. Igualmente pondero que en la demanda la accionante refiere que el día 26 de marzo J. retira su ropa del domicilio conyugal y el 27 de marzo por recomendación de su madre consultan una psicóloga de pareja quien les aconseja hacer terapia de pareja, a lo cual él se niega (fs. 10 vta. primer párrafo). Esto denotaría el interés de R. en superar cualquier situación disvaliosa que hubiera ocurrido entre los cónyuges, entendiéndose por tal la misma ruptura del proyecto familiar de vida en común asumido al contraer matrimonio. Por otra parte, conforme a la cronología de lo acontecido, si la actora toma conocimiento del hecho que le endilga al demandado el 23 de marzo de 2014 y repercutió en ella de tal forma que le causa el daño que justificaría cuatro años después (el 28/09/2018) iniciar la demanda por reparación civil, siendo que acudió con su cónyuge a una psicóloga de pareja el 27 de marzo de 2014 cuatro días después, podría inferirse de su parte su disposición a mantener el vínculo, lo que permitiría dudar de la magnitud del perjuicio que esgrime. El examen de la prueba me lleva a coincidir con la jueza *a quo* en cuanto a la inexistencia de los presupuestos de procedencia de la acción resarcitoria, por lo que no vislumbro arbitrariedad alguna en el decisorio, en el examen de la prueba o en el derecho aplicado que justifiquen la revocatoria pretendida por la apelante. No existiendo certezas sobre el hecho antijurídico atribuído al demandado que afectaría derechos personalísimos de la persona humana a su dignidad, intimidad personal o familiar, honra, reputación o imagen (arts. 51 y 52 Cód. Civ. y Comercial) ni sobre el daño infligido (art. 1737 Cód. Civ. y Comercial), resulta innecesario abordar los restantes presupuestos de procedencia de la responsabilidad civil, factor de atribución bajo la forma de dolo o culpa (art. 1721) y nexo adecuado de causalidad entre el hecho y el daño (art. 1736)

Por último, el agravio relativo a las costas no procede, en tanto que han sido impuestas conforme al resultado del proceso y a la calidad de perdidosa de la accionante, por aplicación de lo dispuesto por el art. 36 apartado I del CPCCyT, no surgiendo de autos la procedencia de la excepción prevista en la norma legal citada.

Por las razones expresadas estimo que se impone la confirmación del decisorio venido en revisión de la alzada y el rechazo del recurso incoado.

Así voto.

Los doctores *Ruggeri* y *Ferrer* dijeron:

Nos permitimos disentir parcialmente con el voto preopinante de nuestra colega de Cámara en lo que hace a la valoración del material probatorio reunido en autos y las costas. Concordamos en general con la interpretación normativa que hace la juez de grado y que es confirmada en el primer voto, por lo que evitaremos reiteraciones innecesarias, remitiendo a lo allí expresado, sin perjuicio de formular las aclaraciones que entendamos pertinentes para una mejor compresión del tema a decidir.

Entendemos que la infidelidad ha quedado probada, teniendo en cuenta que se trata, generalmente, de un hecho que transcurre solapado por la intención del cónyuge que lo provoca de mantener la relación marital, por lo que se impone un criterio flexible para su acreditación. Y para su confirmación, es importante comenzar advirtiendo que el demandado al contestar la demanda reconoce, como lo expusiera la accionante, que era verdad que le había dado a su esposa la dirección de su e-mail y la contraseña y que efectivamente G. encontró el chat con la mujer que individualiza en la demanda y el tenor del mismo pues, la explicación que le da es que se trataba de una amiga de la infancia y que él no puede controlar los mensajes que le envían. Respuesta poco convincente pues, la mayoría de los mensajes que nos

Thomson Reuters

llegan a nuestros celulares y correos, tienen que ver con las relaciones que entablamos.

Este reconocimiento, si bien retaceado, nos persuade de la veracidad de la actora en su relato y en que como sucede en la mayoría de estos casos, no se trató de un solo mensaje, sino que la actora verificó una serie de chats entrecruzados entre D. M. y J., de los que surgía una relación amorosa preexistente y que se mantenía con posterioridad al matrimonio ya que el último mensaje data del 23 de marzo de 2014, siendo que se habían casado el 13 del mismo mes y año. Dicha sinceridad respecto a lo sucedido es puesta de manifiesto en la pericia psíquica que se le practica a G. por el C.A.I. a fs. 55 el 08/09/2017, al responder en el pto. 3 la perito que si bien a dicha fecha la sintomatología psicológica causado por el hecho había remitido, el relato efectuado sobre dichos síntomas al momento del acaecimiento del hecho traumático, denotaba estrés y angustia significativa, no advirtiendo indicadores de fabulación ni mitomanía por parte de la peritaza. Partiendo de esta base fáctica acreditada, y de las características del hecho a probar, consideramos que las testimoniales vienen a abonar en forma concordante en lo que resulta trascendente, la existencia de la infidelidad, su cronología y alguno de los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales producidos en la actora.

En efecto, son testigos que se muestran veraces y por eso se dan algunas dudas y contradicciones lógicas en quien no ha sido preparado para declarar y todos se encuentran estrechamente vinculados con G. E. A. es su peluquera y la peinó para la boda; M. C. es íntimo amigo de su hermano y compartió junto a la familia de la actora las angustias producidas por el hecho de la infidelidad y la frustración del matrimonio. M. C. C. y A. R., conocen a G. desde que nació y son vecinos, habiendo tenido una participación relevante en la boda y en los preparativos como el ser madrina de casamiento la primera y colaborar en el acondicionamiento del departamento que alquilaron para convivir el segundo. Todos dieron razón de sus dichos, dentro del esquema de preguntas concretas al que fueron sometidos.

En efecto, de sus respuestas se puede inferir que sobre el chat a partir del cual la actora descubre la infidelidad, tomaron conocimiento por G. y su familia, por la consternación que lógicamente provocó en dicho ámbito. Si la pareja, luego de la luna de regresar de miel, llegó a convivir unos días o no, resulta intrascendente. Lo relevante es que celebraron el matrimonio tanto civil como religioso, con todo lo que ello implica simbólica, afectiva y jurídicamente y apenas vueltos de la luna de miel la esposa descubrió la relación amorosa paralela de su esposo con D. Además, C. declara que un poco antes de la celebración de la boda, vio en el shopping a J. abrazado y a los besos con otra mujer y R. dice que éste les reconoció a su esposa y a él, que se había mandado una macana. C. también expresa que antes del casamiento vio a J. con una mujer que luego de la separación se la presentó como su novia. Es decir, deponen sobre hechos que pasaron por el tamiz de sus sentidos.

Por último, en lo que hace a este aspecto axiológico de la prueba, la existencia del hecho se confirma por la consecuencia inmediata que produjo, ruptura de la relación a escasos diez días de la celebración del matrimonio. El demandado no aporta, ni prueba, qué otro motivo pudo justificar tal quiebre repentino.

Ahora bien, queda por merituar si tal hecho le produjo a la accionante el daño moral que reclama y si el mismo tuvo la entidad suficiente para trascender el dolor, la tristeza y la angustia por la frustración del proyecto de vida en común y repercutir en la esfera de los derechos personalísimos como son la dignidad, la intimidad, el honor, la vida, etc. Es que, como bien lo reseñó la juez *a quo* y lo afirmó la vocal preopinante, en el nuevo Cód. Civ. y Comercial, la supresión de la fidelidad como deber jurídico, quedando referida únicamente en su aspecto moral a consecuencia del respeto mutuo que se deben los esposos ante el carácter monogámico del vínculo matrimonial basado en el amor, impide el reclamo de daños entre los consortes por las repercusiones que su infracción pudo provocar en el matrimonio, por carecer de antijuridicidad, pudiendo sólo exigirse, cuando la conducta del cónyuge implique una afectación a la condición de persona del damnificado, oportunidad en que la acción procederá por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil y no por la infracción a un deber jurídico emanado del vínculo matrimonial (Cnf. Molina de Juan, Mariel, en la obra Tratado de Derecho de Familia, Aída Kemelmajer de Carlucci y ots., dir., Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, ps. 256/257).

No desconocemos, como bien lo señala Francisco Ferrer, que en estos casos la condición de persona no pude escindirse de la condición de cónyuge y que el daño lo padece en su condición de cónyuge porque los hechos son consecuencia del vínculo matrimonial (Daños en las Relaciones Familiares, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019, ps. 137/139), pero de lo que se trata, es de exigir que el daño producido por el quebrantamiento de los deberes jurídicos y/o morales emergentes del matrimonio, tenga por objeto a la persona considerada en sí misma (arts. 51, 52, 1717, 1737, 1738 y cc. del Cód. Civ. y Comercial) y lesione sus derechos esenciales o personalísimos, incluidos los intereses no reprobados por el ordenamiento jurídico, sin que ello implique suprimir el nexo causal con el vínculo matrimonial del que emerge la conducta dañosa y de la valoración que en cada caso deba hacerse de la relación matrimonial y de las circunstancias personales de cada cónyuge a fin de poder determinar hasta que punto el accionar de uno pudo lesionar a la persona del otro en lo que la constituye como tal (vida, salud física y mental, identidad, dignidad, libertad, honor, proyecto de vida personal, etc.).

Thomson Reuters

El propio Ferrer reconoce que ya desde antes de la reforma se exigía que el daño moral fuera grave para ser indemnizado (op. cit., p. 132). Estamos convencidos de que entre ambas posturas doctrinarias existen puentes y vasos comunicantes que permiten encontrar soluciones intermedias sin quedar atrapados en discusiones puramente ideológicas.

Desde esta perspectiva entendemos que en el presente, lo que no se encuentra probado suficientemente, es el daño sufrido por la actora a alguno de los derechos personalísimos antes enunciados.

En efecto, de la pericia que el C.A.I. le efectuara a G., se desprende que para esa fecha septiembre de 2017, la Lic. Moretti advierte en la peritada, la remisión de la sintomatología psicológica vivenciada al momento de la ocurrencia del hecho desencadenante de la ruptura matrimonial; detecta adecuado nivel energético para la realización de metas y proyectos, presentando motivación e iniciativa para la consecución de logros laborales; no surgiendo indicadores en la evaluación de conflictos en el área sexual, ni hechos traumáticos que ameriten consideración diagnóstica. Lo que coincide con el certificado de la Lic. Orsini, acompañado a fs. 5, de fecha 10/03/2015, y admitido como prueba a fs. 51, terapeuta de Gabriela, en el que luego de describir los síntomas observados a causa de la infidelidad descubierta y la frustración del proyecto de vida en común, expresa que gracias a las capacidades de la misma, a su constancia y responsabilidad con la psicoterapia y a una personalidad previa saludable, aprecia que los síntomas mencionados van remitiendo gradualmente de manera favorable, y considera que se produjeron como reacción anímica a la situación mencionada con anterioridad.

Es decir, que el sufrimiento, la angustia, la tristeza, los sentimientos de desesperanza y frustración, y demás síntomas descriptos en los informes periciales efectuados en fecha cercana a la de la producción del hecho, se circunscribieron al fracaso del matrimonio y del proyecto de vida en común comprendido en él, al sentirse la accionante defraudada en sus sentimientos más íntimos, sin que tales afecciones hayan llegado a calar tan profundo como para dejar huellas traumáticas en la percepción de su dignidad personal, en su integridad psicofísica, en su voluntad, en cuanto motor de todo proyecto vital, ni en su autoestima.

A tal punto que la testigo M. C. C. declara que a dicha fecha marzo de 2019, G. está en pareja, pudiendo dejar a tras todo lo negativo que le significó la infidelidad descubierta.

No implica ello que pongamos en duda el sufrimiento, la angustia, la vergüenza y la desilusión que en su momento le provocó a G. la infidelidad de su ex esposo, pero tales dolencias no alcanzan para reclamarle dicho sufrimientos dentro de los presupuestos de la responsabilidad civil. El reproche queda circunscripto al ámbito moral, como ocurriría si alguno de los cónyuges sin mediar alguna razón aparente solicitara unilateralmente el divorcio dando por terminada la relación, lo que en muchos casos también produce desazón, tristeza, sentimientos de fracaso, inseguridad, etc. De lo contrario se correría el riego, por esta vía indirecta, de volver al sistema derogado del divorcio sanción, aumentando la conflictividad de las crisis matrimoniales (Conf. Domínguez Luelmo, La supresión de las causales de separación y divorcio en la ley 15/2005 y sus repercusiones en el derecho civil, "Revista Jurídica de Castilla y León", N° 13, ago. 2007, p. 72, citado por Schiro María Victoria, Responsabilidad por daños intrafamiliar, Ed. Astrea, 2017, p. 82). Es que si bien como lo expresa Francisco Ferrer, los Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial no son norma jurídica, si son una fuente importante de interpretación de cuál es la finalidad que el legislador de la reforma quiso plasmar en cada una de las instituciones comprendidas en el código (arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Comercial), y en esta materia, al suprimir el divorcio causado con las correspondientes sanciones previstas para el culpable, entre las que se encontraba la posibilidad de responder por los daños y perjuicios derivados de las conductas tipificantes (abandono voluntario y maliciosos, injurias graves y adulterio) busca evitar el encarnizamiento judicial que otrora provocara este tipo de divorcio, facilitando la extinción del vínculo marital en miras del respeto a la autonomía personal de los cónyuges como únicos hacedores de sus proyectos de vida, provocando un menor impacto en la esfera familiar, en especial, respecto a los hijos menores de edad, sin que ello implique fomentar la hipocresía en las relaciones de familia.

Por lo que en este aspecto el recurso debe ser rechazado. En lo referido a las costas, nos apartamos del criterio del voto preopinante, por considerar que asiste razón a la apelante en el sentido que siendo un tema ampliamente discutido en doctrina y jurisprudencia antes y después de la reforma, pudo entender que tenía razón para litigar ya que como lo expresa en los agravios y lo remarco en mi voto, el hecho denunciado quedó probado y, sobre todo, que en su momento sufrió una serie de padecimientos, si bien por su objeto y entidad, no corresponde que sea indemnizados como daño a la persona. Por lo que las costas deberían imponerse en el orden causado(art. 36 CPCCyT) y adecuar la regulación de honorarios al presente (art. 141 IV del CPCCyT). Por lo argumentado, propiciamos que el recurso prospere en forma parcial, modificándose el resolutivo II de la sentencia recurrida en el sentido propuesto.

Así votamos.

2ª cuestión. — La doctora *Politino* dijo:

Las costas del recurso de apelación se imponen a la apelante que resulta vencida, de conformidad con el

Thomson Reuters

principio objetivo de la derrota (arts. 35 y 36 ap. I del Cód. Proc. Civ. y Comercial yT y art. 3 inc. i) y 35 del CPFyVF).

Así voto.

Voto en disidencia de los doctores *Ruggeri* y *Ferrer*:

De conformidad con los fundamentos expuestos en nuestro voto respecto de la primera cuestión traída a conocimiento del Tribunal, consideramos que las costas de la alzada deben imponerse en el orden causado.

Así votamos.

El Tribunal por mayoría resuelve: I. Hacer lugar en forma parcial al recurso de apelación interpuesto a fs. 111 por la actora contra la sentencia de fs. 105/109 vta. y, en consecuencia, modificar los dispositivos II y III, quedando redactados como sigue: "II. Imponer las costas en el orden causado. III.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Silvana Mortaloni en la suma de pesos ... ($...) y los de las Dras. M. Soledad Pozzi y Gabriela Nievas, en la suma de pesos ... ($...) a cada una (ley 9131)". II. Imponer las costas de alzada en el orden causado. III.- Regular los honorarios de las Dras. Susana Mortaloni y M. Soledad Pozzi, en la suma de pesos ... ($...) a cada una y los de la Dra. Gabriela Nievas, en la suma de pesos ... ($...) (art. 15 ley 9131). Notifíquese y bajen. — *Estela I. Politino.* — *María D. Ruggeri* (voto en disidencia parcial). — *Germán Ferrer* (voto en disidencia parcial).

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Orden de poner a disposición del cliente los resúmenes de tarjeta de crédito y de enviar los siguientes en formato papel al domicilio indicado en el contrato. Abstención de remitir los resúmenes a personas no vinculadas contractualmente con la entidad.

Debe confirmarse la sentencia que ordenó a una entidad bancaria a remitir los resúmenes de cuenta en formato papel al domicilio indicado por el actor en el contrato de tarjeta de crédito, pues la demandada obró como si tuviera la potestad para modificar el método de envío y no demostró que efectivamente contara con esas atribuciones de acuerdo con lo establecido en el contrato.

CNCom., sala F, 05/03/2020. - Borgna, Pablo Sebastián c. Santander Río SA s/ sumarísimo.

[Cita on line: AR/JUR/476/2020]

COSTAS

Las de ambas instancias, se imponen a la demandada vencida.

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 5 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia de fs. 162/166?

A la cuestión planteada el doctor *Lucchelli* dijo:

I. Antecedentes de la causa

1. Pablo Sebastián Borgna inició demanda contra Santander Río SA (en adelante "Santander") para solicitar la emisión de los últimos tres resúmenes de su tarjeta de crédito Mastercard y que no se le exhiban los resúmenes a su padre.

Expuso que reclamó telefónicamente y por escrito al banco pues no le estaban enviando los resúmenes de la tarjeta de crédito en tiempo forma y que, de ese modo, incumplían con lo que dispone la normativa de consumidor y de tarjeta de crédito.

Explicó que, por la falta de recepción del resumen de la tarjeta, debió concurrir a la sucursal de la demandada para hacer el pago. Dijo que luego se anotició que dicho resumen se lo enviaron a su padre difundiendo, de ese modo, información personal sin su permiso.

Señaló que este procedimiento del banco le produjo problemas, pues alteró su ritmo normal de vida. Explicó que el ignorar el saldo de su tarjeta de crédito, le impide reclamar el dinero por los consumos de sus adicionales para pagar en tiempo y forma. Añadió que es formalmente responsable, pero desconoce cómo se compone la deuda.

Por otro lado, aludió que no tiene una buena relación con su padre y no quiere que sus gastos le sean revelados a él.

Refirió a una violación a sus derechos personalísimos y adujo que no reclamó un resarcimiento patrimonial pues ya había sido encausado en otros juicios.

Fundó en derecho y ofreció prueba.

Amplió demanda y acompañó documentación de la que se desprende que el banco no está cumpliendo con lo previsto por los arts. 22 y 24 de la ley 25.065.

Ofreció prueba.

2. Santander solicitó el rechazo de la demanda con costas al actor.

Formuló una negativa categórica de los hechos expuestos en el libelo inicial y destacó que el demandante es cliente del banco y que su petición se circunscribe

Thomson Reuters

a la única tarjeta de crédito Mastercard Black que tiene activa.

Expuso que los resúmenes de dicho producto le fueron enviados en tiempo y forma y, sin perjuicio de ello, los acompañó al expediente.

Manifestó que no es cierto que hubiera divulgado datos del actor a terceros y se refirió a las constancias del expediente "Borgna, Pablo S. c. Banco Santander Río SA s/ daños y perjuicios", que ofreció como prueba.

Mencionó que el actor inició muchos juicios contra su parte con el único interés de no pagar una deuda y usando argumentos absurdos. Señaló que sí fue acreditado que el actor incurrió en atrasos en el pago de su tarjeta de crédito.

Explicó que informó a sus clientes la discontinuación del envío físico de su resumen de tarjeta de crédito a partir de mayo de 2018 y que todas las comunicaciones serían migradas a mecanismos electrónicos de comunicación. En esa oportunidad, dijo que le hizo saber al actor que podía optar por el envío postal o por rescindir el contrato sin cargo alguno.

Respecto de la remisión de los resúmenes a la dirección de correo electrónico de su padre, el banco explicó que por ser este último un adicional de la cuenta del actor, el correo queda enlazado.

Ofreció prueba. Se opuso a la prueba informativa ofrecida por el accionante dirigida a que el banco informara quiénes eran los adicionales y a que acompañara los resúmenes de los últimos 5 años. Fundó su negativa en que la solicitud resultó improcedente y excedió el objeto de este juicio.

II. La sentencia de primera instancia

La anterior sentenciante receptó parcialmente la demanda y condenó al banco demandado a que: a) pusiera a disposición de Pablo Sebastián Borgna los últimos cuatro resúmenes de la tarjeta de crédito Mastercard anteriores a la promoción de esta demanda; b) en caso de continuar activa la cuenta N° ..., se le remitan los resúmenes de dicha cuenta en formato papel al domicilio indicado por el actor en el contrato de tarjeta de crédito; c) se abstenga de remitir los resúmenes de la cuenta señalada a personas que no estuvieran contractualmente vinculadas con la misma.

Distribuyó las costas en el orden causado, por los vencimientos parciales y mutuos (Cpr. 71).

Para decidir en el sentido en que lo hizo, inicialmente resaltó que los hechos controvertidos narrados en el acta de audiencia no referían exclusivamente al objeto de este juicio.

De seguido, valoró que los antecedentes fácticos conducen a la admisión de la demanda, pues no se acompañaron al expediente los resúmenes de la cuenta que motivaron este reclamo.

Consideró que no pudo juzgar si el banco había incumplido con sus obligaciones pues al no haberse acompañado el contrato de tarjeta de crédito, no están demostrados los dichos de la demandada referidos a la posibilidad de modificar el sistema de envío de los resúmenes de la tarjeta en formato papel por su remisión por medios digitales.

No obstante dicha omisión, destacó que de acuerdo con lo previsto por el art. 24 de la LTC, la entidad demandada está obligada a remitirlos en formato papel, salvo que el consumidor modifique expresamente el método de envío.

Finalmente, y en orden al reclamo del accionante concerniente a la dirección de correo electrónico al que se dirigieron los resúmenes, la anterior sentenciante consideró que no se demostró que existieran tarjetas adicionales ni tampoco que se enviara al correo del padre del actor la información correspondiente a la cuenta que motivó este reclamo. En consecuencia, concluyó que no está probado el daño invocado.

Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

III. El recurso

De esa sentencia apeló el actor en fs. 167 y su recurso fue concedido en relación en fs. 168.

El memorial del demandante luce agregado en fs. 169/174 y fue respondido por el banco en fs. 178/181. Cuestionó sustancialmente la distribución de las costas del juicio, pues adujo que resultó vencedor. El apelante resaltó que las omisiones probatorias a las que aludió en la sentencia son imputables a la entidad demandada por virtud del art. 53 de la Ley 24.240.

El actor solicitó en fs. 193/195 que se aplique una multa a su adversario por temeridad y malicia. El planteo fue respondido por Santander en fs. 197/199.

IV. La Solución

El demandante se agravió, únicamente, de la imposición de las costas del juicio decidida en la anterior instancia. Arguyó que no correspondió distribuirlas en el orden causado sino que debieron ser impuestas al banco demandado, en su condición de vencido.

A su vez, solicitó que se aplicara a su adversario una multa por temeridad y malicia. Distinguió que su requerimiento se fundó en "las mentiras" formuladas por el banco al contestar a la expresión de agravios.

Thomson Reuters

1. Costas

Adelanto que admitiré el primer planteo relativo a quien debe asumir los gastos del juicio, pues están acreditados los hechos en los que el accionante sustentó su postura.

En efecto, el demandante resultó vencedor en su pretensión y las consecuencias negativas de las cuestiones que no fueron demostradas, tal como valoró la anterior sentenciante, no pueden ser imputadas al demandante sino que existen motivos que justifican que sean asumidas por la entidad demandada.

(I) Modo de envío del resumen pactado en el contrato

La juez *a quo* resaltó que no se demostró lo que habían convenido en el contrato en punto al envío del resumen de la tarjeta, es decir, si podía suplantarse el envío postal por el correo electrónico.

Sobre esta cuestión, considero que corresponde que la accionada cargue con las consecuciones de la falta de demostración, pues es quien obró como si tuviera la potestad para modificar el método de envío. No obstante, no demostró que efectivamente contara con esas atribuciones de acuerdo con lo establecido en el contrato.

Nótese que en fs. 60 el demandante ofreció prueba en poder de la demandada y, entre la documentación que enumeró, se requirió el formulario de solicitud de la tarjeta Mastercard. Sin embargo, a pesar de que la accionada fue intimada a hacerlo bajo apercibimiento del Cpr. 388, no trajo al expediente ninguna de esas constancias (v. fs. 109).

De allí que, con independencia de si se encontraba o no en mejores condiciones de demostrar dicho extremo, en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor invocados por el actor, lo cierto es que la accionada no demostró los hechos que afirmó en su defensa y, además, fue negligente en este aspecto probatorio. En ese sentido, la demandada debe asumir las consecuencias negativas de su inactividad (Cpr. 377).

Por el contrario, el demandante sí acompañó una comunicación que le envió el banco con posterioridad al inicio de esta acción, en marzo de 2018, en la que le hacían saber que discontinuarían el envío físico del resumen de tarjeta, y que le ofrecían optar por el sistema de envío postal y/o por la rescisión del contrato (fs. 63). Dicha documentación no fue desconocida por Santander.

Si bien no se conocen cuáles eran los términos que regían el vínculo contractual entre las partes —por virtud de la omisión acreditativa del banco—, lo expuesto permite inferir que, a partir de marzo de 2018, Santander le ofreció la posibilidad de enviar el resumen de la tarjeta por correo electrónico, sin perjuicio de que el cliente tenía la opción de continuar con el envío postal.

En síntesis, la demandada no probó su argumento defensivo.

(II) Resúmenes de la cuenta

Corrobora lo expuesto el hecho de que la demandada ni siquiera hubiera acompañado a estas actuaciones los resúmenes de cuenta que fueron objeto de este reclamo.

En efecto, adjuntó la documentación correspondiente a una cuenta distinta a la que motivó esta demanda (v. fs. 71/87). No soslayo que los resúmenes correspondientes a la cuenta N° ... ya habían sido agregados por la demandada en el expediente recibido en préstamo (v. fs. 294/303 del Expte. 23297/2017), resulta llamativo que la demandada ni siquiera respondiera al requerimiento del actor en los términos del Cpr. 388 e indicara que podían consultarse en el expediente agregado.

Lo expuesto denota la falta de diligencia del Santander para atender a la solicitud formulada por Borgna.

En esa tesis, entiendo que resulta de plena aplicación en el *sub lite* el inveterado criterio que sostiene que las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido de repetición, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente respecto de la totalidad de los rubros o montos pretendidos, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (CNCom., Sala C, "Enrique R. Zenni y Cía. SA c. Madefor S. R. L. y otro s/ ordinario" del 14/02/1991"; "Martín, Oscar C. c. Toyoparts SA s/ sumario" del 11/02/1992; "Levi, Raúl J. c. Garage Mauri Automotores s/ ordinario" del 23/03/1994; "Alba de Pereira, Victorina c. Morán, Enrique A. s/ daños y perjuicios" del 29/03/1994; "Pérez, Esther E. c. Empresa Ciudad de San Fernando S. A. y otro s/ sumario" del 02/02/1999; entre otros; esta Sala, "Fernández Blanco, Guillermo E. c. Volkswagen Argentina SA y otros s/ ordinario", del 07/04/2015).

Ya ha expresado esta Sala que la noción de vencimiento ha de ser establecida —a los efectos de distribuir las costas del trámite— con sujeción a una visión sincrética de lo sucedido en el juicio (CNCom, Sala D, "Lanci c. Costa", del 30/06/1982) y no mediante una simple comparación aritmética entre lo pretendido y su resultado (CNCom., Sala F, "Escandón Ghersi, Gonzalo A. c. Martinelli, Guillermo y otro s/ ordinario" del 21/03/2013).

Dichas consideraciones dan sustento al reclamo del actor y lo convierten en vencedor en su pretensión. En esa inteligencia, si la demandada hubiera querido eximirse del pago de los gastos del juicio, debió asumir una postura más diligente. Empero, las constancias del expediente que fueron reseñadas dan cuenta de que la orfandad probatoria es imputable a la reclamada.

Thomson Reuters

Desde dicha perspectiva y en tanto la interposición de la litis resultó necesaria para el reconocimiento del derecho del actor (esta Sala, "Bebebino, Anabella K. c. Ford Argentina y otro s/ ordinario", del 06/12/2011; entre otros) y teniendo en consideración especialmente que ha sido admitido el incumplimiento de la reclamada y por ende hecho lugar a la repetición, corresponde concluir que las costas de ambas instancias deben ser afrontadas por la demandada en su calidad de sustancial vencida (Cpr. 68).

Por tanto cabe admitir el recurso del quejoso y modificar la decisión de grado por las consideraciones precedentes.

2. Sanción por temeridad y malicia

El actor requirió la aplicación de la sanción prevista en el Cpr. 45 por estimar que la conducta de la demandada fue temeraria y maliciosa. Adujo que el banco intentó "hacer creer" que el actor tenía dos cuentas Mastercard activas, cuando esto no es así.

Al responder, la entidad accionada dijo que en ningún momento realizó una conducta dolosa sino que admitió que el actor poseía en el banco dos cuentas Mastercard, alegando que una había sido cerrada.

Recuerdo que el art. 45 invocado otorga a los órganos jurisdiccionales, un delicado instrumento que trasciende el mero interés individual de quien ha triunfado en el pleito, y apunta a la mejor administración de justicia, por lo que exige un uso cauto y prudente teniendo en cuenta, en cada caso, el beneficio de la duda (cfr. CNCom., Sala B, *in re:* "Czernizer, Sergio c. Kitanick, Miguel", del 23/02/1995). Es necesario para su configuración, el empleo desviado y antifuncional de las reglas del proceso; la obstrucción malintencionada al curso de la justicia debe aparecer en consecuencia, como manifiesta y sistemática, no bastando la articulación de pretensiones que no son acogidas o de recursos que se desestiman (conf. CNCom., Sala B, *in re:* "Ardenas SA c. Sahara S.C.A. s. sumario", del 26/06/1995").

Efectivamente, para delimitar el alcance de los deberes de lealtad, probidad y buena fe con que deben actuar las partes, no ha de exigírseles total certidumbre en sus articulaciones; como tampoco una interpretación equivocada puede aparejar sin más la aplicación de una multa, pues ello resultaría inconciliable con la garantía constitucional mencionada y la vigencia del principio dispositivo (Conf. esta Sala, 25/02/2010, "Leoz, Francisca S. s/ conc. prev. s/ incid. de verificación por Mangiante, María Luisa N.)".

En ese orden de ideas, si bien ha de ponderarse que el banco se condujo de un modo desprolijo en punto al manejo de la cuenta del actor y que persistió en esa desprolijidad con su conducta en este proceso; tal consideración no amerita a la aplicación de esta multa que exige, como se anticipó, un accionar doloso. Por el contrario, sí deberá soportar los gastos causídicos del juicio pues fueron dichas actitudes las que condujeron a Borgna a entablar una acción.

De modo que será desestimado este requerimiento del actor con costas, en su condición de vencido (Cpr. 68).

VI. Conclusión

Por ello, si mi voto fuera compartido por mis distinguidos colegas del Tribunal, propongo al Acuerdo: a) receptar el agravio del actor y revocar la decisión sobre las costas del juicio, que se imponen a la demandada vencida (Cpr. 68); y, b) rechazar la aplicación de una multa por temeridad y malicia, con costas al actor. Por análogas razones los doctores *Tevez* y *Barreiro* adhieren al voto que antecede.

Vistos: I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: a) receptar el agravio del actor y revocar la decisión sobre las costas del juicio, que se imponen a la demandada vencida en ambas instancias (Cpr. 68); y, b) rechazar la aplicación de una multa por temeridad y malicia, con costas al actor.

II. Honorarios

a. En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del Cód. Procesal, corresponde dejar sin efecto las regulaciones efectuadas en la instancia de grado y establecer los honorarios de los profesionales intervinientes adecuándolos a este nuevo pronunciamiento.

b. En relación a la aplicación temporal de la ley 27.423 y aun reconociendo la opinabilidad que ha suscitado particularmente esta temática (conf. Sosa, Toribio E., "Conflicto de leyes arancelarias en el tiempo" en diario LA LEY del 01/02/2018; Quadri, Gabriel H. "La Nueva Ley de Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia nacional y Federal" en diario LA LEY del 13/12/2017), esta Sala ya ha asumido criterio en el sentido de ponderar los trabajos al cobijo del ordenamiento legal vigente al tiempo de su realización (conf. 15/02/2018, "Predial Propiedades SRL c. Kandel Guy y otros s/ ordinario", Exp. COM 34838/2013, entre otros).

Es decir, tendrá relevancia determinante a estos efectos que el profesional haya cumplido todos los actos y condiciones sustanciales para ser beneficiario de una retribución cuya cuantificación jurisdiccional, aunque resulte postrera, debe necesariamente referir y sujetarse a la actividad ya devengada como al plexo legal que regía en cada (conf. esta Sala "Kimei cereales sa c. Complejo Alimenticio San Salvador SA s/ ejecutivo", del 07/06/2018).

Thomson Reuters

c. Al amparo de tal interpretación, por las tareas efectuadas bajo las previsiones de la ley 21.839 (TO Ley 24.432) señálese que la fijación de los honorarios debe efectuarse teniendo en cuenta el objeto del juicio y de acuerdo a las pautas establecidas por la ley arancelaria.

Ello sentado, no puede soslayarse que la pretensión deducida por el actor —acción de habeas data— carece de base patrimonial cierta y determinada.

En consecuencia, los mismos serán regulados atendiendo las pautas impuestas por la ley 21.839: 6, incs. b) a f), 37, 39 y 49 modificada por ley 24.432; teniendo en cuenta la naturaleza, calidad, importancia y extensión de la labor desarrollada en el proceso.

Por ello, por las tareas desarrolladas en la primera etapa del juicio, se fijan en pesos ... ($...) los honorarios del letrado en causa propia, doctor P. S. B.

d. Asimismo, por lo actuado a partir de la entrada en vigencia de la ley 27.423 y de conformidad con lo dispuesto por el art. 48 de la ley citada, los estipendios serán regulados atendiendo las pautas impuestas por el art. 16, incs. b) a f) del mismo cuerpo normativo.

En virtud de ello, atento el mérito de la labor profesional cumplida, apreciada por su calidad, eficacia, extensión y ponderando la complejidad e importancia de los trabajos realizados en autos, se fijan en ...uma (equivalentes a $...) los honorarios del letrado en causa propia, doctor P. S. B. y en ...uma (equivalentes a $...) los honorarios del letrado apoderado de la parte demandada, doctor M. C. (Ac. CSJN 2/20 y ley 27.423: 1, 3, 15, 16 incs. b) a g), 48, 51 y 56).

e. Por la labor profesional cumplida que motivó la presente resolución de Alzada, se fijan en ...uma (equivalente a $...) los honorarios del letrado en causa propia, doctor P. S. B.

A su vez, por la incidencia generada en relación a la sanción por temeridad y malicia en la que se impusieron las costas a la actora, no puede ignorarse que la normativa relativa a los incidentes (art. 47) fue vetada por el P.E.N. (art. 7 Dec. 1077/2017), con lo cual, no existe a la fecha un precepto que contemple como deben remunerarse las tareas realizadas. En tal inteligencia, esta Sala considera que cabe estimarlos de forma prudencial (conf. esta Sala "Image Display Network SRL s/ quiebra s/ incidente de verificación por Giuliano Vanesa Elizabeth", del 30/10/2018), teniendo en cuenta los trabajos realizados. Por ello, se fijan en ...uma (equivalentes a $...) los honorarios del letrado apoderado de la parte demandada, doctor M. C. (Ac. CSJN 2/20 y ley 27.423: 16 y 30). f. La presente regulación no incluye el Impuesto al Valor Agregado, que pudiere corresponderle a los beneficiarios en razón de su condición, impuesto que debe ser soportado por quien tiene a su cargo el pago de las costas conforme la doctrina sentada por CSJN *in re:* "Compañía General de Combustibles SA s/ recurso de apelación" del 16/06/1993). La adición corresponde previa acreditación de su condición de responsable inscripto frente al tributo. Se fija en diez días el plazo para su pago conforme lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley 27.423. III. Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Rafael F. Barreiro. — Ernesto Lucchelli. — Alejandra N. Tevez.*

Thomson Reuters

PROCESO DE DAÑOS

Thomson Reuters

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

AMPARO COLECTIVO DE SALUD

Tratamiento de diálisis a pacientes con insuficiencia renal crónica terminal durante la emergencia sanitaria decretada a raíz de la propagación del virus COVID-19. Ausencia de conflicto entre las partes. Posibilidad de acudir al Poder Judicial. Requisito de antijuridicidad. Intromisión en la actividad del Poder Ejecutivo. Rechazo.

1. — Dado que la pretensión —garantizar la cobertura adecuada y en aislamiento de tratamientos de diálisis a pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal en el marco de la emergencia sanitaria derivada del COVID-19— subyace una suerte de advertencia u observación, más no un conflicto entre partes adversas a partir de una manifestación concreta de una omisión arbitraria o ilegítima por parte del sujeto al que se demanda, la acción de amparo no puede admitirse.

2. — Estar frente a un supuesto de tutela preventiva, encausado en el marco de un amparo, no significa que resulte válido acudir al Poder Judicial para hacerle saber que otro órgano del Estado —en el caso el Poder Ejecutivo— se está equivocando en su proceder, aun cuando ello importase la posibilidad de que eventualmente trajera consecuencias nocivas. La actualidad del conflicto debe estar presente al momento de la promoción de juicio, se trate de una acción u omisión, y sea en el marco de una tutela resarcitoria, inhibitoria y/o preventiva **[1]**.

3. — No es razonable entender que corresponde al Poder Judicial disponer vía cautelar que el GCBA realice un protocolo de acción respecto del grupo cuyos intereses pretende proteger la demandante, ya que hacerlo, condicionaría la actividad esencial que está llevando a cabo el Estado dentro de un contexto en el que, el tribunal desconoce.

CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 23/04/2020. - Asociación Regional de Diálisis y Trasplantes Renales de Capital Federal y Provincia de Buenos Aires y otros c. GCBA s/ amparo - salud - otros.

[Cita on line: AR/JUR/15009/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Parisi de Frezzini, Francisca", 20/10/2009, Fallos: 332:2328, AR/JUR/39781/2009, sostuvo que sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger.

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 23 de 2020.

Considerando:

1. Que, con fecha 16/04/2020, el Sr. juez de grado en turno resolvió desestimar la medida cautelar incoada por la parte actora consistente en que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) adoptase una serie de medidas que garantizaran "... la cobertura adecuada y en aislamiento de tratamiento de diálisis a pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal en el marco de la emergencia sanitaria derivada del Covid-19". Asimismo, dispuso la remisión de las actuaciones al juzgado sorteado para la radicación de la causa y ordenó la incorporación de la presente, mediante correo electrónico dirigido a la Secretaría General de la Cámara, al Registro de Procesos Colectivos.

Para decidir de ese modo, en lo concerniente a la medida cautelar requerida consideró que la cuestión debatida superaba con creces el marco de examen admitido en una petición de naturaleza precautoria.

Entendió asimismo que "... lo pretendido produciría efectos jurídicos directos sobre personas ajenas al proceso —los propios pacientes renales—, en tanto no ha sido ofrecida su citación en el escrito de inicio y, claro está, el limitado margen de tiempo horario del turno, impide, ipso facto, instar la debida difusión pública de este amparo colectivo, para que concurran a estar a derecho todos los posibles afectados o interesados en el debate". Agregó, por otro lado, que "... a tenor del estatuto de la amparista, no se desprende su legitimación activa para la representación de dicho colectivo..." y enfatizó que "... el contenido mismo de las medidas apunta a decisiones que, a priori, se presentan como de resorte exclusivo de las competencias y facultades propias de la autoridad ejecutiva, en tanto órgano especializado en la materia en ciernes y, sobre el particular, las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda no vienen acompañadas de elementos probatorios de suficiente entidad".

Afirmó que sería poco prudente imponer "...un determinado criterio médico epidemiológico de actuación al organismo con competencia y versación en la materia, desconociendo incluso las eventuales implicancias fácticas en orden a la operatividad del sistema de salud en su conjunto..." y, como agregado, puso de resalto que la actora no había acreditado "... haber

Thomson Reuters

realizado presentación o gestiones algunas en sede de la administración porteña a los fines aquí reclamados, cuya hipotética denegatoria ameritase efectuar el control de legalidad que se pretende, por vía oblicua, con la alegada omisión".

Finalizó su argumentación señalando que no se había logrado acreditar que "... concurra la alegada imposibilidad de los centros de diálisis que conforman el frente actor, de garantizar per se la debida atención sanitaria de sus propios pacientes. Tampoco se arriman elementos de prueba que den indicios, al menos, de que no existen actualmente pacientes con tal patología que se encuentren ya internados en hospitales o clínicas porteños a raíz de encontrarse infectados de Covid-19. Es que, en definitiva, en la demanda no se alude a ningún caso individual concreto, sino a una estimada potencialidad de eventuales perjudicados, que no han venido a juicio".

En suma, por todo ello, rechazó la pretensión cautelar deducida.

2. Que, frente a ese pronunciamiento, la parte actora dedujo, con fecha 17/04/2020, la ampliación de la demanda, requirió que se otorgasen medidas cautelares urgentes y planteó recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

En dicha oportunidad, el apoderado de las entidades demandantes se presentó en calidad de gestor procesal (en los términos del artículo 42 del CCAyT) de tres personas que serían pacientes en tratamiento de diálisis y de cinco personas que serían personal de distintos centros de diálisis.

En cuanto a los fundamentos de su recurso, señaló que los "casos individuales concretos" a los que aludió el Sr. juez de grado existían por decenas en todo el país y que lo que se pretendía mediante la demanda y a través de la medida cautelar requerida era evitar que ello aconteciera en la ciudad de Buenos Aires. Explicó que "... no se dice que lo que hace el GCBA sea un acto del cual emane alguna ilegalidad manifiesta sino que lo que se ha [hecho] saber a la Justicia de la Ciudad (...) es que la omisión de adoptar medidas por parte del GCBA implica una violación constitucional y pone en riesgo a personas concretas que reciben tratamiento de diálisis y personal de los establecimientos que brindan ese servicio".

Expuso que la presentación de pacientes renales crónicos y de personal de centros de diálisis, sumado a la intervención de las entidades que interpusieron la demanda, justificaban la adopción de las medidas reclamadas y que el GCBA había omitido tomar.

Después de referir circunstancias vinculadas con el desarrollo de la pandemia en vinculación con el estado de los pacientes renales crónicos y con quienes intervenían en su tratamiento de diálisis, expuso que las medidas pretendidas tendían a su atención "... en condiciones de aislamiento efectivo, impidiendo las sobreinfecciones y la diseminación de la enfermedad pandémica" (el destacado obra en el original). Agregó que "[l]a infección del personal sanitario, escaso y altamente entrenado para cumplir las funciones, determinará el alejamiento de esos individuos al menos por tres semanas, dejando al centro afectado en inferioridad de condiciones para seguir prestando a los pacientes no infectados, generando un caos adicional ya que los pacientes no tendrán su centro en funcionamiento y ningún centro adicional será capaz de absorber a esos pacientes huérfanos".

Señaló, seguidamente, cuál debería ser el procedimiento en relación con los pacientes renales crónicos en el marco de la pandemia y afirmó que "... los hospitales deberán disponer de áreas específicas para alojar a este grupo de pacientes y permitir que se realice su tratamiento in situ". Frente a este panorama, en atención a que el GCBA no había tomado medida alguna y a que la recomendación de la atención ambulatoria indiscriminada de estos pacientes no resultaba viable, no podía considerarse que estuviéramos "... frente a una cuestión que hace a los resortes propios del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma sino ante un riesgo potencial para toda la población de la misma y un riesgo mucho más concreto para todos [sus] representados" (el destacado obra en el original).

En función de todo ello, requirió la adopción de las medidas solicitadas en la demanda y, adicionalmente, que "... se ordene al GCBA que a través de su Ministerio de Salud establezca un protocolo específico para la atención de pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal en la emergencia del Covid-19, indicando concretamente los lugares de derivación para cada caso concreto (infectados, sospechosos y contactos estrechos) de manera tal de resguardar el funcionamiento de los centros y servicios de diálisis en el ámbito de la jurisdicción" y que, a tal fin, se confeccionase un protocolo que debería ser elaborado en el término de 24 horas.

3. Que, en la misma fecha, la Sra. jueza titular del juzgado de primera instancia N° 21, secretaría N° 42, ante quien quedaron radicadas las actuaciones, tuvo por presentado al gestor en los términos del artículo 42 del CCAyT, rechazó el recurso de revocatoria interpuesto y concedió la apelación deducida en forma subsidiaria.

En lo tocante a ese punto, estimó que la actora no había rebatido los argumentos vertidos por el Sr. juez

Thomson Reuters

de turno y explicó que la circunstancia de que la demandante "... sea versada en la materia nefrológica no la convierte en un organismo capaz de organizar las múltiples y diversas cuestiones a las que el sistema de salud actual debe atender y organizar en un momento de crisis como el que atravesamos". Agregó que la pretensión de la actora de que los pacientes contagiados o con riesgo de contagio "... sean trasladados a Hospitales públicos resulta en la práctica imposible de ejecutar pues —tal como lo sostiene la misma demandante— sólo cuatro cuentan con Salas de Hemodiálisis", lo que, en los hechos, vendría a ocasionar el colapso del sistema.

Explicó que la actora tampoco habría logrado demostrar, en el acotado marco propio del examen cautelar, "... por qué sería impracticable realizar las salas de aislamiento que recomienda el Ministerio de Salud o dar los turnos específicos o distribuir los centros para que algunos atiendan a pacientes de contacto estrecho". Por otro lado, destacó que "... la normativa que se critica indica justamente que todo paciente sospechoso o diagnosticado con Covid-19 debe cumplir su aislamiento en un centro hospitalario. Es decir, que los 'pacientes sospechosos o diagnosticados' con Covid-19 ya deberían estar aislados en Centros de Salud, donde les brindarán el tratamiento". Finalmente, en cuanto a los pacientes con "contacto estrecho", expuso que "... disponer de antemano su internación parece excesivo y vulneratorio de la autonomía personal y libertad individual, principios que también deben ser resguardados".

Por último, y sin perjuicio del rechazo de la reposición, teniendo en cuenta el carácter de recomendación de lo publicado por el Ministerio de Salud de la Nación, instó a las autoridades locales para que, a la brevedad y con la urgencia del caso, establecieran un protocolo para el ámbito de la CABA.

4. Que, una vez remitidas las actuaciones a esta Sala de turno, intervino el Sr. fiscal ante la Cámara en los términos de que da cuenta el dictamen de fecha 21/04/2020.

5. Que, preliminarmente, es menester poner de relieve que el tribunal debe conocer en el recurso de apelación planteado en subsidio del de reposición incoado contra la resolución dictada por el titular del juzgado N° 14, no así sobre la dictada por la titular del juzgado N° 21. En ese marco, la descripción sobre ambas resoluciones tiene como objeto lograr un mejor entendimiento de lo hasta aquí ocurrido, en la medida en que pudiera tener impacto en alguno de los aspectos que la sala habría de abordar al resolver el recurso. Por consiguiente, los agravios del apelante únicamente pueden vincularse con los fundamentos de la resolución de fecha 16/04/2020.

6. Que, ello asentado, cabe señalar que la crítica efectuada por el recurrente hace foco en aspectos genéricos antes que concentrarse en las cuestiones medulares en las que fue fundada la resolución del *a quo*. Dado el caso, resultaba necesario agraviarse acerca de puntos tales como que: (i) las medidas solicitadas son de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo; (ii) no resulta posible que un juez imponga un determinado criterio médico epidemiológico de actuación al organismo con competencia y versación en la materia; (iii) la actora no realizó gestiones ni reclamos administrativos en torno a la problemática planteada en estos actuados; y, (iv) tampoco acreditó que concurriera la alegada imposibilidad de los centros de diálisis que conforman el frente actor, de garantizar la debida atención sanitaria de sus propios pacientes.

7. Que, si bien dicha circunstancia podría sellar la suerte del recurso, para aventar toda duda acerca de la pertinencia de los agravios con los que el recurrente sustenta su apelación, es adecuado efectuar varias consideraciones a su respecto.

8. Que, así, el hecho más ostensible que pondría fin a la discusión acerca de la pertinencia que eventualmente pudiera tener un requerimiento como el que trae consigo la parte actora es que, conforme el análisis primario que habilita esta etapa procesal, su pretensión no trascendería las condiciones mínimas para surtir la intervención del Poder Judicial.

El presente proceso comprendería un supuesto atípico de tutela preventiva. Dicha calificación le cabe porque adolecería de elementos dirimentes que lo hicieran idóneo para un trámite judicial, cuanto menos desde la perspectiva que a continuación se expondrá.

Al respecto, bastaría conjugar el objeto litigioso con la aclaración que, al tiempo de expresar agravios, el recurrente formula sobre el alcance de su pretensión.

Su demanda radica en que "... se garantice la cobertura adecuada y en aislamiento de tratamientos de diálisis a pacientes portadores de insuficiencia renal crónica terminal en el marco de la emergencia sanitaria derivada del Covid-19". Luego, al momento de sostener la idea basal a partir de la que formula su pretensión, arguye que "... no se dice que lo que hace el GCBA sea un acto del cual emane alguna ilegalidad manifiesta sino que lo que se ha [hecho] saber a la Justicia de la Ciudad (...) es que la omisión de adoptar medidas por parte del GCBA implica una violación constitucional y pone en riesgo a personas concretas que reciben tratamiento de diálisis y personal de los establecimientos que brindan ese servicio" (el destacado obra en el original).

Thomson Reuters

La expresión goza de autonomía suficiente para, con los elementos de convicción con los que hasta ahora se cuenta, considerarla esclarecedora de que en la pretensión subyace una suerte de advertencia u observación, mas no un conflicto entre partes adversas a partir de una manifestación concreta de una omisión arbitraria o ilegítima por parte del sujeto al que se demanda. Recuérdese que ello es condición en una acción de amparo (arts. 14 CCABA y 2° Ley 2145). La magnitud que adopta el reconocimiento efectuado por el apelante se traduciría en que su pretensa formulación jurídica carecería de las condiciones que, como requisito, son exigibles en toda acción judicial.

El hecho de que estemos frente a un supuesto de tutela preventiva, encausado en el marco de un amparo, no significa que resulte válido acudir al Poder Judicial para hacerle saber que otro órgano del Estado (en el caso el Poder Ejecutivo) se está equivocando en su proceder, aun cuando ello importase la posibilidad de que eventualmente trajera consecuencias nocivas. La actualidad del conflicto debe estar presente al momento de la promoción de juicio, se trate de una acción u omisión, y sea en el marco de una tutela resarcitoria, inhibitoria y/o preventiva.

Incluso el hecho que intenta imponer la actora como verdad a través de la afirmación sobre la conducta errónea que estaría desplegado la autoridad sanitaria alcanza al Poder Ejecutivo Nacional, de lo cual se dio cuenta en la resolución apelada (v. cons. VI y escrito de inicio). Es más, pareciera que su punto de partida para concluir en que, a juzgar por la actividad propuesta y desarrollada por el órgano respectivo del Estado Nacional en torno a los padecimientos del grupo cuya representación dice asumir, no se están haciendo las cosas adecuadamente ni previendo los consecuentes resultados. Sobre el punto, si bien existe necesaria coordinación entre ambas jurisdicciones respecto del abordaje sobre todo aquello que involucra la pandemia, en el plano normativo y jurisdiccional debe escindirse la conducta de cada Estado. Y lo cierto es que, desde esa perspectiva, también atribuiría eventuales responsabilidades a un sujeto (EN) sobre el cual los tribunales de este estado local no podrían disponer medida alguna, cuanto menos en el contexto en el que las cosas acontecen.

Es central que el Poder Judicial esté en condiciones de verificar desde el comienzo una atribución de conducta antijurídica. El requisito de antijuridicidad es elemental en todo proceso judicial. No hay acción sin atribución objetiva de incumplimiento ilegítimo. Para eso, cuando se reputa una omisión, debe poder confrontarse si el Estado (en el caso) está incumpliendo mandatos expresos y determinados en una regla de derecho, en los que puede identificarse una clara falta del servicio [con las consecuencias aparejadas conforme al tipo de pretensión y proceso], de aquellos otros casos en los que está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley sólo de un modo general e indeterminado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible (conf. CSJN, *in re* "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", del 06/03/2007; Fallos: 330:563).

En este mismo sentido, el Alto Tribunal federal ha señalado que "... sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no sólo insoportablemente costosa para la comunidad, sino que haría que se lesionaran severamente las libertades de los mismos ciudadanos a proteger. Como conclusión, no puede afirmarse, como lo pretende la actora, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables..." (*in re* "Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros s/ daños y perjuicios", del 20/10/2009).

Pues bien, lo que, con las constancias hasta aquí aportadas, se advierte es que no se habría puesto al Poder Judicial en posición de refrendar que existe la posibilidad de juzgar la eventual antijuridicidad de una conducta estatal en el marco adecuado a tal fin.

En efecto, el recurrente soslaya que, como regla, los enfermos diagnosticados con Covid19 ingresan a tratamientos de aislamiento y, en su caso, nada admite presumir a esta altura que ante la eventual necesidad de disponer su traslado, para recibir tratamiento a raíz de otras patologías de base, ello no ocurriría tomándose las medidas de protección adecuadas tanto para el paciente como para los equipos sanitarios involucrados. Es decir, que la tutela cautelar parte de asumir que los protocolos de actuación vigentes para tratar el aislamiento de enfermos en la pandemia resultarían ineficaces pero, tal como quedó dicho en las instancias de grado, el planteo omite aportar elementos que sostengan verosímilmente su postura.

9. Que, por su lado, el hecho de que, vía gestor judicial (art. 42 CCAyT), se presentaran particulares (pacientes dializados y personal de centros de diálisis) en nada modifica el hecho de que no se habrían acreditado los extremos mínimos para acceder a una tutela preventiva como la pretendida. En su caso, lo único que refleja es que podrían estar legitimados para efectuar peticiones, incluso —en el mejor de los supuestos y sin que implique estimarlo válido— resultar idóneos para ejercer la representación adecuada de la defensa de los derechos del colectivo invocado. Aun en ese escenario, habría que distinguir los componentes del caso judicial: legitimación por un lado y partes contrarias por otro. A su vez, y ya en el marco

Thomson Reuters

de un proceso colectivo, la representación adecuada sobre un grupo para ejercer en forma idónea los intereses involucrados en el asunto.

La cuestión no es menor pues, si bien la Asociación invoca entre otros el resguardo del derecho a la salud de sus pacientes, no podría representarlos adecuadamente ante la posibilidad, nada remota, de que los intereses de aquélla y éstos resultaran contrapuestos. Ciertamente mayores recaudos sanitarios podrían generar mayores costos.

10. Que si el análisis se detuviera en las condiciones de aislamiento que se pretenden para el grupo reputado como posible afectado, cabe señalar que las medidas solicitadas resultarían ajenas al ámbito de las facultades jurisdiccionales de las que esta investido el Poder Judicial en cuanto a la posibilidad de decidir sobre circunstancias tales como: diagrama o distribución de la infraestructura hospitalaria, transporte de pacientes o enfermos, factor humano e insumos destinados a la atención y traslado de usuarios del sistema de salud, entre otros. En el contexto que le corresponde resolver, resultaría ajeno a sus atribuciones formular consideraciones sobre dicha temática, en tanto no superarían el estándar de "opinión", y, a contrario sensu, la petición que la origina una suerte de consulta, siendo que esa práctica se encuentra vedada a la judicatura.

En referencia al personal sanitario, el planteo no superaría el marco de lo hipotético. Aun con base en otras experiencias, disponer una medida preventiva de las características de la pretendida importaría entrometerse, una vez más, en asuntos propios y específicos del Poder Ejecutivo, más precisamente del Ministerio de Salud, pero también, eventualmente, de Hacienda, habida cuenta de que podría involucrar erogaciones no previstas e incluso redistribución de partidas presupuestarias.

Todo ello ocurriría, vale destacarlo nuevamente a fin de evitar equívocos, en un contexto en el que la parte actora no ha logrado mostrar que bajo las condiciones de actuación vigentes corresponda que, por vía de sentencia, se modifique la modalidad de atención que en la actualidad se brinda a los diversos casos de Covid19 enumerados en la demanda.

11. Que hacerse eco sin más de la afirmación acerca de cuál habría de ser el procedimiento a seguir con los pacientes con afecciones renales crónicas implicaría, inmediatamente, correr el riesgo de contrariar aquello que está desarrollando o desarrollará el GCBA ante la verificación de los supuestos específicos (en coordinación con el EN, como se dijo) en torno a protocolos a seguir para atender situaciones que involucren al grupo indicado, sea ante las circunstancias que presenta el actor o cualquier otra que los comprenda en el escenario actual.

Es claro que al Estado se le atribuye una omisión en el marco de una pretensión que lleva consigo la petición de una tutela preventiva; ahora bien, otra vez, no corresponde al Poder Judicial, máxime en un estado de situación como el que transcurre, estimar cuál es el procedimiento adecuado para atender determinadas situaciones cuya génesis y desarrollo, en principio, son de competencia exclusiva y excluyente del Poder Ejecutivo.

En su caso, las asociaciones que representa el actor podrían propiciar un diálogo profesional, y acorde a los intereses que representan, con la Administración Pública para intentar lograr consensos en torno a lo que resulta ser, claro está, materia de salud pública, sin que el tribunal advierta *prima facie* la ocurrencia —a esta altura y con los elementos disponibles en esta etapa del proceso— de una omisión ilegítima como para adentrarse eventualmente en el análisis de la cuestión.

En ese plano, la actora pareciera pretender un debate sobre política sanitaria, con base científica. Esa discusión no podría darse ante el Poder Judicial, sino ante quienes están habilitados por el Estado al efecto, además del ala científica, independientemente, ahora sí, de que fuera pública o privada. Visto así, la cuestión lindaría con un asunto de imprescindible debate pero que no configura un conflicto dirimible por vía de sentencia.

12. Que, por último, tampoco es razonable entender que corresponde al Poder Judicial disponer vía cautelar que el GCBA realice un protocolo de acción respecto del grupo cuyos intereses pretende proteger la demandante. Hacerlo, condicionaría la actividad esencial (aun con los errores que pudieran cometerse) que está llevando a cabo el Estado dentro de un contexto en el que, conforme las limitaciones que encuentra en la presente litis en virtud del planteo efectuado, el tribunal desconoce (y no tiene por qué conocer) en cuanto a los recursos con los que cuenta, cómo los distribuye, o qué hará el día de mañana (sobre todo tomando en cuenta la dinámica con la que las cosas cambian en lo cotidiano con el avance de la pandemia en el país, y más aún en este distrito).

Por todo lo expuesto, y de conformidad con el criterio sustentado por el Sr. fiscal ante la Cámara, el tribunal resuelve: Rechazar el recurso de apelación planteado por la parte actora. Sin especial imposición de costas en tanto no medió sustanciación. Notifíquese, en su caso con habilitación de días y horas inhábiles, a la parte actora en la dirección de correo electrónico constituida, y al Sr. fiscal ante la Cámara en turno, por

Thomson Reuters

la misma vía. Oportunamente, devuélvase al juzgado de radicación. — *Fernando E. J. Lima. — Mariana Díaz. — Esteban Centanaro.*

HABILITACIÓN DE FERIA JUDICIAL

Afectación y agravamiento del estado de salud de la peticionante y de su hijo por falta de mantenimiento y reparación de espacios comunes del edificio. Deterioros en la unidad funcional de la accionante. Habilitación de feria. Facultad del juez de adoptar medidas distintas a las peticionadas.

1. — En razón de las atípicas circunstancias imperantes en la emergencia pública sanitaria que atraviesa el país y el aislamiento social dispuesto por las autoridades federales ante la propagación del COVID-19, hemos sostenido con anterioridad que frente a tal contexto, los tribunales de justicia, al evaluar los pedidos de habilitación del feriado judicial extraordinario, deben utilizar criterios flexibles, a fin de evitar que la restricción de tareas produzca un riesgo serio de que se conculquen los derechos cuya protección judicial se requiere.

2. — A la luz del criterio flexible que debe primar, concurren en la especie circunstancias que permiten ser incluidas en las previsiones de las acordadas de la Corte Suprema de Justicia. Dadas las circunstancias de urgencia invocadas por la recurrente —afectación y agravamiento de su estado de salud por la falta de mantenimiento y reparación de espacios comunes del edificio—, corresponde modificar el pronunciamiento apelado y disponer la habilitación de la feria a fin de continuar con el trámite de las actuaciones.

3. — Si bien por motivos de salubridad y por el estado sanitario actual la medida probatoria tal como ha sido solicitada es de difícil instrumentación, dado que se requiere la presencia del perito, de las partes y/o sus letrados y eventualmente de los consultores técnicos que se podrían proponer, lo que en las circunstancias actuales configuraría un alto riesgo sanitario; lo cierto es que la ley adjetiva y la normativa dictada en el marco de la pandemia del COVID-19, faculta a los jueces para adoptar otras medidas diferentes de las estrictamente peticionadas pero tendientes igualmente a resguardar los derechos invocados por las partes y preservando asimismo la salud, como así también a suplir o complementar la actividad presencial con medios electrónicos para que se obtenga similar finalidad con una concurrencia mínima de personas, o aun sin ella.

CNCiv., sala J, 22/06/2020. - A., E. M. G. c. Cons. Prop. Hipólito Yrigoyen 1634 s/ diligencias preliminares.

[Cita on line: AR/JUR/19288/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, junio 22 de 2020.

Considerando:

I. Contra la resolución dictada el 5 de junio próximo pasado, en tanto deniega la habilitación de la feria extraordinaria para la tramitación de las presentes actuaciones, se alza la actora, por los agravios que expresa en el memorial presentado el 11 de junio del año en curso.

II. Critica la recurrente la desestimación de la habilitación de feria solicitada, aseverando la concurrencia en el caso de los requisitos de urgencia y necesidad que no se entendieron configurados. Sostiene al efecto que el estado de la unidad funcional de su propiedad, dados los daños que atribuye producidos por la falta de mantenimiento en las partes comunes del inmueble, afecta su salud y la de su hijo asmático, generando el agravamiento del cuadro del joven y problemas respiratorios a su persona. Reprocha, finalmente, que no se haya tenido en cuenta que la medida solicitada en el caso puede llevarse a cabo, de tomarse las medidas necesarias de prevención.

III. En cuanto concierne a la cuestión planteada en el *sub examine*, cabe puntualizar que, en razón de las atípicas circunstancias imperantes en la emergencia pública sanitaria que atraviesa el país y el aislamiento social dispuesto por las autoridades federales ante la propagación del Covid-19, hemos sostenido con anterioridad que frente a tal contexto, los tribunales de justicia, al evaluar los pedidos de habilitación del feriado judicial extraordinario, deben utilizar criterios flexibles, a fin de evitar que la restricción de tareas produzca un riesgo serio de que se conculquen los derechos cuya protección judicial se requiere. Se impone, así, la necesidad armonizar el cumplimiento de las directrices procesales y el resguardo de los derechos que asisten a las partes, cuya protección judicial se encuentra constitucional y convencionalmente reconocida, ante la perplejidad que se origina en torno a la fecha de la definitiva normalización de las actividades concernientes al servicio de justicia (conf. esta Sala "J", Expte. N° 91.075/2015, "Yesicam SA c. Velázquez, Marcela F. s/ escrituración", del 02/06/2020; íd. Expte. N° 73.755/2010, "Meza, Eduardo T. y otro c. Damonte, Victoria y otros s/ daños y perjuicios", del 09/06/2020; íd. Expte. N° 63.645/2014 "Belmonte, Ri-

Thomson Reuters

cardo R. y otro c. Gayoso, Priscila B. y otro s/ daños y perjuicios", del 10/06/2020; entre otros).

IV. Desde esa base de análisis, a la luz del criterio flexible que debe primar, concurren en la especie circunstancias que permiten ser incluidas en las previsiones de las acordadas de la Corte (conf. art. 4, Ac. 4/2020; arts. 2 y 4 Ac. 6/2020; art. 4 Ac. 8/2020; art. 2 Ac. 09/2020; art. 4 Ac. 10/2020; Ac. 13/2020; y acápite IV, punto 3 del Anexo 1, de la Acordada 14/20). Por ello y en razón de lo establecido en la Resolución 526/20 del Tribunal de Superintendencia de esta Cámara, merecen parcial atención los postulados de su pretensión recursiva, dadas las circunstancias de urgencia invocadas por la recurrente, imponiéndose la modificación del pronunciamiento apelado y que se disponga la habilitación de la feria a fin de continuar con el trámite de las actuaciones.

En efecto, cuando se ha alegado la afectación y agravamiento de la salud de la recurrente y de su hijo, y denunciado que tales perturbaciones resultan consecuencia de la falta de mantenimiento y reparación de espacios comunes del edificio, que deterioran la unidad funcional de la accionante, corresponde admitir la habilitación del receso extraordinario.

No resulta impedimento para ello el despacho de la medida de prueba anticipada requerida por la recurrente pues, en pos de la efectiva realización de los derechos alegados, deben de extremarse los esfuerzos e instrumentarse las medidas pertinentes.

Si bien no desconocemos que por motivos de salubridad y dado el estado sanitario actual se advierte que tal como ha sido solicitada la medida probatoria es de difícil instrumentación (incluso con un adecuado protocolo de seguridad), dado que se requiere para tal prueba la presencia del perito, de las partes y/o sus letrados —a fin de ejercer el debido control de la prueba— y eventualmente de los consultores técnicos que se podrían proponer, lo que en las circunstancias actuales configuraría un alto riesgo sanitario, inclusive para la propia actora; lo cierto es que la ley adjetiva y la normativa dictada en el marco de la pandemia del Covid-19, faculta a los jueces para adoptar otras medidas diferentes de las estrictamente peticionadas pero tendientes igualmente a resguardar los derechos invocados por las partes y preservando asimismo la salud de los letrados, peritos, interesados, etc.; como así también a suplir o complementar la actividad presencial con medios electrónicos para que se obtenga similar finalidad con una concurrencia mínima de personas, o aún sin ella.

En mérito a las consideraciones precedentes, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la resolución de fecha 05 de junio del corriente y, en consecuencia, disponer la habilitación de la feria extraordinaria a los fines de la prosecución del trámite del proceso. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado, por no haber mediado contradictorio (conf. art. 68, 2° párr., Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese. Notifíquese en forma electrónica a la actora. Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN (Ac. N° 15/2013, art. 4°, y 24/2013) y gírense las actuaciones a la instancia de grado. Se deja constancia de que la Vocalía N° 30 se encuentra vacante. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici.*

TRANSFERENCIA BANCARIA A LETRADO APODERADO

Solicitud de efectivización de transferencia en su cuenta. Vigencia del poder otorgado. Facultades suficientes para cobrar y percibir dinero reconocido judicialmente a favor de su representado. Procedencia.

De encontrarse vigente el poder oportunamente otorgado y en caso de que efectivamente el letrado, tal como afirma, cuente con facultades suficientes para cobrar y percibir sumas de dinero reconocidas judicialmente a favor de su representada, circunstancias que deberán ser examinadas por el juez de primera instancia, no se advierte impedimento legal alguno para permitir la transferencia a la cuenta del letrado apoderado de las sumas que fueron dadas en pago en el marco de la causa.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 29/04/2020. - Chacón, Marina Araceli s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/14916/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 29 de 2020.

Considerando:

I. Que el Dr. A. H. D., en su condición de abogado apoderado de la parte actora, deduce recurso de queja contra el auto dictado el 15 de abril, en el que el juez de primera instancia rechazó el recurso de reposición y el de apelación subsidiaria que interpuso contra el auto dictado el 13 de abril.

En este último auto, el juez: (i) habilitó la feria, en los términos de la acordada N° 9/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la resolución N° 14/2020 de la Junta de Superintendencia de esta Cámara; (ii) ordenó "el libramiento del oficio de transferencia aquí pretendido"; y (iii) hizo saber al apoderado que, a tal fin, "deberá denunciar el número de

Thomson Reuters

cuenta perteneciente al actor, conforme lo dispuesto en la Comunicación "A" 5147 del BCRA, y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Recurso de Hecho Deducido por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires en la causa *Vietri, Dario T. c. Grúas San Blas y otros s/ accidente*", de fecha 12/11/2013, en [el] que consideró que la citada reglamentación bancaria resguarda la percepción personal del crédito por parte del trabajador, en tanto establece que los pagos se realicen en una cuenta bancaria (...) a nombre del titular de los fondos".

II. Que como sustento de su recurso de queja, el recurrente alega que lo decidido por el juez le causa un gravamen irreparable en los términos del artículo 242, inciso 2°, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en la medida en que le "impide percibir, en representación de su mandante, el importe dado en pago en autos"; por ello, solicita que se conceda el recurso de apelación subsidiariamente deducido contra el auto del 13 de abril.

III. Que, a efectos de resolver la presentación directa, corresponde habilitar la feria en esta instancia con arreglo a la acordada N° 9/2020 de la Corte Suprema y a la resolución N° 14/2020 de la Junta de Superintendencia de esta Cámara (esta Sala, causas "Giustiniani, Rubén H. c. YPF SA s/ amparo por mora" y "Banco del Interior de As. As. (B.I.B.A.) apel. res:212/90 c. Banco Central de la República Argentina s/ sin objeto", pronunciamientos del 17 y 22 de abril de 2020, respectivamente).

La Corte Suprema, mediante la acordada n° 13/2020, prorrogó la feria extraordinaria dispuesta en la acordada n° 6/2020 —prorrogada, a su vez, en las acordadas n° 8/2020 y n° 10/2020— y la Junta de Superintendencia de esta Cámara ratificó la vigencia de la referida resolución n° 14/2020.

IV. Que el recurso de queja por apelación denegada constituye un remedio procesal tendiente a obtener que el tribunal competente para entender en segunda instancia, tras revisar el juicio de admisibilidad efectuado en la instancia anterior —preliminarmente, en orden a si el recurso fue bien o mal denegado—, revoque la providencia denegatoria del recurso de apelación y lo declare admisible (esta Sala, causas "EN — M° Interior— RQU (Autos 31403/07 'Sergi Luis')", "Recurso queja n° 1 - c. EN - PNA s/ daños y perjuicios" y "Recurso Queja N° 6 - Correa, Tania R. s/ daños y perjuicios", pronunciamientos del 13 de noviembre de 2012, del 21 de junio de 2017, y del 24 de abril de 2020, respectivamente).

V. Que los planteos formulados son sustancialmente análogos a los que fueron examinados por esta Sala, días pasados —el 24 de abril de 2020— en la citada causa "Recurso Queja N° 6 —Correa, Tania Romina s/ daños y perjuicios".

Por tanto, toda vez que asiste razón al recurrente en punto a que el auto dictado el 13 de abril resulta apelable en los términos del artículo 242, inciso 2°, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, debe hacerse lugar a la queja, revocar dicho auto y conceder el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente.

VI. Que corresponde, pues, tratar los agravios expuestos en el recurso de reposición con apelación subsidiaria, que pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

(a) "La transferencia fue solicitada atento las facultades que posee para percibir en representación de su poderdante".

(b) "[N]o se advierte obstáculo alguno para proceder con la transferencia solicitada el 13/04/2020, pues el suscripto, letrado apoderado del actor, actúa en pleno ejercicio de las facultades concedidas por su cliente".

(c) [N]o existe argumento válido alguno para ignorar las facultades vigentes en el poder conferido", razón por la cual corresponde revocar el auto cuestionado.

(d) La "comunicación A 5147 del BCRA no es aplicable al caso de autos, pues no estamos frente a un crédito de naturaleza laboral".

(e) El fallo de la Corte Suprema que se el juez citó "refiere exclusivamente a indemnizaciones por accidente de trabajo, en el marco de juicios laborales [...] es claro y evidente que el fallo aludido resulta claramente inaplicable al caso de autos".

(f) A "todo evento, la referida norma de la autoridad monetaria no puede derogar disposiciones de fondo, como las que regulan el contrato de mandato".

VII. Que los agravios deben prosperar.

En efecto, de encontrarse vigente el poder oportunamente otorgado y en caso de que efectivamente el letrado, tal como afirma, cuente con facultades suficientes para cobrar y percibir sumas de dinero reconocidas judicialmente a favor de su representada, circunstancias que deberán ser examinadas por el juez de primera instancia, no se advierte impedimento legal alguno para acceder a la transferencia a la cuenta del letrado apoderado de las sumas que fueron dadas en pago en el marco de esta causa (esta Sala, causa "Recurso Queja N° 6 - Correa, Tania R. s/ daños y perjuicios", citada).

Thomson Reuters

En mérito de las razones expuestas, el tribunal resuelve: (i) admitir el recurso de queja, conceder la apelación subsidiariamente interpuesta contra la decisión del 13 de abril de 2020; y (ii) admitir los agravios y revocar el auto apelado en lo que fue materia de recurso y ordenar que, en la medida en que se encuentren verificadas las circunstancias señaladas en el considerando VII, se efectivice la transferencia de la manera en que ha sido solicitada. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Liliana M. Heiland.* — *Clara M. do Pico.* — *Rodolfo E. Facio.*

EXPEDIENTE ELECTRÓNICO

Trabajo del Poder Judicial en forma remota. Complejidades del expediente electrónico. Protección de la integridad física. Pautas para su cuantificación. Determinación del monto indemnizatorio.

1. — Cuando la tramitación y específicamente la rotulación de cada uno de los trámites de este proceso se desarrollan con corrección, prolijidad y claridad, resulta sumamente llevadera la compulsa —electrónica y remota— de las constancias digitales.

2. — Lo electrónico tiene muchas ventajas, pero también la despapelización puede traer complejidades, especialmente teniendo en cuenta que los funcionarios judiciales han sido formados en un contexto de siglos de soporte papel y, en pocos años, han debido migrar hacia lo enteramente digital; incluso de manera muy acelerada, dada la situación sanitaria por la propagación del virus COVID-19.

3. — El individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento —doloso o culposo— debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público; al repararse una incapacidad sobreviniente el juez contempla las posibilidades o chances frustradas o cercenadas, según las cualidades personales del sujeto y debe atenderse que las incapacidades no solo limitan las posibilidades de trabajo sino a todas las que pertenecen al área de actuación de la víctima.

4. — La cuantificación de la incapacidad no puede sujetarse a apreciaciones abstractas o de cualquier índole dogmática; debe descartarse la aplicación mecánica de fórmulas matemáticas o actuariales y se debe considerar una multiplicidad de variables tales como la edad, el sexo, la actividad, la magnitud de la minusvalía confrontada en el contexto de las peculiaridades del sujeto damnificado (del voto del Dr. Jordá).

CCiv. y Com., Morón, sala II, 28/04/2020. - Ferreyra, Raúl Antonio c. Serra, Diego Nicolás y otros s/ daños y perj. autom. c/ les. o muerte (exc. estado).

[Cita on line: AR/JUR/14892/2020]

COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

2ª Instancia.- Morón, abril 28 de 2020.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Gallo* dijo:

I. Antecedentes

1) El Sr. Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 8 Departamental, con fecha 5 de agosto de 2019 dictó sentencia haciendo lugar a la demanda en los términos que de allí surgen.

2) Contra tal forma de decidir se alzaron la demandada y la citada en garantía, interponiendo los pertinentes recursos de apelación; recursos que fueron concedidos libremente.

Llegados los autos a la Alzada, la parte demandada funda su recurso con la presentación electrónica de fecha 16 de Octubre de 2019, mientras que la citada en garantía lo hace con su presentación electrónica de fecha 5 de Noviembre de 2019.

Con fecha 26 de Noviembre de 2019, la parte actora replicó los agravios.

3) A fs. 252 vta., se llamó "Autos para sentencia", providencia que al presente se encuentra consentida dejando las actuaciones en condición de ser resueltas.

II. Las quejas

Ambas fundamentaciones transitan por análogos carriles argumentales.

Se agravian las quejosas de que el Sr. Juez de Grado le haya reconocido pleno valor probatorio a la pericia médica llevada a cabo en autos, haciendo alusión a que no existen en el expediente constancias médicas que permitan vincular la discopatía cervical y lumbar del actor con el evento de autos.

Thomson Reuters

También objetan que se le haya reconocido pleno valor probatorio a la pericial psicológica llevada a cabo en autos, argumentando en tal sentido.

Peticionan, en definitiva, que se reduzca la suma fijada.

Luego objetan las sumas fijadas en concepto de gastos y de tratamientos futuros.

También atacan lo resuelto en cuanto al daño moral.

A los términos de cada una de las fundamentaciones recursivas cabe remitirse en homenaje a la brevedad.

III. La solución desde la óptica del suscripto

Previo a comenzar mi desarrollo en el punto, considero pertinente efectuar alguna aclaración en cuanto a la tramitación del expediente y su impacto en la posibilidad de trabajar en forma remota.

Creo necesario destacar, que cuando la tramitación y específicamente la rotulación de cada uno de los trámites de este proceso se desarrolla con corrección, prolijidad y claridad, resulta sumamente llevadera la compulsa (electrónica y remota) de las constancias digitales.

Sucede que, si esto no es así (es decir, si faltan constancias, no se nominan adecuadamente los trámites, se lo hace en forma demasiado genérica o los despachos no son claros) el trabajo a distancia se vuelve realmente complejo.

Pero, si la información es completa, los expedientes están llevados de manera clara y prolija, y los trámites adecuadamente titulados, esto favorece en gran medida la labor del tribunal revisor, cuando tiene que ser llevada a cabo a distancia o sin contacto con el expediente en soporte papel (ver, al respecto, esta Sala en Causa N° F3-79991, resolución del 20/09/2018, R.S. 216/2018).

Y creo que, incluso, esto que vengo marcando va delineando alguna virtualidad novedosa a la imposición procesal de hablar claro (ver, al respecto, Peyrano, Jorge W., Una imposición procesal a veces olvidada: El "Clare Loqui", JA, 1991-IV-577; esta Sala en causa N° 42708 R.S. 912/04, entre otras).

Esto también subyace a la, reciente, Acordada 3975 que, en diversas normas (arts. 2, 5 anteúltimo párrafo, 6, 11, 14 y ccdtes.), apunta al desarrollo de un expediente digital accesible, claro y completo.

En efecto: lo electrónico tiene muchas ventajas, pero también la despapelización (principio de inmaterialidad del expediente digital, cfe. Granero, Horacio R. en Tratado de Derecho Procesal Electrónico, 2ª ed., LA LEY, Buenos Aires, 2020, T. 2, capítulo IX, punto 3.2) puede traer complejidades, especialmente teniendo en cuenta que hemos sido formados en un contexto de siglos de soporte papel y, en pocos años, hemos debido migrar hacia lo enteramente digital; incluso de manera muy acelerada, dada la situación sanitaria de público y notorio conocimiento.

Reflexiono, entonces, sobre la importancia —en todo este contexto— de los principios procesales (sobre los que tanto he aprendido al compartir cátedra con uno de los maestros de nuestro derecho procesal, como ha sido Isidoro Eisner, cuyas enseñanzas —luego— no solo mantuve al continuar en la cátedra luego de su retiro, sino también he procurado trasladar a mi función judicial).

Los principios de los que estoy hablando emanan nuestro sistema procesal y operan como mandatos orientativos, de interpretación y de llenado de lagunas normativas.

Por cierto, estos principios no son estáticos sino dinámicos, apareciendo algunos nuevos, que son propios del derecho procesal electrónico y que tienen por norte el mandato de eficacia jurisdiccional (ver, al respecto, Camps, Carlos E., en Tratado de Derecho Procesal Electrónico, 2ª ed., LA LEY, Buenos Aires, 2020, T. 1, capítulo I, punto 5.2).

Surge, entonces, en este contexto un nuevo perfil del principio (clásico) de economía procesal, y que tiene que ver con la necesidad de que —en la tramitación digital— tanto el órgano judicial como los letrados, partes, auxiliares y demás involucrados en el funcionamiento del sistema cumplan sus funciones con pleno ajuste a un standard de claridad, que posibilite la tramitación mas célere y sencilla.

Lo dicho tiene diversas manifestaciones y virtualidades, pero si tuviéramos que denominarlo de algún modo, podríamos hablar de un principio de claridad digital, el cual debería presidir la actividad digital de todos los involucrados en el proceso y comprendería las nociones de claridad (en sí misma), accesibilidad además de la —muy trascendente— integralidad (indispensable para el adecuado ejercicio de la defensa en juicio) del expediente digital.

Y esto es, justamente, lo que aquí ha sucedido.

Efectuada esta reflexión, y pasando al tratamiento de las quejas de todo comienzo, debo señalar que —desde mi punto de vista— ambas expresiones de agra-

Thomson Reuters

vios satisfacen, en líneas generales y salvo lo que mas adelante indicaré, las exigencias del art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Dicho esto, en orden a dar respuesta a los agravios, y como son varios los tópicos que se someten a nuestro conocimiento y decisión (art. 266 parte final Cód. Proc. Civ. y Comercial), iré fraccionando mi razonamiento para dotarlo de toda la claridad expositiva que sea menester.

a) Incapacidad

Los $230.000 fijados en el punto merecieron el embate de ambas recurrentes. Dicho esto, y comenzando a abordar el punto, es entonces tiempo de recordar —en cuanto a la incapacidad física— que, en mi concepción, la lesión a la integridad psicofísica de la persona implica "un daño en el cuerpo o en la salud", es decir, en la composición anatómica o en el desenvolvimiento funcional o fisiológico del sujeto; habiéndose precisado que la salud e incolumnidad de las personas deben ser adecuadamente protegidas, y que a ese postulado no puede ser ajeno el derecho de daños, que debe brindar los adecuados resortes preventivos y resarcitorios frente a la lesión contra la integridad del ser humano (Zavala de González, Matilde. "Resarcimiento de daños", T. 2-A. Daños a las personas, p. 71 y ss.).

La integridad personal cuenta con la protección del orden jurídico todo (conf. arg. arts. 33, 75 inc. 22 y cc. CN, 89 del CP, 1086 y ccs. del Cód. Civil).

Es así que concluimos que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (entre otras: ver causa N° 30.973, R.S. 389 bis/1993).

Dicho esto, y en lo que hace a la cuantificación cabe recordar que, tal como se ha sostenido por esta Sala en casos anteriores (ver entre otros: causa N° 40.053, R.S. 530/98 con voto del Dr. Suares), la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sigue para la tabulación de los perjuicios derivados de lesiones físicas, criterios matemáticos, sino que en casos en que la lesión afecte la actividad laboral de la víctima, computa el daño efectivo producido, sus circunstancias personales, como también los efectos desfavorables sobre su ulterior actividad, y que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos, constituyen por su propia naturaleza, un valioso aporte referencial, pero no un dato provisto de precisión matemática, de tal forma que el Juez goza a su respecto de u n margen de valoración de cierta amplitud (ver también: causa 27.937, R.S. 34/92 con voto del Dr. Conde).

También que si bien es cierto que probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferido por la ley al soberano criterio del Juez, y éste —a falta de pautas concretas resultantes de las constancias de autos— ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. SCBA, Ac. y Sent. 1972, T. I, p. 99; 1974 T. I, p. 315; 1975 p. 187; ésta Sala en causas 21.427. R.S. 128/88, entre otras), siendo cierto también que tales facultades deben ser ejercidas con prudencia y sin crear en un caso particular determinaciones de monto que excedan razonablemente las otorgadas en otros casos análogos —prudencia y equidad son preferibles a cálculos matemáticos y fríos, ello sin abandonar las ideas rectoras de realismo e integridad, debiéndose estar a las circunstancias de cada caso— (conf. Morello-Berizonce, "Códigos Procesales", T. II, p. 137).

Por otra parte, cabe recordar que esta Sala (causa 35.878, R.S. 354/96) ha señalado que al repararse una incapacidad sobreviniente el juez contempla las posibilidades o chances frustradas o cercenadas, según las cualidades personales del sujeto y que debe atenderse que las incapacidades no solo limitan las posibilidades de trabajo sino a todas las que pertenecen al área de actuación de la víctima.

Sobre este piso de marcha, y en cuanto a la justipreciación económica del menoscabo, cabe aclarar que la presente Sala desde hace ya varios años viene siguiendo a los efectos de determinar y/o cuantificar económicamente los porcentajes de incapacidad, el basamento expresado por el Dr. Héctor N. Conde, al que adhirieron los otros vocales integrantes de la misma en la causa N° 37.152, R.S. 359/97 —entre otras—, y que ha sido compartido por mí en numerosas causas, y que se refiere al método italiano y el francés que fijan un valor concreto para cada punto de incapacidad, y que el "calcul au point" implica fijar un valor dinerario por cada punto de incapacidad, tomando tal cálculo como base, si bien podrá variar tomando en cuenta las características y pruebas en cada caso en particular, no obstante y reiterando, tal base de cálculo se hace tomando como base objetiva el punto de incapacidad en la suma que corresponda; cabe también poner de resalto que en casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de una persona, los mismos no se suman sino que se van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado, pues lo contrario sí se convertiría en inequitativo.

Hasta el momento, el valor referencial utilizado era el de $15.000 (quince mil pesos) por cada punto de incapacidad.

Thomson Reuters

Con todo, ponderando la evolución y situación de la economía nacional desde que comenzamos a utilizar dicha pauta hasta este momento, como así también el contexto de los indicadores actuales e incluso el nuevo criterio que hemos de aplicar para el cómputo de los accesorios (conforme ya lo indicaré en el punto pertinente de este voto), hemos entendido que el valor referencial que corresponde empezar a utilizar es el de $25.000 (veinticinco mil pesos) por cada punto de incapacidad; ello, claro está, adecuándolo a las diversas variables que el caso concreto ofrezca.

En este sentido, cuadra poner de resalto que la aplicación de la teoría del "calcul au point" no implica la utilización de una fórmula matemática abstracta y fría, sino valerse —y exteriorizar en la motivación del fallo— un punto de partida objetivo, adecuable, luego, a las variables circunstancias de cada caso en particular (SCBA, causa L, fallo del 07/04/2010).

De este modo, la fijación de los montos resarcitorios no implicará solo la multiplicación del porcentual de incapacidad por determinada suma sino, en cambio, partiendo de la base de aquella operatoria, articular su resultado —valiéndonos de la sana crítica y las máximas de la experiencia— con las demás circunstancias del caso (sexo, edad, expectativa de vida, condición económica, posibilidades futuras, concreta repercusión del menoscabo permanente en los actos de su vida diaria, incidencia del daño en las diversas actividades de la víctima) y así llegar a una suma que, en la mayor medida posible, se adecue a las circunstancias del caso (art. 165 Cód. Proc. Civ. y Comercial) y respete el principio de integralidad (art. 1083 del Cód. Civil).

Ahora bien, para dar respuesta a los agravios, lo primero que debería definirse es la entidad del menoscabo.

Y, de acuerdo con lo planteado en las quejas, debo referirme a las pruebas periciales (médica y psicológica) llevadas a cabo en autos.

Vamos a la pericial médica primero.

En el dictamen presentado el día 23 de Julio de 2018, el perito nos habla de la producción de un esguince cervical en el accidente, detallando y explicando en qué consiste esta lesión e informando un 6% de incapacidad de la Total Obrera, por las secuelas detectadas en la columna cervical que pudieron ser consecuencia del accidente relatado.

Por lo demás, y teniendo en cuenta las cuestiones planteadas, es del caso señalar que el perito señala expresamente que "fueron descriptas las discopatías cervicales, como se explicó, su génesis no es producto de un accidente, por lo tanto sólo se tomará en cuenta la repercusión funcional del mismo sobre dicha región".

Es decir que él mismo está indicando que en su informe solo computaría la repercusión funcional del accidente.

Luego, al evacuar las explicaciones que le fueron solicitadas por las recurrentes con fecha 5 de Noviembre de 2018, insiste en ello y aclara incluso que de no haber sido así los valores hubieran sido mas elevados (presentación del 3 de Diciembre de 2018).

Ante lo cual, quienes hoy recurren se presentan (con fecha 1 de Febrero de 2019) y dicen mantener las observaciones que en su momento se formularon al dictamen.

Temática sobre la que, ahora, insisten en sus agravios.

Pues bien, para abordar el tema he de recordar en cuanto a la eficacia probatoria de los dictámenes periciales, que he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c. Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. LA LEY 1987-C, ps. 98/113, del 18/12/1986" (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su T. II, p. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, "...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. S i el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimiento personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurda o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita

Thomson Reuters

a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: SCBA, DJBA, T. 16, p. 221; Rev. LA LEY, T. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (SCBA, A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, T. 64, p. 153); "...las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", T. III,396, N° 28; Morello "Códigos...", T. V, p. 586; y causas de esta Sala N° 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).

Recuérdese, además, que esta Sala ha puesto de manifiesto —reiteradamente— que "tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, si no resulta contradicho por otras probanzas, máxime cuando no existe duda razonable de su eficacia probatoria" (causa N° 31.794 R.S. 18/95; en igual línea de pensamiento véase esta Sala en causa N° 35.173, R.S. 114/96, entre otras) y que las discrepancias técnicas de las partes con las conclusiones del experto designado no son —por si solas— elementos suficientes para apartarse de lo dicho por el experto (arts. 384 y 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; esta Sala en causa N° 48.539, R.S. 472/05, entre otras).

Dicho esto, tenemos que el dictamen emana de profesional competente, ha sido claro en cuanto al menoscabo sufrido e informa un porcentual de incapacidad que no resulta contradicho por ninguna constancia (objetiva) obrante en la causa, mas allá de la discrepancia subjetiva de las recurrentes.

Es mas: el perito fue claro al referirse a la cuestión de las discopatías (qu e ahora se reedita en sede recursiva) y señalar que, al realizar su informe, se circunscribió solo a las consecuencias del accidente.

Por lo demás, el dictamen aparece suficientemente explicativo y fundado en lo que hace a la consideración de la vinculación del accidente con el menoscabo que informa, refiriendo puntualmente el diagnóstico inicial, en la atención concomitante al hecho.

No encuentro, entonces, mérito, razón ni fundamento para apartarme del dictamen (arts. 384 y 474 del CPC).

Toca ahora referirse al otro aspecto del daño que se computa en el rubro, esto es el menoscabo psíquico.

Aquí tenemos la pericia llevada a cabo por una licenciada en psicología (escrito de fecha 30 de Enero de 2019), en ella la experta refiere las entrevistas y tests llevados a cabo, y pasa a exponer sus conclusiones.

La experta nos dice que el actor presenta, de este modo, un trastorno psíquico a partir de los hechos padecidos pasivamente, es semejante en ciertos aspectos a un shock depresivo, pero específicamente denota un cuadro postraumático que limita los indicadores para dicho cuadro (a partir de la teoría y clínica psicoanalítica y DSM 4) y habla de una incapacidad del 10%. Sugiriendo la realización de un tratamiento, indicando que lo es a fines de evitar que el cuadro empeore.

A la perito le fueron requeridas explicaciones por parte de las quejosas (escritos del 15 de Febrero de 2019) en términos similares a los que, ahora, reproducen en sus agravios.

La perito evacua dichos pedidos de explicaciones (escritos del 4 de Marzo de 2019) ratificando su dictamen y descartando totalmente la incidencia de concausalidades.

Así, expresa que el porcentual de incapacidad indicado responde únicamente a los hechos, señalando que los factores concausales son de menor incidencia por lo cual no se encuentran expuestos, a los fines de la evaluación pericial.

Dicho todo esto, es tiempo de señalar que, al igual que lo que acontecía con la pericial médica, el dictamen es claro, está fundado, apoyado en técnicas propias de la especialidad y, fundamentalmente, mas allá de la discrepancia subjetiva de las recurrentes no existen en la causa elementos objetivos que la contradigan.

Con lo cual he de ceñirme, aquí también, a los términos de la pericia.

Así las cosas, definida la entidad del menoscabo incapacitante, debemos conjugarla con las específicas circunstancias del caso; aquí el actor es una persona de sexo masculino, contaba con 29 años de edad al momento del hecho, y se desempeña como empleado; sus condiciones socio económicas surgen de los autos sobre beneficio de litigar sin gastos (ver, especialmente, fs. 4/6, ratificadas en la audiencia del 18 de Junio de 2019).

Por lo expuesto precedentemente, contextualizando todo ello con el porcentual de incapacidad referido en el fallo y las pautas (referenciales) de tarifación económica que ya he enunciado, tengo para mi que la

Thomson Reuters

suma fijada no se perfila en modo alguno elevada sino que es algo reducida, por lo que —no habiendo recurso de la parte actora— propondré su confirmación.

b) Gastos

El Sr. Juez *a quo* establece la procedencia de este rubro por la suma de $3000, generando ello el embate de las quejosas.

Cabe entonces memorar que ciertos gastos (honorarios de médicos; traslados; etc.) aunque no se haya demostrado documentadamente su existencia deben ser reparados, pero ese concepto dista mucho de ser absoluto y de resultar una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba y en la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas, carácter de ellas, tratamientos aconsejados, y todo ello sí debe ser probado y no puede derivar solamente de la voluntad o comodidad de la víctima o sus familiares.

Importante resulta mencionar, dado el tenor de los agravios vertidos por el apelante que reiteradamente esta Sala, con cita de jurisprudencia del Superior Tribunal, tiene dicho que: "...el hecho que la víctima de un accidente de tránsito se haya atendido en establecimientos asistenciales públicos, no obsta a que en la indemnización se incluya una suma en concepto de gastos médicos y de farmacia, pues es notorio que existen erogaciones que deben ser solventadas por el paciente. El resarcimiento debe guardar concordancia con las lesiones, afección o enfermedad sufrida, sin que resulte indispensable que se encuentre documentado su importe —SCBA, Ac.y Sent., T° 1976-I-549; DJBA, T. 118-74—. No debe olvidarse que el art. 1086 del Cód. Civil establece que la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido..." (conf. Causa de esta Sala N° 21.203, R.S. 134/88, N° 41.649, R.S. 607/99, entre otras).

También es menester referir que ha dicho esta Sala, con anterioridad, que "...corresponde presumir las erogaciones por tal concepto a cargo de la víctima aunque no esté demostrado cabalmente su importe..." —SCBA, T° 117, p. 127— (conf. Causas de esta Sala N° 20.745, R.S. 63/88; N° 24.973 R.S. 165/90; N° 41.649, R.S. 607/99).

En el caso concreto de autos vienen probadas las lesiones sufridas por la parte actora como consecuencia del evento de autos, como así también su atención médica (conforme se lo detallara pericia médica ya analizada).

Frente a tal cuadro de situación, el rubro es procedente y los $3.000 otorgados en la instancia originaria no aparecen —en la especie— elevados, por lo que habré de proponer su confirmación.

c) Tratamientos futuros

En tanto la expresión de agravios, aquí, contiene fundamentalmente una remisión a las objeciones traídas en cuanto al rubro incapacidad, la misma no contiene una crítica autónoma de los fundamentos basales de la decisión en este aspecto y no llega a sortear el valladar del art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Esto conlleva la deserción de los recursos en este aspecto.

d) Daño moral

Ambas apelantes cuestionan la suma que aquí se ha fijado ($130.000).

Abordando el punto debo recordar que he venido sosteniendo reiteradamente antes de ahora, que si se hubieran acreditado que por la ocasión del hecho da ñoso se le produjeron a la víctima lesiones físicas, el daño moral se tiene probado "re ipsa" al decir de Orgaz y que en atención a lo especificado precedentemente y las conclusiones periciales se tuvieron por demostradas las lesiones padecidas por la víctima por el hecho dañoso.

En lo que hace al monto indemnizatorio fijado por tal concepto, cabe recordar que hemos dicho en esta misma Sala (ver entre otras voto de mi autoría: 43.370 R.S. 317/02) que el daño moral resulta de una lesión a los sentimientos, en el padecimiento y las angustias sufridas, molestias, amarguras, repercusión espiritual, producidos en los valores más íntimos de un ser humano; que, probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferida por la ley al soberano criterio del Juez, y éste —a falta de pautas concretas resultantes de las constancias del proceso— ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. entre otros: SCBA, Ac. y Sent., 1992, T. I., p. 99; 1974, T. I., p. 315; 1975, p. 187; ésta Sala en causas 21.247, R.S. 128 del 03/08/1988, idem causa 21.946, R.S. 192 del 09/08/1988, causa 29.574, R.S. 45 del 09/03/1993).

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta las circunstancias personales del accionante que ya he enunciado, las lesiones que padeció a resultas del evento, los tratamientos a los que debió someterse y las repercusiones psicofísicas que le han quedado instaladas, como así también las características mismas del hecho dañoso, entiendo que el rubro es procedente y el monto fijado no se perfila para nada elevado, por lo que promoveré su confirmación.

Thomson Reuters

e) Costas de Alzada

Teniendo en cuenta el resultado propuesto para los recursos, entiendo que le deberán quedar impuestas a las apelantes vencidas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

IV. Conclusión

De conformidad con todo lo dicho hasta aquí, y si mi propuesta es compartida, se deberán declarar desiertos los recursos de apelación interpuestos en lo referente al rubro daño futuro y confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravio, con costas de Alzada a las apelantes (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y la regulación de honorarios profesionales habrá de diferirse.

Lo expuesto me lleva a votar en la cuestión propuesta por la afirmativa.

El doctor *Jordá* dijo:

Adhiero en un todo al voto que antecede, no sin hacer alguna aclaración conceptual tanto en lo que hace a la tarifación de los montos resarcitorios.

He venido sosteniendo (véase mi voto en causa de la Sala I N° 57.137 R.S. 5/2010) que la cuantificación de la incapacidad no puede sujetarse a apreciaciones abstractas o de cualquier índole dogmática, exponiendo que —en mi parecer— debe descartarse la aplicación mecánica de formulas matemáticas o actuariales.

Allí también dejé aclarado que los porcentajes de incapacidad constituyen un elemento a considerar entre una multiplicidad de variables tales como la edad, el sexo, la actividad, la magnitud de la minusvalía confrontada en el contexto de las peculiaridades del sujeto damnificado.

Concretando: ni debemos tarifar montos mecánica o matemáticamente (multiplicando porcentajes de incapacidad por cierta cantidad dineraria) ni tampoco debemos (ni podemos) abstraernos de los porcentuales de incapacidad informados pericialmente (que, por su especificidad técnica, nos acercan a la real entidad del perjuicio, cfe. arts. 384, 472 y 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Es necesario conjugarlo todo, teniendo como norte el principio de reparación integral (art. 1083 del Cód. Civil) en el contexto de las específicas circunstancias de cada supuesto que tengamos para decidir (art. 171 *in fine* Const. Pcial.).

Sobre tal plataforma conceptual, y ya en lo que hace específicamente a este caso concreto, comulgo con el voto que precede en cuanto a la cuantificación de los montos resarcitorios.

Ello así en tanto y en cuanto el colega que ha votado en primer término, si bien ha tenido en cuenta el porcentual de incapacidad h a articulado tal parámetro con las restantes circunstancias del caso (entre otras, edad, sexo, que no realizaba actividad remunerada, magnitud del daño).

Es cierto que el Doctor Gallo menciona el sistema del calcul au point, pero no menos cierto es que se ocupa de advertir que ello de ninguna manera implica someterse a cálculos materiales infranqueables, sino establecer una pauta que se debe adecuar a las cambiantes circunstancias de cada caso (de hecho, advierto que las sumas a las que llega lejos están de multiplicar los porcentajes de incapacidad por un monto determinado).

Luego, y en tanto —a mi modo de ver— los montos fijados se ajustan a la entidad del perjuicio comprobado mediante los elementos de juicio que ha ponderado mi Colega (en análisis que comparto), adhiero a su propuesta en cuanto a la cuantía de los montos que indica en su voto.

Con tales aclaraciones conceptuales, compartiendo todos los restantes aspectos del voto anterior por sus mismos fundamentos, adhiero al mismo votando por la afirmativa.

Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se declaran desiertos los recursos de apelación interpuestos en lo referente al rubro daño futuro y se confirma la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravio. Costas de Alzada, a las apelantes (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese, dejándose expresa constancia que el dictado de la presente no implica habilitación de términos y que los plazos pertinentes comenzaran a correr una vez que se levanten las suspensiones dispuestas por la suprema corte de justicia provincial. Oportunamente, devuélvase. — *José L. Gallo. — Roberto C. Jordá.*

VALOR PROBATORIO DE PERICIA TARDÍA

Sentencia dictada en contexto de emergencia económica por coronavirus COVID-19 con plazos procesales suspendidos. Fallo con firma digital. Reducción de indemnización.

1. — Una pericia realizada cuatro años después del siniestro, que prácticamente dice lo mismo respecto de un actor como del otro, reviste

Thomson Reuters

falencias que me llevan a la convicción que el porcentaje de incapacidad determinado del 18,71% para cada uno de los actores es exagerado (art. 474 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Por ello considero que debe hacerse lugar al agravio de los demandados respecto a la reducción de la incapacidad.

2. — La consideración interrelacionada de las circunstancias personales y socioeconómicas que caracterizan su entramado vital y de la especie de lesiones que han experimentado los accionantes generan convicción respecto a la irrazonabilidad del monto fijado en la instancia de origen (arts. 1738 y concordantes del Cód. Civ. y Com.). Por este motivo, haciendo lugar al agravio de la demandada, corresponde reducir el importe justipreciado en las sentencia, para el rubro incapacidad sobreviniente.

3. — La fijación de los montos resarcitorios no implicará solo la multiplicación del porcentual de incapacidad por determinada suma sino, en cambio, partiendo de la base de aquella operatoria, articular su resultado —valiéndonos de la sana crítica y las máximas de la experiencia— con las demás circunstancias del caso (sexo, edad, expectativa de vida, condición económica, posibilidades futuras, concreta repercusión del menoscabo permanente en los actos de su vida diaria, incidencia del daño en las diversas actividades de la víctima) y así llegar a una suma que, en la mayor medida posible, se adecue a las circunstancias del caso y respete el principio de integralidad (del voto del Dr. Gallo).

CCiv. y Com., Morón, sala II, 02/04/2020. - Roldán, Marcos Antonio y otra c. Maldonado, Pablo Ignacio s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/6673/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

2ª Instancia.- Morón, abril 2 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 262/282? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Jordá* dijo:

Contra la sentencia definitiva de fs. 262/282 apela la citada en garantía y la codemandada, expresando agravios por medio de presentación electrónica de fecha 25/09/2019, corrido traslado es contestado por los actores, también por presentación electrónica, el día 09/10/2019.

El fallo de primera instancia hace lugar al reclamo por daños y perjuicios, iniciado por Marcos Antonio Roldán y Melisa Pereyra contra Pablo Maldonado por la suma total de $3.256.317,16.-, haciendo extensiva la condena a Orbis Compañía Argentina de Seguros SA en la medida del seguro.

La demandada se agravia, respecto del Sr. Roldán; 1) por la procedencia de la incapacidad física sobreviniente; 2) la procedencia de la incapacidad psicológica y 3) la procedencia del rubro costo de tratamiento psicológico.

En relación a la Sra. Pereyra, 1) se solicita se valore adecuadamente la pericia médica y se reduzca la indemnización por incapacidad física; 2) en cuanto a la incapacidad psicológica solicita se desestime, al igual que el costo del tratamiento.

A su vez se agravia, según sus palabras, de "...las exorbitantes sumas calculadas para indemnizar los rubros incapacidad y daño moral" a favor de ambos actores.

A) 1) Comenzaré con el análisis de la prueba en relación a la incapacidad física del co-actor Roldan y posteriormente de la Sra. Pereyra.

Relata en su demanda, fs. 19, que después de ser embestido fue trasladado al Hospital de Ituzaingó.

En la historia clínica remitida por dicho hospital figura a fs. 97 en el libro de guardia, el nombre del actor y a fs. 98 la hoja del servicio de rayos, ninguna información respecto a lesiones, diagnóstico o pronóstico.

A fs. 122/124 los actores acompañan una historia clínica elaborada en el consultorio del Dr. C. O., con fecha 30/09/2014, donde consta que el co-actor Roldan sufre de "policontusiones, trauma cervical, lumbar y hombro derecho. Contractura, posición antálgica, tendinosis bicipital. Tratamiento: aines, crioterapia, collar cervical, faja lumbar" historia clínica no cuestionada por la contraria en cuanto a la veracidad de la afirmación del profesional (art. 401 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), en el plazo previsto por el art. 150 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

En su pericia médica, realizada el 10/09/2018, cuatro años después del accidente, el Dr. L. ratifica la ausencia de diagnóstico en el hospital Ituzaingó, acompaña estudios en formato PDF Radiografía columna cervical frente y perfil; radiografía columna lumbar frente y perfil y resonancia magnética nuclear hombro derecho; en las radiografías de columna constata "pérdida de la lordosis fisiológica sin imágenes agregadas".

El experto determina en consecuencia una incapacidad física parcial y permanente del 18,71%.

Thomson Reuters

B) 1) Incapacidad física Sra. Pereyra

En la historia clínica labrada en el Hospital de Ituzaingó con fecha 30/09/2014 figura la atención de la Sra. Pereyra, con un diagnóstico intraducible —ver fs. 98—, a fs. 99 obra una orden para realizar radiografías. A fs. 123 se encuentra adjunto un diagnóstico del Dr. O. del 30/09, 07/10 y 16/10 de 2014.

El perito médico Dr. L. en su experticia, después de realizarle a Sra. Pereyra los mismos estudios que al Sr. Roldan, resultando innecesaria su reproducción, Llega a la misma conclusión que con el co-demandado Roldan, % 18,71 de incapacidad física parcial y permanente.

Acierta la apelante en su queja que salvo la lesión detectada en el hombre derecho del Sr. Roldan y la lesión meniscal en la rodilla derecha de la Sra. Pereyra, el resto de las lesiones son las mismas; los estudios pedidos son los mismos, el informe médico es exactamente igual para los dos actores y el porcentaje de incapacidad no varía entre uno y otro % 18,71.

La demandada al tomar conocimiento de la pericia solicita explicaciones, las que son contestadas con fecha 22/11/2018, en su respuesta el experto reconoce que los desencadenantes para la producción de una rectificación son de diverso origen.

Los demandados, en su expresión de agravios, cuestionan el informe del Dr. O. —conforme consta a fs. 124— y O. —según el sello del profesional— porque la nota de fs. 124 carece de membrete, firma domicilio y falta de coincidencia en el apellido. Quiero hacer hincapié, en que coincido en las dudas y prevenciones de los apelantes, pero reitero que la impugnación formulada en la expresión de agravios es extemporánea, ya que la misma debió reclamarse en la instancia de origen (jurisprudencia coincidente, C. 2°, La Plata, Sala I; causa B-58.0027 - CNCiv. y Com. Fed., sala 1ª, 13/04/2000).

El juez no se encuentra obligado a seguir inexorablemente la opinión técnica del experto, como tampoco ignorarla arbitrariamente, pero sí valorarla teniendo en cuenta los principios científicos en que se funda, las observaciones o impugnaciones que se hagan al dictamen, el contenido de los demás elementos de convicción que surjan de la causa y sobre todo la aplicación de las reglas de la sana crítica y de la experiencia.

Dicho esto, considero que una pericia realizada cuatro años después del siniestro, que prácticamente dice lo mismo respecto de un actor como del otro, reviste falencias que me llevan a la convicción que el porcentaje de incapacidad determinado del 18,71% para cada uno de los actores es exagerado (art. 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por ello considero que debe hacerse lugar al agravio de los demandados respecto a la reducción de la incapacidad.

2) Incapacidad psicológica

En su queja los demandados estiman como errónea la valoración de la pericia psicológica, atento considerar que no existe ninguna minusvalía, y como resultado debe desestimarse, también, el tratamiento psicológico.

El Lic. L. en su evaluación del Sr. Roldán, después de realizar una batería psicodiagnóstica seleccionada.

Técnica Si mismo pasado, presente, futuro; H.T.P; Persona bajo la lluvia; Guestaltico Visomotor; Cuestionario desiderativo; Test de Apercepción temátiva, llega a la conclusión que el actor "...presenta indicadores concurrentes y recurrentes de un trastorno adaptativo crónico con ansiedad en directa relación causal con el accidente que motiva la presente Litis".

Estima su incapacidad parcial y permanente en un 15%.

Aconseja para no agravar la sintomatología un tratamiento psicoterapéutico de una sesión por semana por un período no menor a un año.

Con fecha 29/11/2018 la parte demandada solicita explicaciones al Lic. L. respecto de "...cuales son las mermas en el rendimiento del Sr. Roldan, especificando los cambios que el impacto del accidente tuvo en todas las áreas de su vida y fundamentalmente en su vida diaria y cotidiana". Y "...si los mismos pueden revertirse con la realización del tratamiento psicológico sugerido".

El experto, en su respuesta, ratifica todo lo expresado y aclara que el conjunto de requerimientos solicitados en el pedido de explicaciones, se encuentra detallado en el ítem: relato del hecho y consecuencias en la vida del actor.

Respecto de la Sra. Pereyra el Lic. L. realiza las mismas técnicas que con el Sr. Roldan, y llega a la conclusión que es portadora de un: "Trastorno adaptativo crónico mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo en directa relación causal con el accidente que motiva la presente Litis" aclara que la patología descripta se encuentra presente a pesar del tiempo transcurrido entre el evento de autos y la entrevista que se llevó a cabo con fines periciales; otorgando en consecuencia una incapacidad del 15%, recomendando a fin de no agravar la sintomatología del trastorno referido realizar tratamiento psicoterapéutico de una sesión semanal por un período no menor a un año y medio de duración.

Al mismo tiempo y con misma fecha la demandada solicita explicaciones respecto de la Sra. Pereyra, "...requiriendo al experto que informe acerca del supuesto deterioro que presentaba la actora en el momento de la

Thomson Reuters

peritación en las áreas de despliegue vital mencionadas y en su vida diaria..." y cuestiona que el Lic. L. "...no informó en qué medida se ve afectada la cotidianidad de la actora a partir del accidente, es decir que no especificó cuáles fueron las consecuencias ocasionadas por el hecho de autos en su vida cotidiana".

La respuesta del especialista fue exactamente la misma que con el co-demandado Roldán.

La prueba de peritos es un juicio de valor sobre cuestiones respecto de las cuales se requieren conocimientos especiales (art. 457 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Si bien el juez no está obligado a seguir inexorablemente esa opinión técnica, tampoco puede ignorarla arbitrariamente. El perito debe ser creído acerca de las verificaciones que dice haber practicado, en tanto no se demuestre lo contrario. El pedido de explicaciones de la parte demandada carece de los fundamentos técnico-científicos como para conmover el diagnóstico del experto (art. 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por ello, considero que no debe hacerse lugar al agravio de la quejosa y ratificar la suma de $46.800 (pesos cuarenta y seis mil ochocientos) para cubrir el tratamiento psicológico.

3) Monto de incapacidad del Sr. Roldán y la Sra. Pereyra La demandada se agravia por la "exorbitante" suma de $1.368.887,13 calculada por el *a quo* para indemnizar la incapacidad del Sr. Roldán y de $1.147.382,76 para indemnizar la incapacidad de la Sra. Pereyra.

Ahora bien en las lides de su cuantificación dineraria el valor resarcible es precisamente la referida integridad físico-psíquica genéricamente considerada. De modo que, a mi juicio, el monto a fijarse no puede ser fruto, de manera exclusiva, de la aplicación mecánica de los porcentajes informados por los peritos o de abstractos e impersonales cálculos actuariales, efectuados en base a criterios de "ganancia futura frustrada" y "aptitud productiva".

Es menester enfatizar que si bien es cierto que el artículo 1746 del Cód. Civil y Comercial alude al empleo de un método matemático-actuarial de evaluación, también lo es, que en modo alguno de ello puede colegirse que el resultado dinerario que arroje aquel es de imperativo acatamiento para el juez.

Tengo para mí que los Codificadores sólo han establecido en el precitado artículo 1746 una serie de pautas orientativas, una suerte de parámetros referenciales; a los que el Juzgador debe ponderar dentro del universo de variables específicas y particulares, personales, sociales y económicas, a cuya consideración no puede renunciar. En este sentido bien nos dice precisamente uno de los autores de la Reforma, parafraseando la consolidada doctrina elaborada en el tópico por la Corte Suprema de Justicia, que para evaluar el resarcimiento no es necesario ceñirse a rígidos criterios matemáticos, sino "que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio judicial" (conf. Lorenzetti, Ricardo L., "Código Civil y Comercial...," Tomo VIII, Rubinzal Culzoni editores, Santa Fe, 2015, ps. 527 y ss.; en el mismo sentido ver Galdós, Jorge M., "Cuatro reglas sobre la cuantificación...", RCyS 2016-XII)

En consecuencia consideraré el resultado de la operatoria aritmética efectuada en la sentencia recurrida; pero sólo como un elemento más a ponderar entre una multiplicidad de variables, en especial las referidas a la edad, el sexo, la actividad, la magnitud de la minusvalía sufrida en concreto y en especial conexión con todas las peculiaridades del sujeto damnificado.

En la especie está probado que el Sr. Roldan contaba con 25 años de edad, que trabaja realizando tareas de albañilería, que tienen una hija, que poseen un auto y la Sra. Pereyra un terreno en Gral. Rodríguez (arts. 375, 384 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Comercial; ver testimoniales de fs. 239/42, 245,251).

La consideración interrelacionada de las citadas circunstancias personales y socioeconómicas que caracterizan su entramado vital y de la especie de lesiones que han experimentado me generan convicción respecto a la irrazonabilidad del monto fijado en la instancia de origen (arts. 1738 y concordantes del Cód. Civ. y Comercial, su doc.; arts. 384, 474 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Por este motivo, haciendo lugar al agravio de la demandada, he de proponer la reducción del importe justipreciado en las sentencia, para el rubro en examen, la suma de $800.000 (pesos ochocientos mil) para el Sr. Roldán y $700.000 (pesos setecientos mil) para la Sra. Pereyra (art. 165 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

4) Daño Moral

En este agravio la demandada, sólo califica de exorbitante la suma para indemnizar el daño moral, y nada más.

Según reza, de un modo textual, el artículo 260 del ordenamiento adjetivo la expresión de agravios debe contener "una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas". Es decir que cuando se impugna la sentencia, el quejoso tiene la carga de introducir reflexiones o articulaciones razonadas, fundadas que objetivamente se exhiban como conducentes, para evidenciar lo desacertado de la sentencia de primera instancia. Caso contrario, la suerte del recurso fatalmente desembocará en su deserción por insuficiencia técnica.

Aplicando esta premisa es que considero que el recurso en este rubro debe ser rechazado.

Thomson Reuters

Por lo expuesto y de compartirse mi criterio considero que debe revocarse parcialmente la sentencia, reduciéndose el monto a la suma de $1.993.600.- (pesos un millón ciento noventa y tres mil seiscientos).

Correspondiendo al Sr. Roldán la suma de $1.046.800.- y a la Sra. Pereyra la suma de $946.800.

Voto, en consecuencia, parcialmente por la afirmativa.

El doctor *Gallo* dijo:

Adhiero al voto que antecede por sus mismos fundamentos, con mas la aclaración que aquí efectúo.

En lo tocante al fijado por incapacidad, cabe señalar que la lesión a la integridad psicofísica de la persona implica "un daño en el cuerpo o en la salud", es decir, en la composición anatómica o en el desenvolvimiento funcional o fisiológico del sujeto; habiéndose precisado que la salud e incolumnidad de las personas deben ser adecuadamente protegidas, y que a ese postulado no puede ser ajeno el derecho de daños, que debe brindar los adecuados resortes preventivos y resarcitorios frente a la lesión contra la integridad del ser humano (Zavala de González, Matilde. Resarcimiento de daños, T. 2da., Daños a las personas, p. 71 y ss.).

La integridad personal cuenta con la protección del orden jurídico todo (conf. arg. arts. 33, 75 inc. 22 y cc. CN, 89 del CP, 1086 y ccs. del Cód. Civil).

Es así que concluimos que el individuo tiene derecho a su integridad física, pues la salud y la citada integridad no son sólo un bien jurídicamente tutelado, cuyo quebrantamiento (doloso o culposo) debe ser reparado, sino que, además, constituye un valor en cuya protección está interesado el orden público (entre otras: ver causa N° 30.973, R.S. 389 bis/1993).

Asimismo tal como se ha sostenido por esta Sala en casos anteriores (ver entre otros: causa N° 40.053, R.S. 530/98 con voto del Dr. Suáres), la Corte Suprema de Justicia de la Nación no sigue para la tabulación de los perjuicios derivados de lesiones físicas, criterios matemáticos, sino que en casos en que la lesión afecte la actividad laboral de la víctima, computa el daño efectivo producido, sus circunstancias personales, como también los efectos desfavorables sobre su ulterior actividad, y que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos, constituyen por su propia naturaleza, un valioso aporte referencial, pero no un dato provisto de precisión matemática, de tal forma que el Juez goza a su respecto de un margen de valoración de cierta amplitud (ver también: causa 27.937, R.S. 34/92 con voto del Dr. Conde).

También que si bien es cierto que probado el daño, el monto de la indemnización ha sido deferido por la ley al soberano criterio del Juez, y éste —a falta de pautas concretas resultantes de las constancias de autos— ha de remitirse a sus propias máximas de experiencia (conf. SCBA, Ac. y Sent. 1972, T. I, p. 99; 1974 T. I, p. 315; 1975 p. 187; ésta Sala en causas 21.427. R.S. 128/88, entre otras), siendo cierto también que tales facultades deben ser ejercidas con prudencia y sin crear en un caso particular determinaciones de monto que excedan razonablemente las otorgadas en otros casos análogos —prudencia y equidad son preferibles a cálculos matemáticos y fríos, ello sin abandonar las ideas rectoras de realismo e integridad, debiéndose estar a las circunstancias de cada caso— (conf. Morello-Berizonce, "Códigos Procesales", T. II, p. 137).

Sobre este piso de marcha, y en cuanto a la justipreciación económica del menoscabo, cabe aclarar que la presente Sala desde hace ya varios años viene siguiendo a los efectos de determinar y/o cuantificar económicamente los porcentajes de incapacidad, el basamento expresado por el Dr. Héctor N. Conde, al que adhirieron los otros vocales integrantes de la misma en la causa N° 37.152, R.S. 359/97 —entre otras—, y que ha sido compartido por mí en numerosas causas, y que se refiere al método italiano y el francés que fijan un valor concreto para cada punto de incapacidad, y que el "calcul au point" implica fijar un valor dinerario por cada punto de incapacidad, tomando tal cálculo como base, si bien podrá variar tomando en cuenta las características y pruebas en cada caso en particular; cabe también poner de resalto que en casos en que concurren varios porcentajes que informan menoscabos en diversos aspectos de una persona, los mismos no se suman sino que se van calculando sobre la capacidad residual que los anteriores han determinado, pues lo contrario sí se convertiría en inequitativo.

Actualmente, la base referencial que estamos utilizando es la de $25.000 por punto de incapacidad (mi voto en causa 36.969, R.S. 20/20).

Sobre este piso de marcha, cuadra poner de resalto que la aplicación de la teoría del calcul au point no implica la utilización de una fórmula matemática abstracta y fría, sino valerse —y exteriorizar en la motivación del fallo— un punto de partida objetivo, adecuable, luego, a las variables circunstancias de cada caso en particular (SCBA, causa L, fallo del 07/04/2010).

De este modo, la fijación de los montos resarcitorios no implicará solo la multiplicación del porcentual de incapacidad por determinada suma sino, en cambio, partiendo de la base de aquella operatoria, articular su resultado —valiéndonos de la sana crítica y las máximas de la experiencia— con las demás circunstancias del caso (sexo, edad, expectativa de vida, condición económica, posibilidades futuras, concreta repercusión del menoscabo permanente en los actos de su vida diaria, incidencia del daño en las diversas actividades de la víc-

Thomson Reuters

tima) y así llegar a una suma que, en la mayor medida posible, se adecue a las circunstancias del caso (art. 165 Cód. Proc. Civ. y Comercial) y respete el principio de integralidad (art. 1083 del Cód. Civil).

Finalmente, y en cuanto a la eficacia probatoria de los dictámenes periciales, debo recordar que he compartido la opinión vertida antes de ahora en ésta Sala en expte. "Sandoval, Felipe y otra c. Alemany, Juan y otro", publicado en la Rev. LA LEY 1987-C, ps. 98/113, del 18/12/1986 (y conf. entre otros: Hernán Devis Echandía" en su "Compendio de la prueba judicial", anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso), que señala en su T. II, p. 132, como uno de los requisitos para la existencia jurídica del dictamen pericial, "...Que el dictamen esté debidamente fundamentado. Así como el testimonio debe contener la llamada "razón de la ciencia del dicho", en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a las conclusiones, el dictamen carecería de eficacia probatoria y lo misma será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y, como hemos dicho, puede negarse a adoptarlo como prueba, si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable; en ese caso debe ordenar un nuevo dictamen" "...El juez es libre para valorarlo mediante una sana crítica. Lo ideal es dejar la valoración del dictamen al libre criterio del juez, basado en sus conocimiento personales, en las normas generales de la experiencia, en el análisis lógico y comparativo de los fundamentos y de las conclusiones del dictamen, como se acepta en los modernos códigos de procedimientos y en todos los procesos nuestros. Es absurdo ordenarle al juez que acepte ciegamente las conclusiones de los peritos sea que lo convenzan o que le parezcan absurda o dudosas, porque se desvirtúan las funciones de aquél y se constituiría a éstos en jueces de la causa. Si la función del perito se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle al conocimiento sobre hechos como actividad probatoria, debe ser éste quien decida si acoge o no sus conclusiones"; así también la jurisprudencia ha dicho que "...los jueces pueden apartarse de las conclusiones periciales, dando los fundamentos de su convicción contraria (conf. entre otros: SCBA, DJBA, T. 16, p. 221; Rev. LA LEY T. 42, p. 122); "...es que el dictamen de los peritos es sólo un elemento informativo sujeto a la aceptación y apreciación del juez" (SCBA, A. y S., 1957-IV, p. 54; DJBA, T. 64, p. 153); "...las conclusiones a que arriba el perito no atan al juzgador de forma de sustituirse en sus facultades decisorias privativas" (Jofre-Halperín, "Manual", t. III, 396, N° 28; Morello "Códigos...", T. V, p. 586; y causas de esta Sala N° 31.320, R.S. 227/85 y 36.432, R.S. 522/96).

Aquí debo detenerme para dejar señalado que, computando las circunstancias del caso (que bien reseña el Dr. Jordá), coincido en sus consideraciones vinculadas con la valoración del plexo probatorio y de los dictámenes periciales, como así también —teniendo en cuenta las circunstancias personales de las víctimas, el daño que han sufrido y la incapacidad que les ha quedado, todo ello a la luz de las mencionadas pautas de tarifación referencial— acompaño al colega en su propuesta de reducción de las sumas fijadas.

Lo mismo hago, en las restantes cuestiones que han sido cuestionadas.

Consecuentemente, por tales razones, mas las restantes que informan el voto anterior a las que adhiero totalmente, doy el mío parcialmente por la afirmativa.

1ª cuestión. — El doctor *Jordá* dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior, corresponde revocar parcialmente la apelada sentencia de fs. 262/282, en cuanto al monto de condena, que se reduce a la suma de $1.993.600.- (pesos un millón ciento noventa y tres mil seiscientos) correspondiendo al Sr. Roldán la suma de $1.046.800.- y a la Sra. Pereyra la suma de $946.800.- y confirmarla en todo cuanto más pudo ser materia de recurso. Costas de la Alzada en el orden causado atento el éxito solo parcial del recurso (arts. 68 y 71 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) difiriendo la regulación de honorarios.

Así lo voto

El doctor *Gallo* por los mismos fundamentos, votó en análogo sentido.

De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se revoca parcialmente la apelada sentencia de fs. 262/282, en cuanto al monto de condena, que se reduce a la suma de $1.993.600.- (pesos un millón ciento noventa y tres mil seiscientos), correspondiendo al Sr. Roldán la suma de $1.046.800.- y a la Sra. Pereyra la suma de $946.800.- y confirmarla en todo cuanto más pudo ser materia de recurso. Costas de Alzada en el orden causado (arts. 68 y 71 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese, dejándose expresa constancia que el dictado de la presente no implica habilitación de términos y que los plazos pertinentes comenzarán a correr una vez que se levanten las suspensiones dispuestas por la Suprema Corte de Justicia Provincial. Oportunamente, Devuélvase. — *José L. Gallo.* — *Roberto C. Jordá.*

Thomson Reuters

SEGUROS

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Comentarios Jurisprudenciales

Thomson Reuters

Thomson Reuters

PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO

Ley aplicable. Normativa más favorable al consumidor. Ordenamiento consumeril. Leyes especiales. Protección integral del ser humano.

Con nota de María Agustina Otaola

1. — El plazo de un año previsto por la ley especial de seguros —art. 58— resulta absolutamente breve y prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados, en tanto resulta contrario a los principios protectorios de los consumidores dispuesto por el art. 42 y art. 75, inc. 22, CN.

2. — Corresponde aplicar el plazo genérico de prescripción establecido en el art. 2560 del nuevo cuerpo normativo y no el plazo anual dispuesto por el art. 58 de la ley 17.418, pues constituye la normativa que resulta más favorable al consumidor afectado.

3. — Al no contar la ley 24.240 con un plazo de prescripción propio para las acciones judiciales, no cabe aplicar fórmulas meramente mecánicas, sino que se tiene que acudir para su valoración al diálogo de fuentes y a una integración normativa teniendo presente a la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y los fundamentos del Código Civil y Comercial, que determina que las normas tuitivas de los consumidores son el piso mínimo y núcleo duro que las leyes especiales no pueden perjudicar, bajo pena de quebrantar el sistema.

4. — No hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores, pero ninguna ley especial —como la de seguros— puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema consumeril.

5. — Encontrándose los derechos de los consumidores, dentro de los Derechos Humanos, dado que está en juego la dignidad de la persona, la cuestión a decidir no puede soslayar el principio *pro hominis*, por aplicación del control de convencionalidad.

CNCom., sala F, 05/03/2020. - Sittner, Nélida Élida c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/493/2020]

COSTAS

Se imponen por su orden.

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 5 de 2020.

Vistos:

1. Apeló la parte actora la decisión de fs. 161/64 en cuanto el magistrado de grado admitió la excepción de prescripción oportunamente introducida (fs. 161/64).

2. Los fundamentos de la demandante obrantes en fs. 167/169 y fueron contestados en fs. 171/73.

La Sra. Fiscal de Cámara dictaminó en fs. 178/185.

3. Cabe determinar —en virtud de los agravios vertidos por la demandante—, cuál es el plazo de prescripción aplicable para los contratos de seguros.

La parte actora postuló la aplicación del plazo trienal previsto por la LDC mientras que la demandada aseguradora mantuvo que se imponía el plazo anual de la Ley de Seguros por ser ley especial.

Por su parte, el anterior sentenciante, luego de un análisis de la cuestión, concluyó que corresponde aplicar al *sub lite* el plazo de un año en orden a lo normado por el art. 58 de la Ley de Seguros.

4. Es del caso recordar que la Ley de Seguros establece en su artículo 58 el plazo de prescripción para las acciones. Su texto en la parte pertinente reza: "Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible". Luego con la vigencia de la ley de defensa del consumidor (y en especial con la ley 26.361), esta Sala como gran parte de la doctrina consideraba que la prescripción en los seguros para los consumidores era de tres años (Cfr. esta Sala "Salina, Gladys M. c. BBVA Consolidar Seguros SA del 10/05/2018; "Rodríguez, Gabriel L. c. Segurcoop Cooperativa de Seguros Limitada s/ ordinario", del 03/12/2019, entre otros).

Empero, tras un nuevo análisis de la cuestión a la luz de la vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial que elimina el plazo previsto en el art. 50 LDC para las acciones de los consumidores, entendemos que el plazo de prescripción trienal resultaría aplicable sólo a las sanciones emergentes de la ley de Defensa de Consumidor, pero no a las acciones judiciales como las que aquí se trata. Ello así, importa volver a definir el plazo a seguir en materia de prescripción liberatoria de seguros.

Thomson Reuters

De ahí que en la actualidad calificada, doctrina y jurisprudencia se inclinan en sostener que el plazo de prescripción en este tipo de acciones sea de un año de conformidad con lo previsto por la ley especial (art. 58 ley 17.418) y otros propenden a la aplicación del plazo genérico que establece el art. 2560 del Cód. Civil y Comercial.

5. Ahora bien, en lo que atañe a la controversia que ha suscitado la aplicación del instituto de la prescripción, en particular la determinación del plazo que debe aplicarse a las acciones después de la reforma apuntada, adelantamos que el plazo de un año previsto por la ley especial resulta absolutamente breve y prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados, en tanto resulta contrario a los principios protectorios de los consumidores dispuesto por el art. 42 y art. 75 inc. 22 CN.

Ello así, por cuanto la Constitución es ley suprema o norma fundamental no sólo por ser la base sobre la que se erige todo el orden jurídico-político de un estado, sino también, por ser aquella norma a la que todas las demás leyes y actos deben ajustarse. Esto quiere decir que todo el ordenamiento jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución.

Esta supremacía significa —ante todo— que la constitución es la "fuente primaria y fundante" del orden jurídico estatal. Esto, el colocar a la constitución en el vértice de dicho orden, quiere decir que es ella —desde dicha cúspide— la que dispone cuál es la gradación jerárquica del mismo orden, porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la constitución resigne el primer plano al que estamos acostumbrados, para reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al derecho internacional —sea el general, sea el de los derechos humanos— y/o al derecho de la integración supraestatal y su derivado, el derecho comunitario (cfr. Bidart Campos, German J., Manual de la Constitución Reformada, T. II, P. 333/334, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As., 2000).

Destácase que la Constitución Nacional, en su primera parte, garantiza los derechos de consumidores y usuarios, sin definirlos, en la relación de consumo. Así, su art. 42 reza "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

A ello hay que agregar que: Los Derechos de los Consumidores forman parte de los Derechos Humanos, con lo cual el tema *sub examine* debe ser analizado a la luz de lo expuesto en el art. 75, inc. 22 CN, donde se hace referencia a los Tratados Internacionales y le otorga categoría de norma supralegal (Cfr.Chersi, Carlos (Coordinador), Los Derechos del Consumidor, Capítulo I, Dra. Mariotto, Ediciones Mora, Buenos Aires). Ello implica que el juez ex officio debe realizar un Control de Convencionalidad.

En el marco apuntado, encontrándose los derechos de los consumidores, como uno de los derechos, dentro de los Derechos Humanos, dado que está en juego la dignidad de la persona, la cuestión a decidir no puede soslayar el principio "pro hominis" (en el sentido de la protección integral del ser humano), por aplicación del control de convencionalidad.

Síguese de ello, que si antes esta Sala aplicaba el plazo de la ley consumeril, aplicar un plazo menor, implica una interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y por lo tanto resulta contrario al principio "pro homine" y "pro consumidor" que siempre hemos tenido en cuenta a la hora de decidir.

Por lo tanto, consideramos que al no contar la ley 24.240 con un plazo de prescripción propio para las acciones judiciales, no cabe aplicar fórmulas meramente mecánicas, sino que se tiene que acudir para su valoración al diálogo de fuentes, y a una integración normativa teniendo presente a la Constitución Nacional; los Tratados Internacionales y los fundamentos del Cód. Civil y Comercial, que determina que las normas tuitivas de los consumidores del Código son el "...piso mínimo y... "núcleo duro..." que las leyes especiales no pueden perjudicar, bajo pena de quebrantar el sistema.

Así, dicha integración normativa en defensa de los consumidores, va a hacer escala técnica en el Nuevo Cód. Civil y Comercial que "...recupera una centralidad para iluminar más fuentes..." estableciéndose "... piso mínimos de tutela conforme con el principio más favorable del consumidor..." (Cfr. "Fundamentos"; T. III "Contratos de Consumo"; Punto 1) "Método", subpunto d).

Thomson Reuters

De modo que, por los fundamentos del Cód. Civil y Comercial y por aplicación del art. 1094 del mismo ordenamiento, en cuanto ordena que "...las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor..." (agregando que) "...en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor...". Con lo cual en lo que concierne al plazo de prescripción se cambió el piso mínimo del art. 50 de la ley de defensa del consumidor (tres años) por el piso mínimo del plazo genérico de cinco años previsto por el art. 2560 del Cód. Civil y Comercial (Cfr. Sobrino Waldo A. R. "Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código", LA LEY 25/02/2015 1, LA LEY 2015-A, 1008).

Síguese de ello, que la normativa que resulta más favorable a la consumidora afectada, en virtud de la "integración normativa" y de conformidad con las pautas fundamentales que fija el art. 3 de la ley 24.240, cuando establece que: "Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo (...). En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor", es la que fija el plazo genérico establecido en el art. 2560 del nuevo cuerpo normativo y no el plazo anual dispuesto por la magistrada.

Y ello concretamente implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores, pero ninguna ley especial —como la de seguros— puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema, con lo cual estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de reglas de orden público de protección que se suman a las normas fundamentales de protección del consumidor establecidas en el art. 42 CN, luego las leyes nacionales, provinciales pueden perforar esos mínimos legales (Cfr. "Revista de Derecho de Daños, "Consumidores", Doctrina y Juris. ps. 260/261, Editorial Rubinzal Culzoni 2016-1).

Sobre el particular, es de utilidad referir que el Dr. Ricardo Lorenzetti, bajo el Título de "Conflictos con otras Leyes Especiales", por un lado afirma que la Ley de Defensa del Consumidor tiene "...Prioridad frente a las Leyes Especiales que regulan la actividad del Proveedor", enseñando que "el legislador soluciona un problema que no es de interpretación, sino de jerarquía de normas..." haciendo expresa mención a las leyes referidas a la actividad bancaria, de seguros...".

Y por otro lado, en forma expresa, y específica, bajo el título de "Prioridad en materia de prescripción ..." determina " una solución similar para la jerarquía en la aplicación de normas en materia de prescripción ..." (Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis; Consumidores, Segunda Edición actualizada, "Autonomía del microsistema" p. 49, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009 y "Consumidores, Capítulo Segundo, "Fuentes y Futuro del Derecho del Consumidor"; Acápite V "Conflicto con otras Leyes Especiales que regulan la actividad del Proveedor").

Como se ve, y por aplicación de jerarquía de normas, cabe conferir preeminencia a la normativa consumerista constitucional, por sobre cualquier otra ley general o especial.

No se ignora que el art. 2532 del Cód. Civ. y Comercial dispone que "En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria" y que ello podría dar lugar a interpretar que el art. 58 de la L.S se trata de una norma específica que desplaza la regulación del art. 2560 del Cód. Civ. y Comercial.

No obstante, ha de considerarse que dicha interpretación desatiende los principios y normas del Cód. Civ. y Comercial, cuando afirma a través del art. 1094 y de los Fundamentos que las normas del Código son el "piso mínimo" y el "núcleo duro" de protección al consumidor. De ahí que las pautas de las disposiciones específicas solamente resultan aplicables cuando respeten ambos lineamientos (conf. Waldo Sobrino, "Seguros y el Código Civil y Comercial", t° 1, p. 744, ed. Thomson Reuters LA LEY, Buenos Aires, 2016), circunstancia que no ocurre con la regulación del art. 58 de la Ley de Seguros, razón por la cual habrá de estarse al plazo establecido en el art. 2560 del Cód. Civ. y Comercial.

Ello así, desde que el art. 1094, en su segunda parte, resulta por demás esclarecedor al señalar que en caso de duda sobre la interpretación del Cód. Civ. y Comercial o de las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor.

Así, en función de una interpretación funcional desde la perspectiva que ofrecen los arts. 42 y art. 75, inciso 22 CN; art. 50 y 3 de la Ley de Defensa del Consumidor: arts. 2, 3 y 1094 y del Cód. Civ. y Comercial y ccs., juzgamos aplicable en materia de prescripción el plazo de cinco años previsto por el art. 2560 Cód. Civ. y Comercial.

6. Por último, para así decidir no se soslaya la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en el fallo "Buffoni, Osvaldo Omar. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios". No obstante juzga este Tribunal, que lo allí decidido lo fue en contexto distinto al debatido en autos, tal como señala el pormenorizado análisis de la Sra. Fiscal, cuyos fundamentos se comparten y al que remitimos en orden a la brevedad.

Thomson Reuters

7. Por lo expuesto, se resuelve: Revocar el pronunciamiento apelado en cuanto admitió la defensa de prescripción opuesta por la demandada, con costas de ambas instancias por su orden en función de los criterios disímiles sobre la materia. (CPr: 69).

Notifíquese (Ley N° 26.685, Acs. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Acs. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Rafael F.Barreiro. — Ernesto Lucchelli Alejandra N. Tevez* (con el agregado que sigue).

La doctora *Tevez* dijo:

La solución a la que arriba la Sala (aplicación del plazo genérico de cinco años previsto en el art. 2560 del Cod. Civ. y Comercial) es conteste no solo con la posición de una parte de la doctrina especializada, sino, adicionalmente, con el criterio exhibido por recientes pronunciamientos judiciales en supuestos similares al que aquí se examina (cfr. sentencia del 10 de mayo de 2018 de la Primera Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, en autos "Nuñez, Fabián c. Triunfo Coop. De Seguros Ltda. p/ D. y P."; fallo del 5 de diciembre de 2019 de la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes, Pcia. de Buenos Aires, en autos "Vega, Adriana L. M. y otro c. Antártida Compañía Argentina de Seguros s/ daños y perj. Incump. Contractual"; y Sanchez, Marina Lilén - Torres Cavallo, Jaime A., "La prescripción en las acciones derivadas del incumplimiento del contrato de seguros. Un reciente pronunciamiento judicial en Mendoza", LA LEY Gran Cuyo 2018 [diciembre], 3 - RCyS 2019-III, 46). — *Alejandra N. Tevez.*

Aplicación del plazo de prescripción quinquenal a contratos de seguros aplicables a consumidores

Un abordaje *pro homine*

María Agustina Otaola (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El contrato de seguro aplicable a consumidores.— III. La ley 24.240.— IV. La prescripción en las acciones emergentes de la LDC.— V. El principio *in dubio pro consumidor* como regla de interpretación.— VI. Consecuencias de la aplicación de la LDC en materia de seguros.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

En fecha 05/03/2020, la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se expidió en la causa "Sittner, Nélida Elida c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario - expte. civ. N.º 15.767/2018".

En particular, se controvirtió cuál es el plazo de prescripción aplicable a los contratos de seguros. La apelación tuvo lugar en razón de haber resuelto el *a quo* que el plazo de prescripción aplicable era de un año, de conformidad con el art. 58 de la Ley de Seguros.

(*) Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magíster en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Máster en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Ex becaria de posgrado (CONICET). Docente adjunta de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Thomson Reuters

La parte actora postuló la aplicación del plazo trienal previsto por la Ley de Defensa del Consumidor, mientras que la demandada aseguradora mantuvo que se imponía el plazo anual de la Ley de Seguros, por ser ley especial.

En consecuencia, en primera instancia se hizo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la parte demandada, en razón de haber transcurrido más de un año desde que la prestación se tornó exigible.

Al respecto, cabe recordar que el tema ha suscitado desencuentros en la doctrina. Mientras que algunos sostienen la plena aplicación de la Ley de Seguros, hay quienes sostienen que, configurada una relación de consumo, corresponde la aplicación de la ley 24.240 (en adelante, LDC) **(1)**.

Con respecto a nuestro más Alto Tribunal, en el precedente "Buffoni", de fecha 08/04/2014, juzgó inaplicable la LDC frente a un contrato de seguros. En consecuencia, la Corte Suprema sostuvo: "Que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro"; asimismo, precisó: "...sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa 'Cuello' y CS, Fallos 330:3483)" **(2)**.

Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F señaló: "no se soslaya la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en el fallo 'Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios'. No obstante, juzga este tribunal que lo allí decidido lo fue en contexto distinto al debatido en autos, tal como señala el pormenorizado análisis de la Sra. fiscal, cuyos fundamentos se comparten y al que remitimos en orden a la brevedad".

II. El contrato de seguro aplicable a consumidores

En el fallo que se comenta, la Cámara precisó que, luego, con la vigencia de la LDC (y en especial con la ley 26.361), gran parte de la doctrina consideraba que la prescripción en los seguros para los consumidores era el plazo previsto en la ley 24.240.

Corresponde puntualizar a qué nos referimos cuando hablamos de contrato de seguros aplicable a los consumidores. El contrato de seguros se encuentra regulado por su propia ley específica: la ley 17.418, cuya aplicación es preferente frente a la normativa general de contratación. Esto implicó que un importante sector de la doctrina entendiera que no resulta aplicable la ley 24.240 cuando se encuentra configurado un contrato de seguro. Lo llamativo es que nos encontramos ante dos regímenes de carácter particular y de aplicación preferente (no excluyente) a la legislación general. Cabe preguntarnos, entonces, qué

(1) Entre los primeros: STIGLITZ, Rubén - COMPIANI, María Fabiana, "Un trascendente y necesario pronunciamiento de la Corte en materia de seguros", LA LEY, 2014-C, 38; LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo, "Defensas oponibles al tercero en los seguros de responsabilidad civil", LA LEY 2014-C, 145; SAPPIA, Candelaria - MORENO, María de las Mercedes, "La función social y económica del contrato de seguros automotor a la luz de los nuevos criterios jurisprudenciales", en Congreso de Seguros. Córdoba, 2014; entre otros. En la segunda corriente se inscriben: SOBRINO, Waldo A., "Adiós 'Buffoni': la inaplicabilidad de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Sistema Argentino de Información Jurídica, SAIJ, 2014; GHERSI, Carlos, "El seguro y la aplicación de la Ley del Consumidor", Revista Jurídica, UCES; SHINA, Fernando, "Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del tercero expuesto en el Código Civil y Comercial. La acción directa de las víctimas contra las aseguradoras", SAIJ.

(2) 08/04/2014, "Recurso de hecho deducido por La Perseverancia Seguros SA en la causa 'Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios'", AR/JUR/6035/2014.

Thomson Reuters

normativa debe prevalecer cuando el contrato de seguros configura una auténtica relación de consumo.

Como señala Ghersi: "la Ley del Consumidor también es de especificidad, pues aborda mínimamente el contrato de consumo que, como dijimos, es una tipicidad legal y que en determinados casos es una especie de contrato de seguros. Quiere decir que en estos casos hay absoluta compatibilidad normológica entre dos leyes especiales, una respecto de la materia y otra respecto de la tipicidad contractual" **(3)**.

Para el autor citado, la categoría de los contratos de seguros que resultarían alcanzados por la LDC sería la de los realizados mediante estructuras de adhesión, donde la asimetría de poder con el usuario impide cualquier tipo de negociación, de tal forma que la empresa estructura su contenido económico y jurídico prescindiendo de la participación del usuario, que solo asiente con el negocio y, por esta misma razón, es protegido **(4)**. Cabe aclarar que en la actualidad la inmensa mayoría de los contratos de seguro son celebrados mediante cláusulas de adhesión.

Amén de lo señalado, debe consumarse la figura del consumidor en la relación seguro- tomador, tal como se encuentra definido en el art. 1º de la LDC: "*Objeto. Consumidor. Equiparación.* La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

En autos "Lavarello, María Antonieta c. Caja de Seguros SA", la Corte Suprema de Mendoza puntualizó: "La relación de consumo se da plenamente en el contrato de seguro, aun colectivo como en el presente, en tanto si bien la principal —DGE— aparece como tomadora del mismo, es claro y evidente que no lo hace por su propio interés, asegurando su patrimonio, sino en el interés de quienes desempeñan tareas en su ámbito, como el caso de la parte actora. Ello así, hasta tanto el asegurado, que sí actúa en interés propio, no adhiera a las cláusulas convenidas entre asegurador y tomador, concretamente el contrato de seguro no nace. En tal inteligencia es que resulta plenamente de aplicación lo normado por el art. 1º de la ley 24.240 ya que el tomador (DGE) actúa como un simple intermediario de los intereses de las partes y, el asegurado, evidentemente adquiere un servicio, cual es el seguro, de una empresa dedicada a tal fin de modo tal que se encuentra comprendida en las previsiones del art. 2º de la citada norma legal" **(5)**.

En consecuencia, en tanto el tomador del seguro lo contrate en beneficio propio o de su grupo familiar o social, se configura la noción de consumidor prevista en el art. 1º de la LDC. La aseguradora, por su parte, siempre estará comprendida en el art. 2º de la normativa consumeril, por ser una persona jurídica que desarrolla de manera profesional la prestación y comercialización de servicios de seguros destinados a consumidores o usuarios.

III. La ley 24.240

El marco jurídico de la relación de consumo en la Argentina se encuentra integrado, ante todo, por la ley 24.240, sancionada el 22/09/1993 y promulgada el 13 de octubre del mismo año, siendo su reforma más sustancial la introducida mediante la ley 26.361, sancionada el 12/03/2008, que reformó el concepto tanto de consumidor como de proveedor; incorporó el deber de trato digno en el art. 8º bis; modificó el plazo de garantía legal del art. 11; incorporó el daño punitivo en el art. 52 bis y el daño directo en el art. 40 bis, entre otras reformas.

Antes de la sanción de la LDC, los consumidores se encontraban indefensos en gran medida. "Según se desprende de los antecedentes parla-

(3) GHERSI, Carlos A., "El seguro y la aplicación de la Ley del Consumidor", ob. cit.

(4) Ibidem.

(5) SC Mendoza, sala I, 23/03/2012, "Caja de Seguros SA en J. 86.813/12.698 'Lavarello, María Antonieta c/ Caja de Seguros SA p/ cuest. deriv. de contrato de seg. s/ cas.'".

Thomson Reuters

mentarios, [la LDC] tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana" **(6)**.

Sin embargo, cuando se entabla una relación de consumo, el plexo normativo se integra con otras normas aplicables, tanto nacionales como supranacionales. En este último grupo corresponde incluir los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

De tal manera, el art. 3º de la LDC, en lo pertinente, establece: "...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

IV. La prescripción en las acciones emergentes de la LDC

En el fallo *sub examine*, la parte actora postuló la aplicación del plazo trienal previsto por la LDC, mientras que la demandada aseguradora mantuvo que se imponía el plazo anual de la Ley de Seguros, por ser ley especial.

El texto original de la LDC establecía la prescripción trienal de las acciones y sanciones emergentes de la ley consumeril. El art. 50 estaba redactado de la siguiente manera:

Art. 50: "*Prescripción.* Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres [3] años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales".

A posteriori, la reforma introducida por la ley 26.361 modificó el contenido del art. 50 por el siguiente texto:

Art. 50: "*Prescripción.* Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres [3] años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales".

Dicho texto no dejaba lugar a dudas: en un caso como el que se analiza corresponde la aplicación del plazo trienal, por resultar más favorable al consumidor. Así se resolvió en autos "Lavarello, María Antonieta c/ Caja de Seguros SA": "Esta nueva norma ya no puede dejar lugar a dudas. Su letra no permite interpretar que solo se refiriera a las acciones que la LDC prevé, sino a todas las acciones que fijaran 'otras leyes generales o especiales' con lo que aquella discusión pasó a carecer de sentido" **(7)**.

Finalmente, el punto 3.4 del anexo II de la ley 26.994 dispuso modificar el art. 50 por el siguiente texto:

Art. 50: "*Prescripción.* Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres [3] años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas".

(6) CS, 11/12/2001, "Flores Automotores", AR/JUR/4571/2001, decisorio del Alto Tribunal citado en el precedente de la CCont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 12/05/2005, "Publicom SA c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", causa RDC 587-0, sentencia 55, del voto del Dr. Carlos F. Balbín con adhesión de los Dres. Esteban Centanaro y Horacio G. Corti. Citado por TAMBUSSI, Carlos E., "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos", Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, vol. 12, nro. 13, 2014, disponible en http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/38.

(7) SC Mendoza, sala I, 23/03/2012, "Caja de Seguros SA en J. 86.813/12.698 'Lavarello, María Antonieta c/ Caja de Seguros SA p/ cuest. deriv. de contrato de seg. s/ cas.'".

Thomson Reuters

La nueva redacción del art. 50 se refiere únicamente a las "sanciones" emergentes de la LDC, mientras que las acciones quedarían sin un plazo específico de prescripción previsto en la ley consumeril. A propósito de la última reforma, nuestros tribunales vienen entendiendo que el plazo de prescripción aplicable a las acciones emergentes de la LDC es el genérico de cinco años: "La sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, coincidiendo con la fiscal general, entendió que el plazo de prescripción de una acción judicial donde se atribuyen actos contrarios al ordenamiento jurídico sobre las relaciones de consumo, como son la violación al deber de información y el cobro indebido de sumas de dinero, de acuerdo a lo previsto por el art. 2560 del Cód. Civ. y Com., es de 5 años" **(8)**.

Esta última interpretación es la que realizó la Cámara al resolver el fallo que se analiza: "Empero, tras un nuevo análisis de la cuestión a la luz de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial que elimina el plazo previsto en el art. 50, LDC, para las acciones de los consumidores, entendemos que el plazo de prescripción trienal resultaría aplicable solo a las sanciones emergentes de la Ley de Defensa de Consumidor, pero no a las acciones judiciales como las que aquí se trata. Ello así, importa volver a definir el plazo a seguir en materia de prescripción liberatoria de seguros. De ahí que en la actualidad calificada doctrina y jurisprudencia se inclinan en sostener que el plazo de prescripción en este tipo de acciones sea de un año de conformidad con lo previsto por la ley especial (art. 58, ley 17.418) y otros propenden a la aplicación del plazo genérico que establece el art. 2560 del Cód. Civ. y Com.". A continuación, puntualizó: "Adelantamos que el plazo de un año previsto por la ley especial resulta absolutamente breve y prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados, en tanto resulta contrario a los principios protectorios de los consumidores dispuestos por el art. 42 y art. 75, inc. 22, CN".

Finalmente, la Cámara destacó que una solución diferente vulneraría los principios *pro homine* y pro consumidor: "En el marco apuntado, encontrándose los derechos de los consumidores, como uno de los derechos, dentro de los derechos humanos, dado que está en juego la dignidad de la persona, la cuestión a decidir no puede soslayar el principio *pro hominis* (en el sentido de la protección integral del ser humano), por aplicación del control de convencionalidad. Síguese de ello que, si antes esta sala aplicaba el plazo de la ley consumeril, aplicar un plazo menor, implica una interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y por lo tanto resulta contrario al principio *pro homine* y pro consumidor que siempre hemos tenido en cuenta a la hora de decidir".

V. El principio *in dubio pro consumidor* como regla de interpretación

La primera formulación *de lege lata* de este principio se plasmó en el art. 3º del texto original de la LDC, en los siguientes términos: "Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor".

La ley 26.361 reformuló el texto del art. 3º, asignándole el siguiente contenido, en lo pertinente: "...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor".

El Código Civil y Comercial también se refiere al principio en los siguientes términos: art. 1094: "*Interpretación y prelación normativa.* Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

En igual sentido, al referirse a la interpretación del contrato de consumo, el art. 1095 del Cód. Civ. y Com. establece: "El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa".

(8) Disponible en https://www.fiscales.gob.ar/usuarios-y-consumidores/la-camara-determino-que-es-de-cinco-anos-el-plazo-de-prescripcion-de-una-accion-judicial-por-actos-contrarios-a-las-relaciones-de-consumo/.

Thomson Reuters

La consagración del principio *in dubio pro consumidor* es producto de una historia caracterizada por los abusos de la parte más poderosa de estas relaciones, que siempre es el proveedor. Su formulación se plantea en los siguientes términos: "En los casos en los que los consumidores promueven acciones judiciales en defensa de sus derechos, son admisibles todos los medios de prueba sin que corresponda la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de ellos. Asimismo, el juez debe evaluar el comportamiento de las partes para poder determinar si actuaron de buena fe, no incurrieron en abuso de derecho y si cumplieron con las obligaciones impuestas a su cargo por las disposiciones vigentes. Y cuando no tenga elementos de convicción suficientes para tener por verificados o no los hechos discutidos, deberá interpretar el contrato en la forma más favorable al consumidor" **(9)**. "La ley presupone irrefragablemente la situación de debilidad en que se halla el consumidor [...]. De allí que se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor" **(10)**.

La aplicación del principio implica —en un caso como el que se analiza— que en caso de duda se estará siempre a la aplicación de la norma que resulte más favorable al eslabón débil de la relación: el tomador del seguro.

Controvertido el plazo de prescripción aplicable a este tipo de relaciones —entre una norma que establece el exiguo plazo de un año y un cuerpo normativo cuya interpretación conduce a la aplicación del plazo genérico de cinco años—, sin dudas habrá que aplicar este último, en congruencia con el principio desarrollado.

VI. Consecuencias de la aplicación de la LDC en materia de seguros

Como derivación necesaria del razonamiento de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo que se analiza, la ley 24.240 no solo gravitará en el plazo de prescripción, sino también en otros aspectos de la responsabilidad de la entidad aseguradora.

Una de las cuestiones que debemos plantearnos es la aplicación de la responsabilidad objetiva y solidaria del art. 40 de la LDC, que dispone: "*Responsabilidad solidaria*. Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponda. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena".

La aplicación del artículo citado al contrato de seguro implica que el consumidor o usuario puede accionar en forma directa contra toda la cadena de manufacturación de un servicio: elaboración, circulación, distribución y comercialización del servicio del seguro. "Por lo cual sostenemos que por esta vía se puede accionar contra la empresa de reaseguros, e incluso el propio Estado por control en la elaboración de los servicios del seguro, cuando no es ejercido adecuadamente y se producen quiebras en el sistema o fraudes individuales, etcétera" **(11)**.

Otra consecuencia de la aplicación de la LDC en materia de seguros es la posibilidad de solicitar la aplicación del daño punitivo previsto en el art. 52 bis contra la aseguradora, en caso de haber obrado esta con deliberada intención de ocasionar un daño al asegurado, o bien en caso de haber desplegado conductas contrarias al deber de trato digno establecido en el art. 8º bis.

De igual manera, el proveedor del servicio de seguro estará obligado al cumplimiento de las pautas de información, oferta y publicidad previstas en los arts. 4º, 7º y 8º, LDC, y de los modos de recisión contemplados en el art. 10 ter. Mientras que, en caso de duda sobre la interpretación de las cláusulas establecidas en la póliza o en sus anexos o subanexos, estas habrán de interpretarse en el sentido más favorable al consumidor.

(9) BARBADO, Patricia, "La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1: "Consumidores", Rubinzal-Culzoni Edit., p. 210.

(10) STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, "Derechos y defensa del consumidor", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 117.

(11) GHERSI, Carlos A., "El seguro y la aplicación de la Ley del Consumidor", ob. cit., p. 19.

Thomson Reuters

VII. Conclusiones

Previo al fallo que se comenta, algunos autores habían advertido sobre la inaplicabilidad del fallo "Buffoni", por cuanto sus antecedentes y fundamentos se encontraban superados por la doctrina y la jurisprudencia actuales. "Ello era así, dado que se hacía expresa mención a que los contratos eran acuerdos de voluntad entre iguales (art. 1137); que las partes debían someterse a los contratos como a la ley misma (art. 1197); la aplicación del efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199); la utilización de las pautas del Código Napoleón de 1804; etcétera" **(12)**.

Le asiste razón a la Cámara en el pronunciamiento que analizamos cuando subraya que el precedente "Buffoni" fue resuelto en un contexto distinto al actualmente vigente, por cuanto a partir de agosto del año 2015 comenzó a regir un nuevo ordenamiento civil y comercial que regula con especial atención los contratos de consumo y la relación de consumo, estableciendo una serie de principios mínimos que deben acatarse cuando se encuentran en juego derechos de consumidores y usuarios. Asimismo, establece una pauta ineludible de interpretación: "En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor". No caben dudas, entonces, acerca de que la interpretación efectuada por la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial es conforme a derecho, por cuanto el plazo de cinco años de prescripción aplicable conforme a la LDC es más favorable al consumidor que el exiguo plazo de prescripción de un año establecido en la Ley de Seguros.

Como bien señala Lorenzetti, "el derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de derecho privado con base en el derecho constitucional y, por lo tanto, las soluciones deben buscarse dentro del propio sistema ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aun derogatorio de las normas generales" **(13)**. Será derogatorio solo en la medida en que la norma general se contradiga con alguna norma del sistema específico. De lo contrario, se integran ambas normativas a los fines de lograr una solución acorde con el ordenamiento jurídico integralmente considerado.

Idéntica conclusión resulta de los términos del Código Civil y Comercial, al decir en su art. 963: "*Prelación normativa*. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código".

Finalmente, desde una perspectiva constitucional y con base en nuestro ordenamiento jurídico integralmente considerado, se impone la resolución dispuesta en los autos, poniendo el eje de atención y protección en el consumidor y la persona humana. "En definitiva, el principio *pro homine* como criterio de interpretación reclama estar siempre a la norma más favorable a la vigencia de los derechos, es decir, se debe acudir a la más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos" **(14)**.

(12) SOBRINO, Waldo A., "Adiós 'Buffoni'...", ob. cit.

(13) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2009, 2ª ed., p. 50.

(14) 09/11/2015, sumario de fallo: "Jerarquía constitucional, tratados internacionales, principio pro homine", SAIJ SUH0002208.

Thomson Reuters

JURISPRUDENCIA

Thomson Reuters

Thomson Reuters

RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE LA PÓLIZA

Continuación del contrato de prenda. Falta de pago de la cuota. Rescisión automática.

1. — Si bien de las piezas de la póliza acompañadas no se desprende que estuviera pactada la facultad de resolución automática de la póliza por parte de la compañía aseguradora, sí surge ello de los contratos conexados cuando está probada la falta de pago de la prima.

2. — La rescisión automática por falta de pago, sin necesidad de anoticiamiento al asegurado debe estar prevista expresamente en el contrato de seguro. La Comunicación "A" 2591 del 19/09/97 del BCRA, que contiene la "Continuación del contrato de prenda" —cuyos lineamientos sigue el contrato de autos—, dispone que, ante la falta de pago de las cuotas —de la prenda junto con la prima del seguro—, el acreedor puede considerar caducos los plazos acordados sin necesidad de interpelación previa.

3. — Cuando sucedió el accidente, estaba impaga la cuota de la prenda junto con la del seguro, cuyo débito debía hacerse conjuntamente, y esto habilita a explicar la anulación de la póliza, según lo informado por el perito.

4. — Los libros de comercio, si son llevados en legal forma, hacen plena fe entre comerciantes, pero no es así frente al particular no comerciante, y no lo es ni el asegurado ni el tercero víctima del accidente.

CCiv. y Com., Junín, 29/05/2020. - Inchaurraga, Griselda Elba c. Solarza, Carlos Gabriel s/ daños y perj. autom. c/ les. o muerte (Exc. Estado).

[Cita on line: AR/JUR/18273/2020]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

2ª Instancia.- Mercedes, mayo 29 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

I. La sentencia de fojas 670/691 vta. es apelada por la citada en garantía La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA, que expresa agravios mediante la presentación electrónica N° 225802072006266200 de fecha 11/10/2019, siendo contestados por la actora con el escrito de fecha 780/789 vta., digitalizado el día 18/10/2019.

II. 1.- La señora Griselda Elba Inchaurraga promovió demanda contra Carlos Gabriel Solarza y Miguel Galvez, por los daños y perjuicios sufridos con motivo del accidente ocurrido el día 08/11/2013 en el que se vio involucrado la camioneta Volkswagen Amarok dominio ....

Pidió la citación en garantía de la Meridional Compañía Argentina de Seguros SA, teniendo en cuenta que el co-demandado Solarza denunció al momento del siniestro que el vehículo estaba asegurado en dicha compañía mediante póliza N° ...

2.- Se presentó el letrado apoderado de la citada en garantía y opuso excepción de falta de legitimación pasiva de su mandante, fundada en la inexistencia de seguro.

Dijo que el hecho que motiva estas actuaciones no se encontraba amparado por ninguna cobertura contratada con su mandante y que su instituyente, a la fecha del accidente, no revestía el carácter de asegurador de Carlos Gabriel Solarza ni de ninguna otra persona con relación al vehículo Volkswagen Amarok dominio ... Agregó que ni siquiera se encontraba denunciado ante su mandante el supuesto accidente por el que reclama la parte actora.

A todo evento, en razón de que la parte actora había hecho mención a la existencia de una póliza N° ... emitida por su mandante, hizo saber que entre esta última y el señor Carlos Gabriel Solarza habían celebrado un contrato de seguro que amparaba al demandado por responsabilidad civil por el uso del vehículo indicado, instrumentado bajo ese número de póliza, pero que la referida póliza no se encontraba vigente a la fecha del accidente denunciado, esto es al 08/11/2013.

Afirmó que la póliza de mención había tenido una vigencia original pactada entre el 29/11/2012 y el 29/05/2013, y que se anuló antes de la culminación de su vigencia por falta de pago de la prima. O sea, que la vigencia había culminado más de cinco meses antes de la ocurrencia del supuesto accidente.

3.- Se corrió traslado de la excepción, el que fue contestado por la actora, quien solicitó el rechazo de la defensa opuesta y pidió la citación como tercero del Banco Santander Río SA a quien responsabilizó solidariamente por ser el productor de seguro que intervino en la contratación de la póliza de marras y acreedor prendario del vehículo asegurado.

Thomson Reuters

En cuanto a la excepción, la actora, luego de negar afirmaciones de la citada en garantía, dijo, en primer término, que los derechos adquiridos por una víctima de tránsito no podían ser vulnerados por acuerdos establecidos por entidades que, a contrario de la normativa vigente, pretendían eludir responsabilidades a través de artilugios malintencionados.

Afirmó que en la documental acompañada por la citada en garantía se incorporó a Banco Santander Río SA como productor de la compañía de seguros y acreedor prendario del vehículo involucrado en el accidente.

Sostuvo que la citada en garantía no podía plantear la falta de legitimación pasiva por una cuestión administrativa interna, por un lado, ni de su productor de seguros, por otro. Al respecto, dijo que constaba en la documental incorporada por la citada en garantía que el pago de la prima se realizaba por "débito", por lo que la falta de control en el pago de la misma de un vehículo prendado era una negligencia tanto de la citada en garantía como del productor "Banco Santander Río SA"; omisión que no debía perjudicar a terceros.

Indicó que cualquier asegurado que convenía el pago de la prima por un sistema de débito se quedaba tranquilo de que la compañía emisora de la póliza que había contratado mediante el productor y que debitaba de su cuenta, cumplía en debida forma con todos los trámites internos para que su vehículo se encontrara asegurado. Dijo que así lo había creído el demandado, pues al momento del siniestro manifestó que su vehículo estaba asegurado en La Meridional. Y que la falta de denuncia del siniestro por parte del Sr. Salarza no le era oponible.

Mencionó que la documental acompañada por la citada en garantía carecía de la firma del asegurado, Sr. Salarza, y "del ente regulador de las compañías de seguros" (SIC), lo que ponía de manifiesto que era una documentación emanada unilateralmente de la aseguradora, siendo totalmente inoponible a la actora, por lo que se debía tomar como plazo legal el presumido por la ley, o sea un año a partir de la contratación. Aclaró asimismo que en este pleito el contrato principal era un contrato de prenda en el cual el acreedor prendario era el Banco Santander Río SA, el cual a su vez era productor de la aseguradora, siendo el contrato de seguros accesorio al contrato principal.

Concluyó con ello que lo acordado por la aseguradora y el Banco Santander Río SA como productor de seguro y/o acreedor prendario era ajeno al interés de la reclamante, ya que se buscaba la reparación del daño producido por un vehículo sobre el cual no se había ejercido el poder de policía que les competía a ambas entidades.

Afirmó que, de acuerdo a lo expresado, era presumible que el plazo del contrato de seguros debía perdurar el tiempo de vigencia de la prenda, situación que en este caso era inversa, ya que la citada en garantía pretendía oponer la vigencia del seguro por sobre la vigencia de la prenda.

Dijo también que la posición del banco y de la aseguradora era dominante y que sus acuerdos para limitar fraudulentamente sus responsabilidades no debían afectar derechos de terceros. Asimismo, que la rescisión producida por la aseguradora debía cumplir con las pautas establecidas en el art. 18 de la ley 17.418, es decir, dar un preaviso, lo que no se había respetado, incorporando una cláusula abusiva de rescisión automática.

Finalmente pidió la citación como tercero de Banco Santander Río SA, con fundamento en que era responsable solidario del hecho de autos en su condición de productor del seguro y acreedor prendario a lo que se hizo lugar.

4.- Banco Santander Río SA contestó la citación oponiéndose a la misma, argumentando que no se daban los requisitos del art. 94 del Cód. Procesal y que no era responsable solidario del accidente por no ser titular registral ni guardián del automóvil. Reconoció ser acreedor prendario del vehículo y que Solarza se hallaba en mora en el pago de las cuotas del crédito —que debía pagar junto con las de la prima del seguro— desde el 29/04/2013, y que tramitaba la ejecución prendaria en el Juzgado Civil y Comercial N° 10 Departamental. Acompañó copias del contrato prendario. Dijo que lo expuesto por la citada en garantía confirmaba la falta de pago denunciada.

Subsidiariamente contestó la demanda negando todos los hechos expuestos en la misma.

5.- Se corrió traslado de la documentación a la actora, quien contestó reafirmando lo sostenido cuando pidiera la citación y desconociendo la documental.

6.- El demandado Solarza fue declarado rebelde.

7.- Por el demandado Gálvez, frustrada su citación, en expectativa contestó abogado de la matrícula designado al efecto.

8.- Sin resolver la citación de tercero con carácter previo, se abrieron los autos a prueba.

III. Cerrado el período probatorio, se dictó sentencia haciéndose lugar a la demanda interpuesta contra los demandados Solarza y Galvez, rechazando la ex-

Thomson Reuters

cepción de falta de legitimación pasiva deducida por la citada en garantía La Meridional Compañía Argentina de Seguro SA y en consecuencia extendiendo la condena a la aseguradora. Se eximió de responsabilidad a Banco Santander Río SA.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA, entendió el juez —sobre la base de la respuesta brindada en la pericial contable dando cuenta de la existencia de un contrato de seguro con vigencia desde el 29/05/2013 hasta el 29/11/2013 y que el evento dañoso había ocurrido el 08/11/2013—, que la cuestión se centraba en los alcances del instrumento emitido el fecha 29/09/2013 como endoso de anulación (obrante a fs. 625), que encontraría respaldo en el Libro de Registro de Anulaciones al folio N° 487 de Registro de Pólizas anuladas referido por la perito contadora.

Al respecto, el juez realizó dos precisiones.

Una, mediante una cita doctrinaria, según la cual toda decisión de rescindir debía ser fehacientemente anoticiada al asegurado, y que la operatividad de la rescisión y sus efectos se hallaba condicionada al cumplimiento de ello. Sostuvo que la previsión de la póliza de seguros respecto de la posibilidad de rescindir el contrato otorgada al asegurador para el caso de mora en el pago de la prima en modo alguno podía implicar la eliminación del preaviso de la ruptura contractual y, por ende, ante el acaecimiento del siniestro, la compañía que había omitido dar preaviso no queda exonerada de responsabilidad.

La segunda, mediante una cita jurisprudencial según la cual nadie podía preconstituir prueba en su propia ventaja, por lo que en un pleito contra un no comerciante los libros de comercio de su contrario carecían de fuerza probatoria a favor de sus dueños, sin perjuicio de que pudieran ser valorados como un principio de prueba indiciaria, y su eficacia probatoria dependía de las circunstancias del caso y de los demás medios probatorios aportados al proceso.

Respecto del tercero citado Banco Santander Río SA dijo que no era responsable del hecho de autos por no ser titular registral ni guardián del automóvil.

IV. 1.- La citada en garantía sólo se agravia de la no procedencia de la excepción de falta de legitimación pasiva (defensa de no seguro).

Al respecto, en primer lugar, dice que el juez consideró que lo central era expedirse respecto de los alcances del endoso de anulación emitido por la aseguradora el 29/09/2013 y sin embargo nunca se expresó en relación a ello, lo que torna infundada y arbitraria la sentencia. Afirma que el decisorio no cumple con el art. 163 inc. 5 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Dice que el juez sólo ha transcripto dos precisiones de índole procesal y de fondo, para luego plasmar sin más el rechazo de la excepción, sin siquiera hacer referencia a todo el cúmulo de elementos probatorios obrantes en estas actuaciones que demuestran la ausencia total de vínculo contractual entre Solarza y La Meridional Cía. Argentina de Seguros SA.

Recuerda que Solarza adquirió el rodado Volkswagen Amarok mediante un crédito prendario con el Banco Santander Río SA, y dentro del marco de ese crédito se contrató con La Meridional Cía. Argentina de Seguros el seguro de dicho rodado. Afirma que el nombrado codemandado no cumplió con la obligación de pagar la cuota del crédito ni la prima del seguro, y que esta conducta motivó que tanto la entidad bancaria como la aseguradora se desvincularan comercialmente de él.

De lo expresado por el Juez en los distintos párrafos del considerando de la sentencia en el que trató la excepción infiere que el sentenciante plasmó su decisión de rechazar la excepción sin fundamento alguno, ya que sólo mencionó las citas reproducidas y elucubró, a partir de la tergiversación del sentido de un fallo, que la aseguradora pretendió asentar en sus libros contables la anulación de una póliza para deslindarse de responsabilidad.

En tal sentido, expresa que el juez transcribió textualmente sólo el sumario del fallo en el que sustenta su decisión, y que no leerlo en su totalidad llevó a suprimir párrafos relevantes del mismo de los que resulta que el tribunal que lo dictó resolvió que había sido adecuado el tratamiento de todo el material probatorio de la causa, entre ellos los libros contables. Agrega que la forma en la que el "*a quo*" utilizó el sumario del fallo parecería que en el mismo se expresara respecto de la preconstitución de prueba contable, pero nada de eso dice el texto original, el cual termina rechazando el agravio respecto a la prueba contable.

Reitera que se aprecia que el juez nunca se expidió respecto al alcance del endoso de anulación, sino que terminó cuestionando el valor probatorio de los libros contables de la citada en garantía, todo ello con tal de otorgar al hecho una cobertura que nunca tuvo.

Alega que también la falta de congruencia de la sentencia en crisis se vislumbra en que el "*a quo*" sostuvo que la citada en garantía pretendió con la prueba pericial contable anular un contrato celebrado con el demandado Solarza y en un párrafo posterior reconoció que este último se encontraba en mora respecto al crédito prendario.

Thomson Reuters

Detalla que el Juez sostuvo que a la fecha del siniestro —08/11/2013— el Sr. Solarza se encontraba en mora respecto al referido crédito prendario debido a que no había abonado la cuota que venció el día 29/04/2013 y, como consecuencia de ello, tampoco había abonado las cuotas del seguro contratado con La Meridional Cía. Argentina de Seguros.

Dice que surge de la contestación de citación de tercero efectuada por Banco Santander Río SA y del contrato de prenda que acompañó, que conjuntamente con la cuota del crédito prendario se debitaba la cuota del seguro contratado por Solarza con la citada en garantía. Expresa que, entonces, no habiendo abonado las cuotas del crédito prendario, tampoco se abonaron las primas del seguro, ya que una estaba ligada a la otra. Indica que ello quedó acreditado en el expediente sobre ejecución prendaria seguido por la entidad bancaria contra el codemandado Solarza, y que se incurrió en un absurdo al tener por acreditado que el nombrado se encontraba en mora con respecto al crédito prendario pero que el siniestro estaba cubierto por la aseguradora.

Destaca que resulta incuestionable que la prima no estaba paga y que, más allá de la anulación, la falta de pago de la prima suspende de forma automática la cobertura, sin necesidad de intimación. Que así surge claramente de la cláusula de cobranza de premio, de forma tal que no resulta aplicable el art. 56 de la ley N° 17.418 que supone la existencia de una cobertura vigente, por lo que no puede invocarse un eventual incumplimiento del mismo si la vigencia de la póliza se encontraba suspendida.

Afirma que el criterio indicado, es decir, que en los supuestos de falta de pago deviene innecesario que la aseguradora se expida rechazando el siniestro, encuentra apoyatura en reiterados fallos de nuestros tribunales.

Por todo ello solicita que se revoque el fallo recurrido y se haga lugar a la excepción de falta de legitimación opuesta por La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA, rechazando la demanda en su contra, con costas a cargo de la actora.

2.- Como se dijo, la actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la apelante, con la presentación de fojas 780/789 vta., luego digitalizada, cuyos términos doy por reproducidos por razones de brevedad.

V. 1.- Sobre la violación del principio de congruencia.

En la sentencia apelada, el juez ha resuelto rechazar la excepción articulada por la citada en garantía, para lo cual citó doctrina y jurisprudencia referidas a la falta de notificación de la rescisión del contrato de seguros y la fuerza probatoria del dictamen pericial, resolviendo en el sentido indicado debido a que no se notificó al asegurado la rescisión de la póliza y a la insuficiencia de la prueba pericial contable sobre los registros de la propia empresa aseguradora para la acreditación de la anulación de dicho contrato.

De esa manera, se ha dado cumplimiento con lo establecido por los artículos 34 inc. 4 y 163 inciso 5 del Cód. Proc. Civ. y Comercial Y si alguna duda quedara al respecto, por medio de la interposición del recurso por la citada en garantía y del tratamiento de los respectivos agravios por esta Alzada, encuentra resguardo el derecho de defensa de la apelante y se suple cualquier omisión en la que podría haber incurrido el sentenciante, por lo que el agravio en este sentido no tiene acogida (arg. art. 253 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

2.- Sobre la excepción de no seguro.

Cabe en primer lugar señalar - como ha recordado esta Sala (causas N° 114.450, "Lousa c. Maiucci", del 15/09/2015; 115.223, "Berlingo c. Livolsi", del 07/04/2015; también mi voto en causa N° 4867 del 16/07/2019, "Ferreyra c. Reyes", de la Sala 3) - que la tesis de la inoponibilidad de las cláusulas del contrato de seguro al tercero víctima de un accidente de tránsito ha sido rechazada en varias oportunidades por la casación provincial sobre la base de que el art. 68 de la ley 24.449 remite a "las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora" y a que el art. 118 de la ley 17.418 prescribe que las aseguradoras deben responder "en la medida del seguro" (Ac. 83.726 del 05/05/2004; C. 94.988 del 23/08; AC 104.106 del 03/11/2010; C. 98.401 del 22/06/2011; C. 102.992 del 17/08/2011; C. 205.026 del 21/09/2011; C. 106.051 del 15/07/2015; C 114.424 S 27/09/2017, entre otras; también: CC0002 AZ 63411 S 06/05/2019; CC0002 QL 18572 S 19/12/2017; CC0203 LP 112392 RSD-114-10 S 17/08/2010).

A su vez, la misma doctrina es la sostenida por la Corte Suprema Nacional en varios fallos ("Villarreal" y "Nieto" del 08/08/2007, "Fara" del 07/08/2007, "Cuello" del 07/08/2007 - JA, 2007-IV-741; "Obarrio" y "Gauna" del 04/03/2008 - LA LEY, 2008-B, 402). En estos últimos, la CSJN descalificó por arbitrariedad el plenario del "Obarrio" de la CNCiv. por el cual se había resuelto que era inoponible la franquicia de la cobertura a los terceros damnificados. Y nuevamente, en los fallos "Buffoni c. Castro" del 08/04/2014 (Fallos: 337:329) y "Flores, Lorena c. Giménez, Marcelino" del 06/07/2017 (Fallos: 340:765).

Thomson Reuters

En este último fallo expresamente dijo la Corte Nacional que no obstaba a la aplicación de la oponibilidad del contrato de seguro al tercero damnificado el agregado que la ley 26.361 había hecho al último párrafo del art. 1 de la ley 24.240 - "a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo" —porque se trataba de relaciones obligacionales distintas.; "ambas obligaciones poseen distintos sujetos tienen distinta causa 'en una la ley, en la otra el contrato' y distinto objeto— en una la de reparar el daño, en la otra garantizar la indemnidad del asegurado".

Destaco que la ley 26.994 - que aprobó el nuevo Cód. Civ. y Comercial - en el Anexo II modificó el art. 1 de la ley 24.240, eliminó la ampliación del concepto de consumidor que introdujera la ley 26.361. A su vez, el art. 1092 del nuevo Código guarda coherencia con dicha modificación. Es decir, queda definitivamente en claro que el tercero no es consumidor (es evidente que estas modificaciones han sido motivadas por los precedentes de "Cuello", "Obarrio" y "Gauna" de la Corte Nacional). Por otra parte, los arts. 1021, 1022 y 1024 del Cód. Civ. y Comercial mantienen el efecto relativo de contratos, que preveían los arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil. y que fuera uno de los argumentos de la CSJN para descalificar la tesis de la inoponibilidad al damnificado en los fallos arriba citados.

Sentado lo expuesto, la cuestión a dilucidar es si la póliza que unía al demandado Solarza con la Meridional Seguros SA estaba o no vigente cuando ocurrió el siniestro (08/11/2013).

Comienzo por señalar que si bien en noviembre de 2013 (fecha del accidente) existía un nuevo número de póliza N° ... con vigencia desde el 29/05/2013, se trataba de la renovación de la originalmente emitida —N° ...—, como surge claramente del certificado que en copia obra a fs. 535 acompañado por la perito contadora. Siendo ello así, es lógico que la anulación fuera de la póliza original (fs. 534 y 626/27).

La prueba pericial contable (fs. 531/36 y 554), sobre la base de los libros de la aseguradora, da cuenta de la existencia de la póliza del 29/05/2013 al 29/11/2013, pero que fue "anulada" el 29/09/2013. Dice que al 08/11/2013 no estaba vigente por falta de pago pero sin dar ninguna precisión acerca de la forma de pago de la prima. Al pedido de aclaraciones de la actora, la perito contestó que en el "endoso de anulación" (obrante en el Registro de Pólizas Anuladas) figuraba "anulación automática" (fs. 625/28). Por lo tanto, siguió sin aclarar lo señalado precedentemente.

Volviendo al valor probatorio del informe pericial contable, debe tenerse en cuenta que los libros de comercio, si son llevados en legal forma, hacen plena fe entre comerciantes (art. 63 del Cód. de Comercio vigente a la fecha del hecho), pero no es así frente al particular no comerciante, y no lo es ni el asegurado ni el tercero víctima del accidente. La jurisprudencia siempre entendió que en estos casos los libros del comerciante sirven sólo como indicio o principio de prueba (CC0103 MP 157480 130 S 17/07/2015; CC0103 LP 250883 RSD-191-9 S 27/10/2009 Juez LAVIE; CC0001 QL 2783 RSD-81-99 S 07/10/1999; CC0101 MP 105276 RSD-184-98 S 20/06/1998), criterio que ha sido receptado por el Cód. Civ. y Comercial, que en su art. 330 penúltimo párrafo dice que "sólo sirve como principio de prueba de acuerdo a las circunstancias del caso".

Es decir, lo que se desprende de los libros de comercio debe corroborarse con otros medios de prueba.

Al presentarse el citada como tercero Banco Santander Río SA acompañó copias simples de la cuenta de Carlos Gabriel Solarza y de un legajo prendario conteniendo documentación de una prenda con registro (fs. 257/96), de donde surge que la prima del seguro debía pagarse junto con la cuota de la prenda por débito automático y que a partir del mes de mayo dejó de pagarse por no existir fondos.

Al correrse traslado a la actora, negó en forma genérica "los puntos referidos por la tercera Banco Santander Río, sin perjuicio de los que expresamente reconoceré", y a continuación desarrolló una argumentación para fundar la responsabilidad solidaria del banco apoyada en esa documentación acompañada copia (fs. 305/08). Su argumento fundamental fue que, dada las características de la contratación de la aseguradora (impuesta por el banco como acreedor prendario y productor) era corresponsable de la falta de pago de la prima, lo que no le era oponible a su parte (tercera damnificada), argumentación reiterada al contestar los agravios. Si a ello se suma que la citada en garantía se apoya en lo dicho por el banco, debe darse por acreditada que las copias acompañadas por esta entidad se corresponden con la documentación auténtica (arg. arts. 354, 356 y 484 CPC).

Surge de la misma que el automóvil de autos se compró con un crédito prendario otorgado por Banco Santander Río SA bajo la condición de que el mutuario contratara dos tipos de seguros: uno de vida (para garantizar el pago del crédito en caso de muerte o invalidez total y permanente) y un seguro sobre el bien prendado con "cobertura mínima" de "terceros completo". En la misma solicitud de crédito se incluyó un pedido de "débito automático" de las cuotas y/o cuotas adicionales de la cuenta única del solicitante en el banco (fs. 279). A fs. 292/95 obra la copia del contrato de prenda con registro. Figura en el mismo en la cláusula 4 lo siguiente: "El deudor autoriza al banco a contratar el seguro del bien prendado a través de

Thomson Reuters

la Compañía que ha seleccionado en la solicitud de crédito suscripta...(V) Se tendrá por automáticamente rescindido el seguro por mora del asegurado desde las 0 hs. del día siguiente al del vencimiento de la cuota impaga, según las cláusulas de cobranza de la póliza. El seguro del bien será abonado mensualmente en el Banco. (vi) El deudor acepta en forma expresa e irrevocable que el Banco le cobre las primas, premios, gastos e IVA que la gestión de seguros ocasione por la correspondiente contratación de los mismos. A tal fin autoriza para que el Banco incluya en las liquidaciones mensuales dichos importes".

Más adelante dice: "13. En caso de producirse cualesquiera de las circunstancias abajo indicadas, el Banco podrá considerar caducos todos los plazos: a) Falta de pago de una cuota a su vencimiento. B) Falta de cumplimiento de cualquier otra obligación asumida por el deudor con el Banco, las que resultan del presente contrato y en particular por la falta de cobertura de los seguros... 14. En caso de producirse alguna de las circunstancias mencionadas en la cláusula anterior, la mora ocurrirá de pleno derecho y sin necesidad de interpelación previa alguna...".

Asimismo, del extracto de la caja de ahorro surge que en las fechas 25/01/2013, 19/02/2013 y 26/04/2013 se debitaron cuatro sumas por "préstamos prendarios" de valores similares (fs. 268/69), y a fs. 279 obra un resumen del "préstamo automotor" del período "15/01/2013 al 14/05/2013, donde figura pagada hasta la cuota 10/60 y a partir de la cuota 11/60 "impago". Es decir, a partir de mayo/13 no se debitó la cuota del préstamo por falta de fondos, como surge del extracto de cuenta del período 15/05 al 13/09/2013 (fs. 271/72).

A su vez, la cuota inicial (comprensiva de seguro de vida, IVA y gastos adm.) era de $3540. Pero a esto debía sumarse el monto del "seguro aprox" (sic) ($996,27) (fs. 289), O sea, un total de $4.536, que era aproximadamente (con alguna variación) el monto total que se debitaba de la cuenta bancaria en concepto de "préstamos prendarios" conforme a los extractos referidos.

Todo ello corrobora que cuando fue el accidente de autos (08/11/2013) estaba impaga la cuota de la prenda junto con la del seguro, cuyo débito debía hacerse conjuntamente, y esto habilita a explicar la "anulación" de la póliza el 29/09/2013 según lo informado por el perito. Aclaro que pongo entre comillas "anulación" porque en realidad se trata de rescisión unilateral del contrato (art. 32 ley 17.418).

Y aquí es necesario preguntarse si la compañía de seguros tenía facultades para resolver el contrato en forma automática sin necesidad de interpelación alguna al asegurado.

No surge ello de ningún lado del contrato del seguro (conf. lo acompañado a fs. 72/76 por la citada en garantía, ni de la pericial contable. Tampoco lo contemplan expresamente los arts. 31 y 32 de la ley 17.418.

En efecto, dice Domingo López Saavedra que, en la práctica, las cláusulas de cobranza del premio que se utilizan en el mercado asegurador prevén que transcurridos 60 días desde que se suspendió la cobertura por falta de pago del premio sin que el asegurado lo haya efectuado, el contrato de seguro "quedará automáticamente resuelto de pleno derecho por el simple vencimiento del plazo y sin necesidad de interpelación extrajudicial o judicial alguna" ("Ley de seguros 17.418 comentada", LA LEY Bs. As., T. I, 2ª ed. actualizada, 2012, ps. 238 y 240). Pero ocurre que en el caso en las piezas de la póliza acompañadas no figura esa cláusula tan habitual.

Isaac Halperín, por su parte, dice que la mora en el pago de la prima autoriza la rescisión con cita del art. 32 de la LS., pero no aclara si debe preavisarse o, siquiera, notificarse al asegurado ("Seguros", Depalma, Bs. As., 1983, 2ª ed. actualiz., p. 412).

Rubén S. Stigltiz, en cambio, dentro del capítulo sobre obligaciones del asegurado - pago del premio dice que la LS disciplina el derecho del asegurado a rescindir el contrato por falta de pago (con cita del art. 32), y a continuación dice: "El régimen de la rescisión ha quedado librado a la voluntad de las partes", y agrega: "De manera que cobra amplia operatividad el sistema diseñado por cada entidad en la redacción de cobranza del premio". Cuando entra a analizar la "mecánica de la rescisión" expresa: "La decisión de rescindir debe ser notificada al asegurado. Salvo que las partes acuerden lo contrario, la denuncia del siniestro requiere de un preaviso de un mes". Dejando de lado la hipótesis particular de que se haya concedido crédito para el pago de la prima (art. 30 párr. 3° y art. 31 párr. 2° y 3°) —que no es el caso de autos— dice este autor (citado por el "*a quo*" en la sentencia apelada): "Debe quedar claro que la operatividad de la rescisión y de sus efectos se halla condicionada al anoticiamiento que efectúe el asegurador al tomador" (con cita de un fallo del Tribunal Colegiado de Resp. Extracontractual de Santa Fe N° 4 pub. en LA LEY Litoral, 1998-I-848, que de su lectura se desprende que fue sobre circunstancias de hecho muy distintas al presente).

La conclusión que se extrae de la lectura de los autores especialistas en derecho de seguros es que la rescisión (mejor dicho, resolución) automática por falta de pago, sin necesidad de anoticiamiento al ase-

Thomson Reuters

gurado debe estar prevista expresamente en el contrato de seguro. Es que se trata nada más ni nada menos que de lo previsto por el art. 1204 del Cód. Civil (vigente a la fecha del caso en juzgamiento), que establece que para que la resolución produzca efectos de pleno derecho debe estar pactada expresamente (pacto comisorio expreso); de lo contrario debe intimarse el cumplimiento (norma reiterada en el art. 1088 del Cód. Civ. y Comercial). El mismo López Saavedra dice que normalmente las cláusulas de las pólizas hacen referencia a los arts. 652 y 1204 del Cód. Civil (ob. cit., p. 240, nota 429).

O sea, es de base contractual, pero aquí la póliza no lo contempla, pero resulta que, en el caso la contratación del seguro se hizo por la modalidad de contratos conexos.

Este tipo de contratos vinculados son muy complejos. Actualmente están regulados en los arts. 1073 a 1075 del Cód. Civ. y Comercial, pero ya la doctrina los venía tratando (especialmente: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999, dictamen de Comisión N° 3; Weingarten y Ghersi, "Los contratos conexazos", LA LEY, 1997-F, 1348; Tobías y Lorenzo, "Complejo de negocios unidos por nexo", LA LEY, 1996-D, 139; CCyC, Junín, "Andreoli c. Montanari SA", 17/10/2019; elDial.comAAB9ES; CNCiv., Sala M, "Van Thienen c. MB Desarrollos inmobiliarios S.S.", 11/03/2018; CNCom., Sala A, 21/04/2003; JA, 2003-IV-863, con comentario de Stiglitz, Rubén S.., "Coexistencia de contratos bancarios y de seguros: contratos vinculados"; Bueres, Alberto J. (Dir), "Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis doctrinaly jurisprudencial", Hammurabi, Bs. As. T. 3-C, 2018, p. 315; Alterini, Jorge, "Código Civil y Comercial Comentado", T. V, LA LEY, 2015, p. 643).

La cuestión es que estas modalidades de contratos conexos han dado lugar a distintas regulaciones (v.g.: en materia de ahorro previo para fines determinados, Resolución General 26/2004 de la IGJ, Anexo).

Una de ellas es precisamente el caso que nos ocupa. En efecto, el BCRA mediante la Comunicación "A" 2591 del 19/09/1997 (no derogada ni modificada según surge del sitio oficial www.infoleg.gob.ar) dirigida a las entidades financieras sobre "Pautas mínimas del contrato de crédito con garantía prendaria sobre automotores" "de aplicación obligatoria en la instrumentación de las financiaciones que se acuerden a personas físicas a partir del 01/01/1998 para la adquisición de automóviles nuevos o de los créditos prendarios que se adquieran a personas del sector privado no financiero, de acuerdo con las normas establecidas en la Comunicación "A" 2586.".

Contiene esta Comunicación un Modelo de "Continuación del contrato de prenda", que, si se lo confronta con el contrato de prenda con registro acompañado en autos por el tercero Banco Santander Río que sigue sus lineamientos. En lo que aquí interesa la facultad del acreedor de considerar, ante la falta de pago de las cuotas (de la prenda junto con la prima del seguro), de considerar caducos los plazos acordados sin necesidad de interpelación previa.

La pregunta es si es válido que sea el banco acreedor el que de por caducos automáticamente los plazos de las cuotas del seguro (junto con los de la prenda), o si esa era una decisión que sólo podía tomar la compañía de seguros.

La reglamentación específica del Banco Central de este tipo de contratos conexos lo habilita. Pero lo decisivo es que, precisamente, la particularidad de los contratos conexos es que se relativiza el efecto relativo de los contratos (valga la redundancia). Es decir, el incumplimiento de un contrato puede ser invocado por el cocontratante del contrato conexo (principio receptado por el art. 1075 Cód. Civ. y Comercial). Los contratos nacen conexazos, de manera que el incumplimiento de uno puede inexorablemente acarrear el incumplimiento del otro. En el caso de autos, el pago de las cuotas de la prenda estaba unido a las del seguro desde el inicio, operatoria autorizada (Com. "A" 2591 del 19/09/2017 del BCRA).

Cabe recordar que el demandado asegurado —quien fue citado en autos y quedó rebelde— no cuestionó la validez del tipo de contratación celebrada, y ya hemos visto que la doctrina de la casación provincial y de la Corte Nacional sostienen que el tercero damnificado en un accidente de tránsito no tienen legitimación autónoma para cuestionar el vínculo entre el asegurado y la aseguradora.

En síntesis, si bien de las piezas de la póliza acompañadas no se desprende que estuviera pactada la facultad de resolución ("anulación") automática de la póliza por parte de la compañía aseguradora, sí surge ello de los contratos conexados y hemos visto que está probada la falta de pago de la prima.

Termina de definir la cuestión que de lo que no cabe duda es que cuando ocurrió el accidente el asegurado hacía seis meses que no pagaba las cuotas de la prima del seguro, y en esta materia la doctrina de la casación provincial arriba citada es inexorable: la aseguradora no es responsable del siniestro ante la falta de pago (art. 31 ley 17.418).

Thomson Reuters

VI. Costas.

Si mi voto es compartido, las costas por la intervención de la citada en garantías en ambas instancias deben ser a cargo de la actora en su calidad de vencida (arts. 68, 69 y 274 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En consecuencia, voto por la negativa.

El doctor *Bagattin,* por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Revocar parcialmente la sentencia en cuanto rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía La Meridional Compañía de Seguros SA y en consecuencia hacer lugar a la misma, dejando sin efecto la extensión de la condena a la misma dispuesta.

2°.- Imponer las costas de ambas instancias por la intervención de la citada en garantía a la actora.

Así lo voto.

El doctor *Bagattin,* por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada parcialmente.

Por ello y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, se resuelve: 1°.- Revocar parcialmente la sentencia en cuanto rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía La Meridional Compañía de Seguros SA y en consecuencia hacer lugar a la misma, dejando sin efecto la extensión de la condena a la misma dispuesta. 2°.- Imponer las costas de ambas instancias por la intervención de la citada en garantía a la actora. Regístrese. Notifíquese por medios electrónico (conf. Res. del Presidente de la SCBA N° 10/2020, prorrogada por las nros. 14/2020, 18/2020, Res. SCBA 480/2020 y Res. 535/2020) y devuélvase. — *Emilio A. Ibarlucía.* — *Roberto A. Bagattin.*

Thomson Reuters

PENSAMIENTO JURÍDICO

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Páginas Clásicas

Thomson Reuters

Thomson Reuters

Perfil estructural de la estipulación a favor de tercero (*)

Juan Carlos Rezzónico

Sumario: I. Introducción.— II. Estructura.— III. Interés digno de protección.— IV. Estipulación como cláusula y como acto básico.— V. Sustancia del acto estipulatorio.

I. Introducción

La figura de la estipulación a favor de tercero motiva diversos ángulos de averiguación. Uno de ellos es el de la forma que asume el instituto, en cuanto así se desea aludir a la estructura necesaria a su configuración, asentada en las diversas relaciones que se originan en su funcionamiento.

Junto con ello, penetrar en la cuestión del interés que se requiere en uno de los sujetos —el estipulante— para que cobre validez el acto jurídico a favor de tercero, implica otro interesante aspecto de investigación, no menos que la consideración de la estipulación como cláusula o como acto básico. Por último, adquiere particular relieve la problemática relativa a si se está en presencia de un contrato o de otro tipo de relación.

Es nuestro propósito acercarnos a estos temas en los subsiguientes desarrollos advirtiendo, naturalmente, que por la índole misma del trabajo solo constituyen una aproximación y no un tratamiento exhaustivo.

II. Estructura

II.1. Interrelación de vínculos

Se ha expresado con acierto que la figura de la estipulación a favor de tercero es bilateral en su formación y triangular en sus efectos **(1)**, "une opération a trois" —al decir de De Page **(2)**— o "una trinidad necesaria", según expresivas palabras de Josserand **(3)**. Con ello se hace referencia a la relación trilateral formada entre el estipulante, el promitente y el beneficiario **(4)** que en definitiva no ha de significar otra cosa que un cambio de riquezas o valores por persona interpuesta **(5)**.

Naturalmente, por su idiosincrasia, no puede la relación básica, por sí misma, bastar al fin perseguido. El acto jurídico que se desenvuelve allí es solo el antecedente del objetivo total, cual es el beneficio del tercero. En efecto, técnicamente, el acto jurídico a favor de tercero, en cuanto se desarrolla como relación de provisión, no es autosuficiente: contractualmente se perfila como un mecanismo jurídico que funciona en el interior del contrato para dividir sus efectos.

Existe un antecedente primario o normal del sistema, cual es el vínculo entre el estipulante y promitente —ambos son partes en la trabazón fundamental—. A ello se debe agregar una se-

(*) Publicado en LA LEY 1979-D, 882.

(1) JOSSERAND, L. – BRUN, A., "Derecho civil", Bosch, Buenos Aires, 1950, trad. S. Cunchillos y Manterola, t. II, vol. 1, p. 214, n. 297.

(2) DE PAGE, H., "Traité élémentaire de droit civil belge", Bruylant, Brussels, 1934, t. II, p. 588, n. 707.

(3) JOSSERAND, L. – BRUN, A., ob. cit., p. 200, n. 276.

(4) Existe, sin embargo, una situación subyacente que consiste en que el tercero se beneficia con una ventaja que, normalmente, proviene solo del estipulante, que es quien pone en marcha el mecanismo estipulatorio. Resulta claro que el beneficio no ha podido llegar al tercero sino gracias, precisamente, al promisario, quien se ha hecho prometer el beneficio para así trasladarle la ventaja.

(5) DE PAGE, H., ob. cit.

Thomson Reuters

gunda relación que une al obligado con el tercero: es la consecuencia natural de la estipulación **(6)**. A su vez, dicho tercero, si bien desde cierta perspectiva aparece alejado del estipulante, de manera alguna queda apartado de este y continúa ligado a él y al promitente por la propia virtualidad de la figura de tipo triangular, situación que perdurará en el desenvolvimiento del mecanismo hasta agotar sus efectos.

Sucede que, aun cuando hay vínculos distintos, la operación no debe escindirse y la aislación en tramos separados, si bien está plenamente justificada para su mejor estudio, choca con la esencia y la finalidad del instituto. Todo lo contrario: la unidad debe primar como idea general, advirtiéndose que si bien el tercero posee acción directa contra el promitente, ello es porque previamente hubo un vínculo entre dicho promitente y el estipulante y lo allí concertado repercutirá en esa relación directa.

En el sentido indicado, la mención del art. 504 del Cód. Civil puede dejarnos enseñanzas. Dice dicho precepto que el tercero podrá exigir el cumplimiento de la obligación "si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada". "Parece que la aceptación supone un nuevo contrato —dice Puig Peña frente al art. 1257, apart. 2º del Cód. Civil español, similar a nuestro art. 504—; pero, en realidad, está subordinada –o mejor decir, conectada— con el contrato causal entre promitente y estipulante o relación de cobertura. Se infiere de ello que al tercero cabe oponerle las objeciones que brotan de los vicios de la naturaleza o del contenido del contrato causal y, en su consecuencia, actuarán perfectamente las normas de la nulidad, impugnación, *exceptio non adimpleti contractus* y resolución" **(7)**.

II.2. Infraestructura del acto jurídico en favor de terceros

La estipulación en favor de tercero, que al formarse interesa a dos personas, pero en sus resultados engloba a tres, conforma enlaces estructurales diversos tales como la relación de provisión entre el estipulante y el promitente, la relación de valor entre el estipulante y el beneficiario y la acción directa entre el tercero y el obligado. Todo ello lo llama Casals Colldecarrera "infraestructura del contrato a favor de tercero" **(8)**, utilizando un término valorizado por W. Schapp **(9)**.

II.3. Relación de cobertura

La relación de cobertura, también llamada "relación de provisión", recibe en el Derecho germánico la denominación *Deckungsverhältnis*, palabra compuesta de los vocablos *Deckung*: provisión, remesa de fondos, encaje, garantía, seguridad, y *Verhaltnis*: relación **(10)**. Se trata de la conexión fundamental entre el estipulante y el promitente u obligado.

Larenz se refiere a "la relación básica, también llamada relación de cobertura, porque generalmente a través de ella recibe el deudor la provisión equivalente a su prestación" **(11)**, previniendo Enneccerus-Lehmann que "de la relación llamada de valuta se ha de distinguir cuidadosa-

(6) RIPERT, G. – BOULANGER, J. (sobre PLANIOL), "Traité élémentaire", Paris, 1949, t. II, p. 217, n. 624, 3ª ed..

(7) PUIG PEÑA, F., "Tratado de Derecho Civil español", Madrid, 1946, t. IV, vol. 2, p. 70. Además, la peculiar estructura de la estipulación en beneficio de tercero repercute en la formación de la voluntad, que no se exterioriza en forma idéntica para cada uno de los sujetos intervinientes: a) el estipulante y el obligado intercambian su consentimiento (arts. 1137, 1144 y ss., Cód. Civil) para la formación del contrato base, soporte del resto de la operación; b) el beneficiario se limita a aceptar, pero esta declaración de voluntad quita, en principio, la posibilidad de ejercitar el *ius revocandi* (v.: CARBONNIER, J., "Derecho civil", Barcelona, 1960, trad. M. M. Zorrilla Ruiz, t. II, p. 442, parág. 140).

(8) CASALS COLLDECARRERA, M., "Contrato a favor de tercero", en *Nueva enciclopedia jurídica*, Ed. Seix, Barcelona, 1953, t. V. ps. 358 y ss. Más adelante, bajo el rótulo, "Superestructura del contrato a favor de tercero", Colldecarrera estudia los elementos esenciales del contrato a favor de tercero, personales, reales y formales, diferenciables de los elementos internos y que conforman el contorno de la figura (p. 371).

(9) SCHAPP, W. "La nueva ciencia del derecho", Madrid, 1931, trad. J. Pérez Bances, ps. 13 y ss., 40-41 y ss.

(10) PLANCK – STROHAL, "Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch", Berlin, 1914, t. II, parte V, p. 419. V. REZZÓNICO, J. C., "La relación de cobertura en el contrato a favor de tercero (Deckungsverhältnis)", *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de la Plata, t. XXVI, 1967/71, ps. 109 y ss. y en *Gaceta del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, mayo-agosto 1973, n. 60, ps. 39 y ss.

(11) LARENZ, K., "Derecho de obligaciones", Madrid, 1958, trad. J. Santos Briz, t. I, p. 248, parág. 16.

Thomson Reuters

mente la relación causal entre el promitente y el promisario o receptor de la promesa (la relación de cobertura)" **(12)**.

Hedemann se refiere al vínculo entre promitente y promisario diciendo que "es la relación básica consistente en una obligación dineraria, sometida a todas las reglas generales del Derecho de obligaciones" **(13)**. Por último, diremos que dentro de la doctrina italiana expresa Distaso que "la relación entre estipulante y promitente puede considerarse, respecto de la obligación del promitente hacia el tercero, como relación de provisión [*rapporto di provvista*]" **(14)**.

II.4. Relación de valuta

En la relación de valuta o "de valor" —que se designa en Derecho alemán como *Valutaverhältnis* (palabra compuesta de los vocablos *Valuta (Wert)*: valor **(15)** y *Verhaltnis*, relación **(16)**: se está en presencia del vínculo entre el estipulante y el tercero o beneficiario (también llamado en forma conjunta tercero-beneficiario). Se afinca en el contrato base y significa un aumento patrimonial para el tercero —como en los beneficios que adquiere a través del contrato de seguro de vida o en la donación modal o en la renta vitalicia—. Lo corriente será un acrecentamiento patrimonial partiendo del promisario, pero se admite que la disposición parta del promitente o aun de ambos contratantes **(17)**.

En sentido estricto, ningún vínculo de derecho existe entre el estipulante y el tercero, no existen acciones entre ellos o efectos directos, aunque sí consecuencias: "lo que sucede —dicen Roca Sastre y Puig Brutau— es que esta parte ofrece la particularidad de que en ella la sustancia del contrato se bifurca: la prestación va hacia el tercero y lo demás queda en el estipulante. Por tan-

(12) ENNECCERUS, L. – LEHMANN, H., "Derecho de obligaciones", Barcelona, 1954, trad. de B. Pérez González y J. Alguer, 2ª ed., t. II, p. 182, parág. 35, quienes añaden que la relación de cobertura puede tener las más diversas "causas", tales como contrato de seguro, de compraventa, de obra, de donación.

En efecto, la gama de obligaciones que enlazan a estipulante y promitente puede ser diversa, variando según las hipótesis. Como enseña Tartufari, será la naturaleza de cada contrato singular la que determinará los derechos y obligaciones recíprocos entre los contrayentes, pero la circunstancia de que los efectos útiles del contrato estén dirigidos a beneficiar a un tercero y no al promisario no altera las relaciones jurídicas dimanadas del contrato de compraventa, de la donación modal, del contrato de transporte o del seguro de vida a favor de tercero y que cursan entre comprador y vendedor, donante y donatario, remitente y porteador (TARTUFARI, L., "Dei contratti a favore di terzi", Verona, 1889, p. 342, parág. 124).

(13) HEDEMANN, J. W., "Derecho de obligaciones", Madrid, 1958, t. III, trad. J. Santos Briz, p. 108, parág. 12.

(14) DISTASO, N., "I contratti in generale", Torino, 1966, t. II, p. 1031, n. 365, quien señala que dicha relación de provisión justifica que el art. 1413 del Codice Civile permita al promitente oponer al tercero excepciones que aquel pueda extraer de la relación de provisión no ejecutada por el estipulante. Concordantemente, MESSINEO, F., "Contratto nei rapporti col terzo", en *Enciclopedia del Diritto*, v., t. X, p. 206, n. 10.

En este orden de cosas es útil recordar el resultado a que ha llegado la doctrina después de una ímproba labor constructiva de justa aprehensión de los mecanismos estipulatorios. Así explica Casals Colldecarrera: "Hemos indicado que las relaciones entre estipulante y promitente constituyen un contrato perfecto. Efectivamente, este contrato base se celebra por el estipulante en nombre propio —nótese que la pura relación contractual abstracta no puede confundirse con su resultado—; es decir, con el crédito que nacería en cabeza suya en un contrato normal y que nace en cabeza del tercero en el supuesto estudiado; el estipulante sigue siendo el vendedor, por ejemplo, aun cuando se pacte con el comprador, que sigue siendo comprador, la entrega de la cosa a un tercero. Por eso nacen para el estipulante los derechos del contrato base que no hayan sido asignados al tercero, así como le corresponden los deberes de tal contrato base" (CASALS COLLDECARRERA, M., ob. cit., p. 359).

(15) Se admite etimológicamente el origen latino del vocablo "valuta" (v. "Der Neue Brockhaus", Wisbaden, 1968, t. 5, ps. 349 y ss.).

(16) Con la denominación del texto, entre otros: PLANCK –STROHAL, ob. cit., ps. 419 y 421; ENNECERUS, L. –LEHMANN, H., ob. cit., p. 181; LARENZ, K., ob. cit., p. 248, parág. 16; ROCA SASTRE, R. M. – PUIG BRUTAU, J., "Estudios de derecho privado", Madrid, 1948, t. I, p. 227; SPOTA, A. G., "Efectos de los contratos", La Plata, 1959, p. 63, n. 46, e "Instituciones de derecho civil. Contratos", Buenos Aires, 1975, t. III, p. 375, n. 529; BORDA, G. A., "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", Buenos Aires, 1966, t. II, p. 191, n. 1276 bis.

(17) ENNECCERUS, L. – LEHMANN, H., ob. cit., p. 181, parág. 35-IV. Los autores ubican el contrato a favor de tercero al lado de los negocios de transmisión de propiedad, cesión de un crédito, liberación de una deuda, extinción de un derecho real que recae sobre la cosa de otro, eliminación de una desventaja patrimonial, etc.; v.: ENNECERUS, L. –NIPPERDEY, H. C., "Parte general", Barcelona, 1950, t. I, vol. 2, p. 77, parág. 38.

Thomson Reuters

to, no surge acción entre ambos, aunque pueden surgir consecuencias" **(18)**.

II.5. Vínculo directo

Basta con tener presente que el acto jurídico es a favor de tercero, para colegir la importancia que para toda la relación tiene el derecho del beneficiario contra el promitente. Un autor —J. W. Hedemann— denomina este vínculo "relación eje" **(19)**.

El antecedente jurídico del derecho del tercero no es otro que el acuerdo de voluntades entre promitente y estipulante. Hasta tal punto existe esa vinculación que se ha afirmado que "durante toda su duración conservará la marca y sufrirá la influencia de este origen; no se separará jamás del contrato del que ha nacido; ese contrato no es solamente la fuente; es también su medida" **(20)**.

Esta relación, que vincula al promitente y al tercero, adquiere para sí toda la fisonomía inherente a las relaciones entre un acreedor común y un deudor común **(21)**, lo que se explica sin dificultad, teniendo en cuenta las posibilidades y características del vínculo.

a) El tercero adquiere un derecho directo, no derivado, sustantivo y propio, cuya fuente es el acuerdo estipulatorio entre promisario y promitente. Ello queda explicitado claramente en el parág. 328 del BGB según el cual, "Puede por contrato convenirse una prestación a un tercero, con el efecto de que el tercero adquiere directamente el derecho de exigir la prestación [*das der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern]*" **(22)**.

b) Se podría decir con Demogue que, de la existencia del derecho del tercero, *découle naturellement* una acción directa **(23)**. Técnicamente se la ha caracterizado como acción directa anómala **(24)**. Por virtud de este mecanismo, el ter-

(18) ROCA SASTRE, R. M. – PUIG BRUTAU, J., ob. cit., p. 229. Ha observado Messineo que no debe confundirse el contrato a favor de tercero con el contrato "bimembre", en el cual la posición jurídica de uno de los contrayentes en vez de ser asumida, como es normal, por un solo sujeto, se descompone para repartirse entre dos sujetos: uno asume los derechos, el otro las obligaciones. En el contrato a favor de tercero, este es tercero: queda fuera del contrato; en el bimembre existe un tercer sujeto que es parte contractual, con lo que se está en el supuesto de contrato plurilateral (MESSINEO, F., ob. cit., p. 209, n. 61; v. en cambio, N. STOLFI —siguiendo a ZIMMERMANN "Echte und unechte" "Negotiorum gestio"—, "Diritto Civile", Torino, 1932, t. III, p. 177, n. 365; RIERA AISA, L., "Contrato", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1953, t. V, p. 315, quien afirma que el intento de dotar de entidad y virtualidad propias al contrato bimembre no ha tenido éxito y en la práctica no resuelve ni aun siquiera la catalogación, dentro de sus líneas, de los contratos a favor de tercero y contratos a favor de personas que se designarán y algunos otros de perfiles análogos. V.: LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J., "Teoría de los contratos. Parte general", Buenos Aires, 1971, p. 327, n. 5).

(19) HEDEMANN, J. W., ob. cit., p. 108, parág. 12.

(20) LAMBERT, E., "Du contrat en faveur de tiers", Paris, 1893, p. 115, parág. 106.

(21) MESSINEO, F., ob. cit., p. 205, n. 10.

(22) El contrato originario es fuente y medida del derecho del tercero. Bajo este aspecto se ha advertido la situación del tercero beneficiario como afectada de un "flujo" y "reflujo": de dependencia y de independencia —de polos de atracción— respecto del contrato cerrado entre estipulante y promitente. Recibe un reflujo hacia la dependencia en cuanto el contrato base es la fuente y medida del derecho del tercero, y un flujo hacia la independencia, en cuanto dispone de la acción directa (DE PAGE, H., ob. cit., p. 586, ns. 701 y ss., V. "Juris-classeur civil", arts. 1075 a 1145, Paris, fasc. 7 c., 2, 1956, p. 13, n. 80, donde se señala que la interrelación entre derecho directo del tercero y su fuente —contrato base— lleva a situaciones difíciles cuando se trata de conciliar los dos principios fijando sus dominios respectivos, particularmente cuando es menester saber si al tercero le es dado o no prevalerse de las seguridades y garantías anejas al contrato).

(23) DEMOGUE, R., "Tráité des obligations", Paris, 1933, t. VII, p. 177, n. 808; SAFONTAS, S. P., "Estipulación a favor de tercero y acción directa", *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, n. 8-1962, ps. 49 y ss.

La acción del tercero es directa, suya, propia, autónoma: deriva del contrato y le corresponde como si lo hubiere concluido él mismo. No es *actio utilis* —semejante a la del derecho romano, introducida por razones de equidad contra el rigor del derecho civil— ni *actio mandata*, por la que el tercero hubiera de considerarse como *procurator in rem suam* (v. TARTUFARI, L., ob. cit., ps. 366 y ss., parág. 131; DISTASO, N., ob. cit., p. 1030, n. 364.

Inclusive, para el caso de incumplimiento del promitente, el tercero está protegido por una "acción autónoma", que lo releva de la necesidad de pedir auxilio al estipulante; este, sin embargo, posee título para una eventual intervención voluntaria en juicio *ad adiuvandum* (MESSINEO, F., ob. cit., p. 206; LUGO, A. - BERRI, M., "Codice di Procedura Civile", Milán, 1942, p. 131, sobre el art. 105 de dicho cuerpo legal).

(24) LLAMBÍAS, J. J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", Buenos Aires, 1967, t. I, p. 575, n. 478, quien señala que en materia de estipulación a favor de tercero falta o

Thomson Reuters

cero evita tener que ingresar un valor al patrimonio del estipulante y con ello recibir toda la constelación desfavorable que implica el ejercicio de la acción indirecta u oblicua: el tercero actúa a salvo de las pretensiones de acreedores y herederos del estipulante **(25)**. De no ser así, se recorrería un itinerario tortuoso que puede ser fatal al tercero: "los acreedores del estipulante —dice Josserand— podrían hacerse pago con el crédito nacido de la estipulación, pues el tercero no tiene preferencia y debe sufrir la ley del dividendo; además, los herederos del promisario, ejerciendo la mecánica del derecho sucesorio, exigirán, eventualmente, que el capital —v.gr. el capital asegurado— se considere un elemento de la sucesión quedando sujeto como liberalidad a colación y reducción. Así se frustra el designio del estipulante y el beneficio que debía recibir el tercero se convierte en presa de los acreedores o herederos" **(26)**.

III. Interés digno de protección

III.1. Significado del requisito del interés

Un tema destacado del derecho de contratos es el referente a la necesidad de que los actos obligacionales —y muy especialmente los referentes a estipulación a favor de tercero— reconozcan como presupuesto necesario, como condición esencial, un interés patrimonial apreciable en dinero **(27)**.

De ello se deriva la legitimidad de estos interrogantes: ¿no es suficiente y eficaz para reputar válido un contrato a favor de tercero un simple interés de afección, de amistad, de parentesco? **(28)**. ¿No basta que el estipulante, movido por designios altruistas solo quiera beneficiar a otro sin requerir nada para sí, sin estar motivado más que por un interés de afección hacia el tercero? Ello ha sido negado por mucho tiempo en el desenvolvimiento del instituto, afincándose tal postura en los antecedentes del tema **(29)**.

En lo que hace a la estipulación a favor de tercero se trata de un obstáculo similar al que, con mayor amplitud, negó la posibilidad misma del instituto con base en la regla romana *alteri stipulari nemo potest* (nadie puede estipular para otro **(30)**, luego atenuada y excepcionada **(31)**.

III.2. El antecedente de Pothier

Al tratar Pothier las razones del principio de que no se puede estipular ni prometer para otro, parte de la nulidad de la convención, que no se extiende más allá de las partes contratantes y hacia el estipulante, porque no hay un interés apreciable en dinero y no podría entonces nacer una acción de daños por incumplimiento: tal incumplimiento quedaría impune, cosa contradictoria con la naturaleza de la obligación civil **(32)**. Sin embargo, ello solo sucede externamente (*dans le for extérieur*); a este respecto expresa Pothier: "Aunque el interés que yo he tomado no sea un interés apreciable en dinero, no deja de ser un verdadero interés: *hominis enim interest alterum*

puede faltar la cadena de deudas, propia a la acción directa (ejercicio contra el deudor del deudor), pues el tercero no es necesariamente acreedor del estipulante.

Por nuestra parte entendemos que acción directa es la acción derivada necesariamente de la ley, en forma expresa o implícita, que se confiere en circunstancias específicas, no generales, a un sujeto jurídico que actúa a nombre propio y en su interés contra otro a quien no está vinculado previamente por esta causa y contra quien tiene el derecho, al que accede por causa de un tercero, pero sin requerirse recurrir oblicuamente a su concurso para el ejercicio.

(25) MARTY, G. – RAYNAUD, P., "Droit Civil", Paris, 1962, t. II, vol. I; p. 239, n. 265; uniformidad en doctrina.

(26) JOSSERAND, L. – BRUN, A., ob. cit., p. 215, n. 299; CARBONNIER, J., ob. cit., ps. 446 y ss., parág. 140; ROCA SASTRE, R. M. – PUIG BRUTAU, J., ob. cit., ps. 228 y ss.

(27) IHERING, R., "Del interés de los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias", Buenos Aires, 1960, trad. A. González Posada, ps. 9 y ss.; v. art. 1169 y su nota, Cód. Civil.

(28) V. TARTUFARI, L., ob. cit., p. 114, parág. 48.

(29) TRABUCCHI, A., "Instituciones de derecho civil", Madrid, 1967, trad. L. Martinez-Calcerrada, t. II, ps. 10 y ss., n. 211.

(30) ULPIANO, *Digesto*, lib. XLV, tít. I, ley 38, parág. 17.

(31) "Nadie puede, según arriba se ha dicho —dice un pasaje de la Instituta de Justiniano— estipular para otro; pues las obligaciones de esta clase han sido inventadas para esto, para que cada cual adquiera para sí lo que le interesa; y por lo demás, nada importa al estipulante que se dé a otro" (Lib. III, tít. XIX, "De inutilibus stipulationibus", parág. 19, en "Cuerpo del derecho civil romano", Barcelona, 1889, trad. I. L. García del Corral, t. I, p. 109.

(32) POTHIER, R. J. – BUGNET, J. J., "Oeuvres de Pothier", Paris, 1861, t. II, ps. 32 y ss., n. 54.

Thomson Reuters

hominem beneficio offici **(33)**; y este interés de pura afección para ese tercero, me da un derecho suficiente para exigiros en el fuero de la conciencia el cumplimiento de la promesa que me habéis hecho para ese tercero, y para haceros culpable si rehusáis cumplirla, cuando tenéis el poder de hacerlo y el tercero quiere aceptar lo que me habéis prometido darle. Es cierto que no podría exigiros en los tribunales daños y perjuicios si faltáis a vuestra promesa, no siendo mi interés apreciable en dinero y no pudiendo por consiguiente ser objeto de una condena: pero ese poder que tenéis de faltar impunemente en el fuero exterior es un obstáculo a la obligación civil, pero no impide la obligación natural" **(34)**.

En suma, a través de sucesivos desarrollos, Pothier justifica el principio romano "*alteri...*" ya que hay falta de interés en el estipulante. Además, aún siendo nula la estipulación producirá una obligación natural; hasta puede llegar a ser civilmente eficaz cuando la ventaja para el tercero deriva de una condición que el estipulante hace para sí (*in conditione*) o del cargo de una liberalidad hecha por el estipulante al promitente (*in modo*) **(35)**.

III.3. Evolución posterior

Esta posición restrictiva —validatoria solamente de los casos en que la estipulación "es la condición de una estipulación que se hace para sí" o de "una donación que se hace a otro"— quedó consagrada en el Código Civil francés en los arts. 1119 y 1121. Sin embargo, la posición cerrada de dicho código no significó, durante cerca de medio siglo, mayor obstáculo: "la cuestión dormitó", dice gráficamente Planiol **(36)**. Hacia 1860, con la aparición de los transportes ferroviarios, la jurisprudencia francesa invalida el sentido restrictivo del art. 1121 **(37)**: los tribunales se exhiben entonces "animados de un espíritu muy amplio y progresivo", sirviendo la institución al funcionamiento de operaciones diversas **(38)**. En 1888 la Corte de Casación francesa dictó dos pronunciamientos que implicaron un notable avance en la materia. Según el primero de ellos, "el provecho moral resultante de las ventajas hechas a las personas designadas basta para constituir un interés personal en el contrato"; de acuerdo con el segundo: "estipulando para sí se puede estipular al mismo tiempo para un tercero cuando se tiene un interés directo e inmediato en esta estipulación aunque sea puramente moral" **(39)**.

(33) PAPINIANO, *Digesto*, Lib. XVIII, tít. VII, ley 7 *in fine*.

(34) POTHIER, R. J. – BUGNET, J. J., ob. cit., p. 33, n. 55. El anotador de la obra expresa que si Pothier, que tanta influencia tuviera en el Code Civil, se hubiera liberado un poco de la sutileza de los romanos y, observando que la obligación es válida en el fuero interno hubiera interpretado con independencia la intención de las partes, hubiera visto una verdadera obligación civil y el art. 1119, Code Civil ("No se puede, en general, obligar, ni estipular en su propio nombre, sino para sí mismo"), probablemente no estaría en el Código (v. p. 33, n. 55, nota 2).

(35) POTHIER, R. J. – BUGNET, J. J., ob. cit., ps. 32 y ss., ns. 54 y ss.; JOSSERAND, L. – BRUN, A., ob. cit., ps. 196 y ss., n. 272; MAZEAUD, H. L. - MAZEAUD, J., "Lecciones de derecho civil", parte 2ª, vol. III, p. 64, n. 772; GIORGI, G., "Teoría de las obligaciones", Madrid, 1929, t. III, p. 429, n. 414; VENZI, G., en PACIFICI-MAZZONI, E., "Istituzioni di diritto civile italiano", Torino, 1929, t. IV, ps. 298 y ss., nota j), p. 174.

(36) PLANIOL, M., "Traité élémentaire", Paris, 1909, t. II, p. 408, n. 1216, 5ª ed.; LAMBERT, E., ob. cit., ps. 18 y ss., parág. 14.

(37) CARBONNIER, J., ob. cit., p. 448.

(38) RIPERT, G. – BOULANGER, J., ob. cit., p. 319, n. 631, quienes señalan que las cuestiones relativas a la estipulación a favor de tercero no comenzaron a producirse sino hacia 1860; agregándose: "Ella (la estipulación) ha servido ya o servirá todavía para hacer funcionar instituciones o realizar operaciones que serían imposibles o, por lo menos, más difíciles con todos los otros principios de derecho".

(39) DEMOGUE, R., ob. cit., p. 125, n. 763; JOSSERAND, L. - BRUN, A., ob. cit., p. 206, n. 285.

Se ha señalado —en referencia a las obligaciones en general— que el objeto del contrato debe ser posible, lícito, a lo que se agrega que debe ser "útil al acreedor", lo que se justifica por equidad natural, porque reposando el fundamento del vínculo contractual, en gran medida, sobre la facultad que tiene el hombre de comprometer su libertad en beneficio de sus semejantes, tal sacrificio debe tener un objeto proporcionado al derecho natural restringido; además, aquella utilidad es requerida por principios de conveniencia "porque la ley —expresa Giorgi— no debe armar el brazo del poder social en servicio de caprichos y veleidades absurdas, sino en satisfacción de verdaderas necesidades del consorcio social" (GIORGI, J., ob. cit., p. 423, n. 408). Pero ¿cuál criterio distinguirá la prestación útil al acreedor de la que no lo es? Se trata de una cuestión de hecho —sostiene Giorgi— sobre la que la ciencia no puede dictar cánones. Se reconoce, empero que puede bastar un interés de afección, aunque debe tener influjo sobre el patrimonio —aun indirectamente— y ser estimable en dinero (p. 424, n. 410). Gaudement trata la cuestión respecto del objeto de los contratos: debe ser un objeto útil, pero

Thomson Reuters

Doctrinariamente, el tránsito hacia la atenuación del rigor fue coincidente, abandonándose el requisito del interés pecuniario en el estipulante **(40)** presuponiéndosele por la índole misma de la relación creada.

III.4. Derecho actual

Puede decirse que el obstáculo del interés ya no es tal. En una obra famosa se aseveraba: "obligarse sin tendencia a un fin es acto propio de locos" **(41)**, pudiendo agregarse este juicio de Colin y Capitant: "A menos de suponer la insania de espíritu de un contratante no se puede suponer que solicite la obligación del otro contratante sin ser impulsado a ello por un interés en ella (*qualora lo stipulante vi abbia interesse)* afección que ha podido determinarle a gratificar al beneficiario designado por él" **(42)**.

En el Código Civil italiano de 1942 existe una referencia precisa al requisito del interés en la estipulación a favor de tercero. Dice, en efecto, el art. 1411, 1ª p. que "es válida la estipulación a favor de un tercero cuando el estipulante tenga interés en ella" (*qualora lo stipulante vi abbia interesse*), precepto que se relaciona con el art. 1174 sobre las obligaciones en general **(43)**. En verdad, como con toda razón apunta Barbero, ese interés difícilmente dejará de existir si la estipulación es seria. En definitiva, bastará con que se revele un interés efectivo, aunque solo sea moral, en cuanto sea merecedor de tutela **(44)**.

Por nuestra parte pensamos que debe promediar un interés digno de protección legal, no necesariamente pecuniario. Es que el derecho moderno solo puede admitir que alguien quede obligado frente a otro en cuanto se advierta que tal deber —que significa en definitiva una limi-

¿acaso esa utilidad no puede resultar de un interés puramente moral? La respuesta es positiva aun para la estipulación a favor de tercero: una prestación al tercero que no presente sino un interés moral para el estipulante puede ser objeto de un contrato válido, como si alguien estipula con otro que éste pagará la deuda de un pariente o de un amigo; lo contrario chocaría -en este aspecto- con el mismo derecho romano, que admitió la validez de contratos que presentaban para el acreedor un simple interés moral: PAPINIANO, *Digesto*, XVIII, Tít. I, 1.54 (GAUDEMENT, E., "Ihéorie générale des obligations", Paris, 1965, p. 243).

(40) JOSSERAND, L. – BRUN, A., ob. cit., ps. 205 y ss., n. 284.

(41) CAPITANT, H., "De la causa de las obligaciones" Madrid, s/fecha, trad. E. Tarragato y Contreras, p. 17, parág. 1, n. 1.

(42) COLIN, A. – CAPITANT, H., "Cours élémentaire", París, 1921, 3ª ed., t. II, p. 323. Y los ejemplos se suceden: si una persona promete una suma de dinero a una congregación para constituir una dote monacal a una congregante, ¿por qué la ley rehusaría dar satisfacción al pensamiento de benevolencia que ha inspirado al estipulante, rehusando considerar la estipulación como válida?

(43) Dice el mencionado art. 1174: "La prestación que forma objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, inclusive no patrimonial, del acreedor". V.: GIORGIANNI, M., "La obligación", trad. E. Verdera y Tuells, ps. 61 y ss., n. 7, quien subraya que el Código de 1942 -siguiendo la doctrina ya dominante bajo el Código derogado- se orienta a proteger no solo los intereses patrimoniales del sujeto, sino los culturales, religiosos, morales. "El legislador no protege, en efecto —dice—, solo intereses patrimoniales, sino además de otra naturaleza, dada la infinita variedad de las necesidades del hombre, lo que no olvida que la obligación, más que cualquier otra institución jurídica es expresión de la vida en sociedad del hombre, que se puede considerar nacida precisamente para satisfacer estas necesidades y por la imposibilidad de satisfacer la mayor parte de éstas en la vida aislada".

(44) BARBERO, D., "Sistema de derecho privado", Buenos Aires, 1967, trad. S. Sentís Melendo, t. I, p. 616, n. 289; add. BETTI, E., "Teoría generale delle obligazioni", Milano, 1953, t. I, ps. 58 y ss.; SCOGNOMIGLIO, R., "Contratti in generale", Milano, 1966, 2ª ed., p. 201, n. 59; BARASSI, "La teoria generale delle obligazione", Milano, 1948, t. II, p. 207 y ss.; TRABUCCHI, A., ob. cit., p. 10, n. 211.

Anteriormente, POLACCO, V., "Le obbligazioni nel diritto civile italiano", Roma, 1915, ps. 197 y ss., n. 38, 2ª ed.; CARBONI, M., "Concetto e contenuto dell'obligazione nel diritto odierno", Torino, 1912, ps. 63 y ss., n. 30 y ss.; PACCHIONI, G., "Trattato delle obligazioni", Torino, 1927, ps. 252 y ss., n. 6 y ss.

El Código Civil italiano de 1942 se encuentra entre los muy pocos que requieren un interés como elemento de la estipulación. Girino indica esta particularidad y cita además el art. 158 del Código de Irak de 1951 (GIRINO, F., "Studi in tema di stipulazione a favore di terzi", Milano, 1965, ps. 11 y ss., y nota 6).

Puede mencionarse, también, el art. 443, l parte del Código Civil portugués de 1967 que bajo el título "Noción" expresa que "por medio de contrato, puede una de las partes asumir frente a otra, que tenga en la promesa un interés digno de protección legal, la obligación de efectuar una prestación a favor de tercero, extraño al negocio".

Thomson Reuters

tación de la libertad **(45)**— satisfaga un interés legítimo de los componentes de la sociedad o de un sujeto determinado **(46)**. No se debe conceder la tutela jurídica al solo capricho individual, sino que se debe tener en cuenta la función útil, la función social **(47)** aun cuando no revista carácter económico **(48)**.

IV. Estipulación como cláusula y como acto básico

IV.1. Principio

La doctrina, en general, al tratar el tema que nos ocupa se refiere a "estipulación a favor de tercero" y "contrato a favor de tercero". ¿Se trata de términos excluyentes? ¿Debe la estipulación ser una cláusula del contrato o abarcar el contrato mismo? Por nuestra parte afirmamos que la estipulación a favor de tercero puede ser solo una cláusula del contrato, pero también ocupar íntegramente el acto básico. No se está ante un supuesto de voluntad unilateral ni de relación contractual respecto del estipulante y unilateral para el tercero. Comúnmente el beneficio se constituye por contrato; técnicamente es un acto jurídico **(49)**.

IV.2. Estipulación-acto básico; deslinde con la contratación a nombre ajeno

Algunos autores, tal vez por un excesivo apego a los textos que interpretan, sostienen que la estipulación a favor de tercero conforma solo la parte y no todo el contrato. Así, Manresa y Navarro, teniendo bajo estudio el art. 1257, 2ª parte, del Cód. Civil español según el cual: "Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero...", sostienen que si el acto está llevado sola y exclusivamente a contratar en beneficio de un tercero se está ante la gestión de negocios ajenos susceptible de *ratihabitio* **(50)**.

Contra esa posición —compartida por otros autores de derecho español como Valverde, De Diego y De Buen— se reaccionó señalándose la confusión que ello implicaba entre contrato hecho en nombre de otro y sin su autorización y contrato a favor de tercero **(51)**. Respecto de esta

(45) A lo dicho *supra*, podemos añadir que, según conceptos de Toullier, "La ley no permite que se impongan arbitrariamente a la libertad del hombre cadenas inútiles", sosteniendo que la justicia no debe escuchar a quien pretende molestar la libertad de alguien sin otro interés que un vano capricho. Así: "He tenido la debilidad de prometeros no salir de casa durante tres días. Es evidente que en ello he alienado una parte de mi libertad; pero como os es perfectamente indiferente que esté en mi casa o fuera, no estoy obligado a cumplir esa promesa insensata, que no habéis tenido el derecho de aceptar, porque la ley no permite alienar una parte de su libertad sino hasta donde el sacrificio de ella es necesario o por lo menos útil al público o a los particulares". Además señala Toullier que si la ley no puede prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad (art. 5º, *Déclaration des droits*, de 1791) no puede disponer sino las acciones útiles a la sociedad (TOULLIER, C. B. M., "Droit civil français", Paris, 1830, 5ª ed., t. 6, ps. 145 y ss., n. 146 y t. 1, p. 176, n. 208.

(46) GIORGIANNI, M., ob. cit., ps. 64 y ss., n. 7.

(47) GORLA, G., "El contrato", Barcelona, 1959, trad. J. Ferrandis Vilella, t. I, ps. 243 y ss., parág. 19.

(48) Expresa Betti en referencia al art. 1411 del Cód. Civil italiano que: "El interés en discusión aquí es socialmente apreciable, plausible, pero no necesariamente pecuniario; podría consistir en una intención liberal, en una razón de beneficencia que el estipulante tuviera respecto del tercero beneficiario. Aunque por ello ese interés no tenga carácter económico, sin embargo es interés socialmente apreciable, y por eso tal para justificar la estipulación a favor de tercero" (BETTI, E., ob. cit., p. 56, parág. 4).

(49) Ponencia II que presentamos a las VII Jornadas de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en setiembre de 1979.

(50) MANRESA y NAVARRO, J. M., "Comentarios al Código Civil español", Madrid, 1967, 6ª ed., revisada por M. Moreno Mocholi, t. VIII, vol. 2, p. 426. Se expresa allí: "Creemos, pues, que la aplicación del art. 257 en su párr. 2º, exige las siguientes circunstancias. Primera, que la estipulación en favor de tercero sea la parte, no el todo del contrato. Segunda, que lo favorable no vaya condicionado ni compensado por ninguna especie de obligación. Y por último, que ninguno de los contratantes tenga autorización bastante ni representación legal del tercero. Faltando cualquiera de estas circunstancias, el precepto aplicable será el art. 1259", es decir, el precepto relativo a la contratación en nombre ajeno.

(51) Señala Puig Brutau que no existe verdadero contrato a favor de tercero en la representación directa y que el planteo de aquellos autores, que se expone en el texto, confunde ambos institutos (PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de derecho civil", Barcelona, 1954, t. II, vol. 1, p. 280; ROCA SASTRE, R. M. – PUIG BRUTAU, J., ob. cit., donde se deslinda el contrato hecho en nombre de otro sin su autorización, con la estipulación a favor de tercero: en el primer caso se actúa como apoderado, se invoca el nombre de otro; en la estipulación, el estipulante actúa en nombre propio y por cuenta propia aunque en beneficio de tercero). V.: CASTÁN TOBEÑAS, J., "Derecho civil español, común y foral", Madrid, 1967, 10ª ed., t. III, ps. 492 y ss.

Thomson Reuters

cuestión opinan Pérez González y Alguer: "aun en el supuesto de que el contrato contenga solo una estipulación a favor de tercero, no hay por qué traer a colación la idea de representación, pues tal contrato se concluye por las partes en nombre propio, afectando a los contratantes todas las consecuencias jurídicas que del mismo derivan, abstracción hecha de aquellas que en fuerza del contrato quedan exclusivamente atribuidas al tercero" **(52)**.

Lo que venimos diciendo —toda la prevención que surge de ello— resulta aplicable a nuestro sistema jurídico, ya que el art. 1257 del Cód. Civil español es texto próximo al art. 504 del Cód. Civil donde, de manera similar, se expresa que "en la obligación se hubiere estipulado alguna ventaja en favor de un tercero".

En suma: sea que la ventaja a favor de tercero ocupe solo una cláusula del contrato o todo él, dados los presupuestos básicos, se está en el supuesto de la estipulación a favor de tercero, que constituye un acto único e inescindible **(53)**.

IV.3. Estipulación-accesorio

Si se contempla la posibilidad de que la estipulación a favor de tercero actúe como simple modalidad o cláusula accesoria, no puede desconocerse que la situación obligacional del promitente puede, en tal caso asumir una fisonomía peculiar, consistiendo en obligaciones a cumplir exclusivamente hacia el tercero como en deberes que se asumen parte hacia el tercero y parte hacia el promisario **(54)**.

La convención de una cláusula penal a favor del promisario asume la misma finalidad reconocida en los otros contratos, es decir, de una valoración convencional de daños debidos por el promitente para el caso de incumplimiento, quedando dispensada la contraparte del *onus probandi* **(55)**.

El contrato a favor de tercero puede no agotar, pues, el contenido de la prestación al tercero: ésta será, eventualmente, solo una parte —parte accesoria— de todo el contenido contractual. Promitente y promisario pueden quedar vinculados en sus relaciones "residuales" —tomando un vocablo de Messineo— por un deber de prestación interno, del uno hacia el otro: aquellos pueden ser, también, contrayentes ordinarios de un contrato común con prestaciones de una sola parte o con prestaciones correspectivas **(56)**.

V. Sustancia del acto estipulatorio

V.1. Estipulación por contrato

Es congrua cuestión al tema que tratamos la de determinar si se está en presencia de un contrato —en este caso si es un contrato plurilateral—, si se está ante un supuesto de voluntad unilateral o se trata de un acto jurídico.

En verdad, el examen de los casos más frecuentes referidos al instituto que tratamos demuestra que normalmente la estipulación a favor de tercero se asienta sobre la base de un contrato **(57)**: para ello bastaría quizá con mencionar el contrato de seguro, el de renta vitalicia, el de transporte.

Pero si se quiere ahondar en los elementos mismos del contrato como tal, advertimos que existe el acuerdo de las partes —tales son el estipulante y el promitente— que constituyen la relación básica. Además existe una relación jurídica patrimonial —v.gr. en el contrato de renta vitalicia el constituyente habrá de desprenderse de una suma de dinero o de una cosa apreciable en dinero mueble o inmueble y la otra pagará la renta— **(58)**.

(52) PÉREZ GONZÁLEZ, B. – ALGUER, J., notas ENNECCERUS, L. – LEHMANN, H., ob. cit., p. 176, parág. 34.

(53) Sobre la última parte, v. TARTUFARI, L., ob. cit., p. 341, parág. 123.

(54) *Ibid*., donde se indica que tanto en la hipótesis de obligaciones a cumplir exclusivamente hacia el tercero como en obligaciones a cumplir parte hacia el tercero y parte hacia el promisario, la estipulación es por sí misma válida y eficaz, sin particular indagación respecto del fundamento de la validez jurídica.

(55) *Ibid*.

(56) MESSINEO, F., ob. cit., p. 199, letra "c".

(57) SANTOS BRIZ, J., "Derecho civil. Derecho de obligaciones", Madrid, 1973, t. III, p. 343.

(58) Art. 2070, Cód. Civil. BELTRÁN DE HEREDIA, J., "La renta vitalicia", p. 13, n. 1; BUTERA, A., "Del contratto vitalizio", ps. 1 y ss., n. 1, VALSECCHI, E., "La rendita perpetua e la rendita vitalizia" Milano, 1961, p. 133, n. 8.

Thomson Reuters

Para dilucidar esta cuestión es menester abordar la cuestión subyacente que es la de determinar el papel que asume el tercero de la convención. ¿Se requiere la aceptación de ese tercero para la formación del acto? La respuesta es negativa: la aceptación del tercero no es requisito para perfeccionar el contrato; el beneficiario no integra la convención que, como tal, se agota en la relación base **(59)**.

Lo contrario de lo aseverado —una concepción contractual trilateral— chocaría contra la estructura y finalidad típica de la figura. Aparte de ello, si la aceptación del tercero fuera requisito, antes de producirse dicho asentimiento no habría vínculo para nadie. En esta dirección son de toda oportunidad las palabras de Diez-Picazo cuando expresa: "si la aceptación del tercero hubiese de entenderse integrada en el contrato, de manera que este fuera un contrato plurilateral formado por tres declaraciones de voluntad, no existiría en rigor un 'contrato en favor de tercero', pues el beneficiario no sería un tercero sino parte contratante" **(60)**.

En verdad, una observación pormenorizada del instituto demuestra que quienes intervienen en la estipulación —de una manera u otra— efectúan una declaración de voluntad aunque de distinta manera: el estipulante y el promitente exteriorizan su voluntad a través del consentimiento que mutuamente se intercambian "fundando" el contrato que sostiene el resto del mecanismo. El tercero se limita a aceptar, pero ello no lo convierte en parte, ni tal declaración es necesaria para adquirir un derecho de crédito que ya se encuentra surgido con el convenio **(61)**.

V.2. ¿Se trata de un supuesto de voluntad unilateral?

Se ha pretendido fundar la estipulación a favor de tercero en una fuente voluntaria de las obligaciones: la voluntad unilateral. Ello, naturalmente, interesa en su planteamiento a una cuestión previa consistente en la admisión de la teoría misma. Existe cierto acuerdo en indicar a Worms como uno de los principales sostenedores de la teoría de la voluntad unilateral como fundamento de la estipulación a favor de tercero, por lo menos en lo que respecta a Francia **(62)**. En materia legislada, el Código Civil de México ubicó la institución dentro de un capítulo dedicado a la declaración unilateral de voluntad **(63)**.

Josserand sostiene que la estipulación a favor de tercero constituye una de las raras aplicaciones de la declaración unilateral de voluntad en el derecho francés, explicando su operatividad por el compromiso —con pie en la voluntad unilateral— del promitente frente al tercero, el primero apoyado, injertado en la convención base, "en un cuadro contractual que le da vida y le asegura eficacia" **(64)**.

La tesis fue objetada seriamente **(65)**, al desnaturalizar —se sostiene— el verdadero carácter de la facultad del beneficiario, encubriendo el origen contractual del derecho, su dependencia respecto del contrato del que ha salido, así como al atribuir a una voluntad única un resultado obtenido por acuerdo **(66)**.

Dentro de la refutación que consideramos legítima, Saleilles sostiene que en este caso solo hay una engañifa (un *trompe-l'oeil*) ya que la promesa unilateral supone un individuo que se obliga sin que haya concurso de voluntades: se trata de

(59) DIEZ-PICAZO, L., "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Madrid, 1970, t. I, p. 274, parág. 311.

(60) *Ibid.*

(61) CARBONNIER, J., ob. cit., p. 442, parág. 140. Castán Tobeñas expresa que el tercero es extraño a la conclusión del contrato, no está representado en él, pero en virtud de la estipulación queda incorporado a aquél como acreedor de la prestación (CASTÁN TOBEÑAS, J., ob. cit., p. 492). Creemos que es preferible, en bien de la claridad estructural del instituto, dejar ajena a este toda idea de incorporación o participación del tercero en el contrato, como decimos en el texto, para, más bien, subrayar el carácter de tercero-acreedor, situación esta última subrayada por Castán Tobeñas.

(62) WORMS, R., "De la volonté unilatérale considerée comme source d'obligations en droit romain et en droit français", Paris, 1891. V. nuestro trabajo: "Esencia jurídica de la estipulación a favor de tercero", LA LEY 143-1111 y ss., especialmente 1121, n. 28.

(63) Art. 1861. V. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. E., "Derecho de obligaciones", Puebla, 1961, ps. 330 y ss., n. 491.

(64) JOSSERAND, L. – BRUN, A., ob. cit., p. 218, n. 304.

(65) BOYER-DRIOT, J., "Du fondament juridique de la stipulation pour autrui", ps. 91 y ss., Tolosa, 1933.

(66) LAMBERG, E., "Du contrat en faveur de tiers", p. 57, parág. 46; GAUDEMENT, E., ob. cit., ps. 248 y ss.

Thomson Reuters

una obligación asumida hacia alguien, pero no con alguien. En cambio en la estipulación hay obligación asumida hacia alguien y con alguien: hay convención, solo que la prestación, en lugar de hacerse al estipulante, se ejecuta respecto del tercero: la promesa del promitente es contractual **(67)**.

V.3. No es relación contractual respecto del estipulante y unilateral para con el tercero

Se explica también la estipulación a favor de tercero, como un vínculo contractual respecto del estipulante, pero unilateral con relación al tercero.

Pero a ello se replica que tal desdoblamiento está en contradicción con la realidad de los hechos. Se llegaría por ese procedimiento a hacer de la obligación respecto del beneficiario una promesa abstracta, desvinculada de su causa inicial, que llevaría a tenerla subsistente, inclusive, cuando el contrato entre las partes —estipulante y promitente— se encontrara anulado **(68)**. En este sentido Cunha Gonçalves señala que la obligación del promitente es solamente contractual: la prestación que el promitente ha de hacer al tercero es objeto de la convención celebrada con el estipulante; no debe suponerse otra declaración de voluntad espacial, ésta en relación al beneficiario. Tal concepción es inconciliable —opina el autor antes citado-, sea con el derecho del estipulante de revocar o sustituir el beneficiario o designar con posterioridad a la convención un beneficiario hasta entonces indeterminado o con el hecho de poder ser el propio estipulante un beneficiario eventual, como en el seguro mixto e inconciliable con otros derechos del estipulante **(69)**.

V.4. Estipulación a favor de tercero como acto jurídico

Un autor —Gutiérrez y González— ha puesto énfasis en la circunstancia de que la estipulación a favor de tercero puede ser la resultante de un acto jurídico unilateral, como el testamento **(70)**. Por otra parte, H. L. Mazeaud y J. Mazeaud definen la estipulación a favor de tercero como negocio jurídico **(71)**, indicando, más adelante, que se requieren para su validez las condiciones particulares para la estipulación a favor de tercero además de los requisitos generales de validez de los actos jurídicos **(72)**. Precisamente, una de las últimas publicaciones sobre el tema abandona las clásicas rotulaciones de "estipulación a favor de tercero" o de "contrato a favor de tercero", para utilizar la de negocios a favor de tercero **(73)**.

Desde esta perspectiva creemos conveniente admitir un acrecentamiento estructural —más allá de la hipótesis de contrato a favor de terceros— y hablar de manera más comprensiva de acto jurídico a favor de tercero, sin perjuicio de continuar utilizando las anteriores denominaciones, pero con ese valor entendido.

(67) SALEILLES, R., "Étude sur la théorie générale de l'obligation", Paris, 1925, 3ª ed., ps. 271 y ss., n. 247.

(68) *Ibid*., p. 272, n. 247, nota 2.

(69) CUNHA GONÇALVES, L. DA., "Tratado de Dereito Civil", São Paulo, 1958, t. I, vol. IV, ps. 360 y ss., n. 498.

(70) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, E., ob., p. 325, n. 478. Este autor, consecuente con su postura, de esta definición de la estipulación a favor de otro: "es una cláusula en virtud de la cual en un contrato o en un testamento, una parte o el testador, hacen que la otra parte o un legatario se obliguen a realizar determinada prestación a favor de otro".

(71) MAZEAUD, H. L. - MAZEAUD, J., ob. cit., p. 61, n. 769, donde se expresa: "La estipulación a favor de tercero es el negocio jurídico por el cual una persona, el estipulante, conviene con otra persona, el promitente (u obligado), que esta cumplirá una prestación a favor de un tercero, el beneficiario".

(72) *Ibid*., p. 67, n. 777.

(73) MOSCARINI, L. V., "I negozi a favore di terzo", Milano, 1970. Expresa este autor en la "Premessa": "Es precisamente esta posibilidad de extensión y de replanteo del problema, como problema hermenéutico y reconstructivo respecto a una siempre más vasta gama de institutos, que ha constituido la fuerza propulsora de la presente investigación, cuyo propósito es precisamente, individualizar más allá del esquema legal del contrato a favor de terceros una regla susceptible de aplicación general, respecto de la cual, sin embargo, el esquema del contrato a favor de terceros no representa solamente uno de los campos de aplicación, sino que constituye la principal sede de la, sin embargo incompleta, disciplina positiva de una figura que traspone los mismos confines del contrato".

Thomson Reuters

Nota editorial: El presente PDF es parte de los servicios de Thomson Reuters y reemplazará la versión impresa en los plazos dispuestos para el aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el dec. 297/2020.

Thomson Reuters

Thomson Reuters

www.thomsonreuters.com.ar

info! TR

En todo momento y lugar

Thomsonreuterslaley

TRLaLey

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

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

Escanee el código QR

www.tiendatr.com.ar

CONSULTE Y ADQUIERA TODO NUESTRO CATÁLOGO

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
CUENTA Nº 10269F1
FRANQUEO A PAGAR

the answer company™
THOMSON REUTERS®

CENTRO DE ATENCIÓN AL CLIENTE:
0810-266-4444

Thomson Reuters