RCyS

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Año XXIII | Número 2 | Abril 2021

DIRECTOR:

ALBERTO J. BUERES

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 marzo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RCyS REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Año XXIII | Número 2 | Abril 2021

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

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)

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

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

ÍNDICE

DOCTRINA ESENCIAL

Reflexiones sobre el incumplimiento temporal e imputable de la obligación. La mora del deudor
Carlos A. Calvo Costa 3

Responsabilidad del Estado por actividad judicial
Marcelo Bee Sellares 18

La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación (a propósito de los cinco años de su vigencia)
Enrique Máximo Pita - Carlos E. Depetris 33

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Acción colectiva que atribuye a la demandada la conducta de dar de baja ilegalmente y transferir a sus afiliados al INSSJP. Rechazo de la excepción de falta de legitimación activa. Aplicación del estatuto del consumidor a los afiliados de obra social 53

Acerca del principio de legalidad en materia de defensa del consumidor
María Carolina Abdelnabe Vila 59

RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DE ASESORAMIENTO GENÉTICO
Tratamiento de fertilización *in vitro* con gametos propios de la pareja. Niño nacido con fibrosis quística. Fallecimiento. Ausencia de responsabilidad civil del Centro de Fertilización y del médico 65

Responsabilidad médica derivada de las técnicas de reproducción humana asistida a partir del nacimiento y la muerte de un hijo afectado con fibrosis quística
María Soledad Tagliani 66

Jurisprudencia

DAÑOS SUFRIDOS POR AERONAVE
Accidente en aeroclub. Daño generado a aeronave. Legitimación pasiva. Zona donde se produjo el siniestro. Responsabilidad del dueño por el riesgo de la cosa 81

RESPONSABILIDAD DEL CONSORCIO
Árboles muy próximos a la medianera. Avance de raíces sobre heredad vecina. Declaración testimonial. Prueba pericial. Procedencia 88

LESIONES EN EL INTERIOR DE UN SUPERMERCADO
Consumidor o usuario. Destinatario final. Persona humana o jurídica. Cliente de supermercado. Usuario. Daño psíquico. Cuantificacion del daño. Procedencia de los gastos de farmacia 93

RESPONSABILIDAD DE EMPRESA CONCESIONARIA DE PEAJE
Señalización deficiente de una obra. Obligación de seguridad del concesionario. Daño moral. Franquicia del seguro 107

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACCIONAR POLICIAL
Procedimiento de detención anormal. Existencia de lesiones. Responsabilidad del Estado 114

TASA DE INTERÉS
Determinación. Existencia de altos niveles de inflación. Pandemia. Utilización de la indemnización para el consumo de bienes y servicios 117

DAÑOS OCASIONADOS POR COSAS INERTES
Hombre que tropieza con un chapón en el estacionamiento del Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Procedencia de la demanda 120

RESPONSABILIDAD DE LA PRESTATARIA DE SERVICIOS
Provisión de gas. Sentencia que exime de responsabilidad a la empresa demandada. Irregularidades en la conexión 126

DAÑO MORAL Y NEUROCIENCIAS
Muerte de una mujer en un accidente de tránsito. Sostén de hogar. Reclamo realizado por los hijos mayores de edad. Extensión de la condena al titular registral. Daño moral como vivencia experiencial subjetiva y personal. Reducción de la energía vital. Incremento de la indemnización de setenta mil a setecientos mil para cada hijo 131

ACCIDENTE DE ESQUÍ
Esquiador que golpea contra un árbol ubicado al costado de una pista tras perder estabilidad por un desnivel sin señalización. Obligación de seguridad en las relaciones de consumo. Teoría de la aceptación de riesgos. Procedencia de la pretensión 147

ACCIDENTE DE TRÁNSITO
Colisión en una encrucijada con semáforos. Aplicación del art. 1113 del Cód. Civil. Eximentes de responsabilidad. Ausencia de prueba. Declaraciones testimoniales contradictorias. Colisión plural de automotores. Acreditación del contacto material entre los vehículos. Incapacidad física y psíquica. Indemnización de la incapacidad sobreviniente. Falta de prueba acerca de las secuelas irreversibles. Rechazo. Gastos médicos y farmacéuticos. Daños materiales. Prueba pericial a base de fotografías. Privación de uso del automotor. Intereses. Fijación del capital de la condena según los valores vigentes al momento del dictado de la sentencia. Disidencia parcial 155

DAÑOS SUFRIDOS EN ACTIVIDAD DE *KARTING*
Buena fe contractual. Obligación de seguridad. Asunción del riesgo. Actividad de esparcimiento. Defensa del consumidor 170

CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO
Daños derivados de la imposibilidad de uso del complejo durante tres años. Falta de notificación del cambio de administrador. Indemnización. Rechazo del daño directo y del lucro cesante. Daño moral 177

RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD
Mujer que sufre un accidente al tropezar y caer por una loma de burro emplazada en la calle. Daño causado por el riesgo o vicio de la cosa. Señalización defectuosa. Falta de servicio. Poder de policía. Sentencia fundada. Indemnización. Pago. Plazo. Régimen de ejecución de sentencias contra el Estado 193

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN SITUACIONES DE EMERGENCIA
Colisión de un móvil policial contra la vidriera de un local luego de un previo impacto con otro rodado. Responsabilidad exclusiva del conductor del vehículo particular por los daños derivados del hecho. Rechazo de la demanda contra el Estado nacional 198

RESPONSABILIDAD DE LAS LÍNEAS AÉREAS
Vuelo cancelado por una medida de acción gremial. Familia que tiene que permanecer cinco días más en el extranjero. Daño material y daño moral 203

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA
Hombre que es intervenido luego de un accidente laboral. Artroscopía. Condena fundada en el incumplimiento del deber de información. Ausencia de reclamo en la demanda. Revocación de sentencia 211

AMPARO DE SALUD
Bebé de cinco meses que padece atresia de esófago y se encuentra internado en un box de vidrio en terapia intensiva desde su nacimiento. Obra social condenada a otorgar cobertura de un enfermero durante las 24 horas del día. Medida cautelar 221

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS
Falta de medios para afrontar los gastos de una contienda judicial. Otorgamiento 225

CADUCIDAD DE LA SEGUNDA INSTANCIA
Actividad impuesta al funcionario judicial. Apartamiento de la doctrina plenaria. Improcedencia 226

PRUEBA ANTICIPADA
Constatación de mensajes efectuados vía WhatsApp. Existencia de otras vías. Posibilidad de mantener inalterable la prueba. Rechazo 228

REPRESENTACIÓN JUDICIAL
Pedido de desglose de la contestación de demanda fundado en que la abogada que realiza la presentación no está matriculada en esa jurisdicción. Rechazo 229

NOTIFICACIONES EN PANDEMIA
Rechazo del planteo de nulidad de la notificación por carta documento. Omisión de incorporar las copias de traslado. Ampliación del plazo para contestar las demandas. Reflexión de los jueces sobre la extensión de los escritos en cuestiones procedimentales sin complejidad 230

SEGUROS

Jurisprudencia

DEBER DE INFORMACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO
Seguro contra incendio. Póliza contratada "a prorrata". Condena al pago total de las sumas aseguradas. Daño moral y daño punitivo 237

SEGURO DE GRANIZO
Daños en el inmueble. Falta de pago de la suma asegurada. Daño moral 251

COMPETENCIA. SUCURSAL DE LA ASEGURADORA
Accidente de tránsito. Demanda de daños. Competencia 258

LÍMITE DE COBERTURA
Cruce por la senda peatonal con semáforo a favor. Falta de demostración de la culpa de la víctima. Pérdida de chance. Rechazo. Daño moral. Procedencia. Franquicia del seguro 260

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito
Jorge A. Mayo 273

DOCTRINA ESENCIAL

Reflexiones sobre el incumplimiento temporal e imputable de la obligación

La mora del deudor

Carlos A. Calvo Costa (*)

Sumario: I. Introducción. Los supuestos de excepción de incumplimientos inimputables en el Código Civil y Comercial.— II. La mora del deudor.— III. El Código Civil y Comercial y el principio de la mora automática. Soluciones y algunos interrogantes.

I. Introducción. Los supuestos de excepción de incumplimientos inimputables en el Código Civil y Comercial

A) El incumplimiento de la obligación constituye una conducta objetivamente antijurídica, que debe ser ponderada con total prescindencia de las causas que lo motivaron y de sus posibles efectos. Sin embargo, dicho incumplimiento obligacional, objetivamente considerado, puede presentarse de diferentes modos y ser, según los casos, total o parcial, absoluto o relativo, imputable o no imputable, etc. En virtud de ello, es indudable que los efectos que cada una de esas manifestaciones producen son diferentes.

Aquí adquiere importancia la distinción entre el llamado incumplimiento temporal y el incumplimiento absoluto o definitivo. Ambos son excluyentes entre sí: a) el *incumplimiento definitivo* es irreversible y se verifica casi siempre ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación [p. ej., ante la destrucción total de la cosa objeto de la obligación, o en los casos en que haya sido puesta fuera del comercio por decisión del legislador, en los supuestos en que el servicio es una obligación de hacer *intuitu personae* y no puede ser prestado por fallecimiento del deudor **(1)**, etc.], aunque también puede producir idénticos efectos a él el supuesto en que si bien la prestación todavía es de posible cumplimiento fáctico, es tardío y ya no reviste de interés para el acreedor, como lo establece el actual art. 956 del Código Civil y Comercial argentino **(2)**; b) el *incumplimiento temporal,* por el contrario, presenta una nota distintiva: pese a la infracción, todavía existe la posibilidad de cumplimiento específico

(*) Abogado; doctor en Derecho; profesor titular regular de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho (UBA).

(1) Véase: LARROUMET, Christian, "Droit Civil - III: Les obligations. Le contrat", Ed. Económica, Paris, 1ère. partie, 1986, p. 636.

(2) En contra: BARASSI, Lodovico, "La teoría generale delle obbligazioni", Ed. Giuffrè, Milano, 1948, vol. III, ps. 178 y ss., quien afirma que no existirá incumplimiento definitivo por el solo hecho de que el acreedor cese de tener interés en el cumplimiento tardío, que todavía es posible; por ende, si la prestación es posible, el incumplimiento no es definitivo: el deudor tiene derecho a realizar la prestación y el acreedor no puede rechazarla. Sostiene además que, aunque es indudable que el acreedor puede perder el interés por el paso del tiempo, lo que provoca que ya no le interese el cumplimiento de la prestación, si no quisiera brindar ninguna posibilidad de cumplimiento tardío, hubiera pactado un plazo esencial para su cumplimiento. También véase: GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad contractual", Ed. FCU, 2004, t. I, "El incumplimiento", quien considera que, si la prestación es posible, el incumplimiento no es definitivo, ya que en tal caso el deudor tiene derecho a realizar la prestación y el acreedor no puede rechazarla, ya que su falta de interés cobra relevancia solamente ante la promoción de una demanda resolutoria del contrato bilateral (ps. 65 y también ps. 199 a 201).

tardío, y se verifica el incumplimiento por el hecho de que no se ha cumplido en tiempo y forma establecidos.

Así planteada la cuestión, la división del incumplimiento en sus dos categorías, temporal y definitivo, se construye a partir de la alternativa posibilidad-imposibilidad de la prestación **(3)**. Por una parte, el incumplimiento definitivo es un hecho inmodificable, consumado irreversiblemente; sin embargo, se sostiene que para calificar un incumplimiento como definitivo debe tenerse certeza de que ya no podrá ejecutarse la prestación **(4)**. En cambio, la situación de incumplimiento temporal es provisoria desde el comienzo y mientras dura, y no permite conocer el resultado final.

En síntesis, el incumplimiento de la obligación, además de poder configurarse como total y absoluto, también puede ser relativo, cuando el deudor cumple con la prestación asumida, pero con un defecto en las circunstancias de modo, tiempo o lugar de cumplimiento pactados. Sin embargo, cuando ello ocurre y a pesar del incumplimiento parcial de la obligación, se admite la posibilidad de cumplimiento específico tardío por parte del deudor, por ser aún material y jurídicamente posible y, fundamentalmente, por ser apto todavía para satisfacer el interés del acreedor. Aquí es donde cobra importancia el instituto de la mora del deudor, al cual nos referiremos seguidamente.

B) La imputabilidad por incumplimiento absoluto reconoce como excepción los supuestos de imposibilidad sobrevenida y objetiva que están previstos actualmente en los arts. 955 y 956 del Cód. Civ. y Com., referidos a los casos de imposibilidad definitiva y temporaria de la prestación —respectivamente—, determinando en cada supuesto cuándo ellos tendrán efecto extintivo sobre la obligación.

Si bien, como hemos mencionado precedentemente, la regla general que impera en la materia determina que el deudor es responsable del incumplimiento de la obligación a su cargo, su responsabilidad se torna inexistente cuando la prestación resulta imposible de ejecutar en virtud del *casus* genérico del art. 1730 del Cód. Civ. y Com. En tal sentido, decía el *Digesto*: *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible).

El art. 955 del Cód. Civ. y Com. dispone expresamente en su primera parte que "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad". Como apreciará el lector, el efecto principal de la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la obligación, es la extinción de la obligación y la consecuente liberación del deudor, siempre que la imposibilidad sea producida por un caso fortuito o fuerza mayor y resulte totalmente ajena a la conducta del deudor. Es importante destacar que dicha imposibilidad de cumplimiento, como lo expresa una calificada doctrina, es una consecuencia del caso fortuito, aunque a los fines de la exoneración del deudor, ambos conformen en materia obligacional un todo inseparable **(5)**. Pero, claro está, será el *solvens* incumplidor quien deberá acreditar algún extremo idóneo para sustraerse a la obligación de tener que reparar el daño ante la falta de ejecución de la prestación comprometida **(6)**.

Asimismo, el Código Civil y Comercial también prevé el supuesto de extinción de la obligación, para el caso en que la imposibilidad sea solamente *temporaria* y no definitiva, tal como lo dispone el art. 956 del Cód. Civ. y Com.: "Imposibilidad temporaria. La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible".

(3) GAMARRA, Jorge, ob. cit., p. 76.

(4) NATOLI, Ugo — BIGLIAZZI GERI, Lina, "Mora accipiendi e mora debendi. Appunti delle lezioni", Ed. Giuffrè, Milano, 1975, p. 227.

(5) PICASSO, Sebastián — SÁENZ, Luis R., "Tratado de derecho de daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. 1, p. 370; PICASSO, Sebastián, "La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación", RDD 2009-I-125; PIZARRO, Ramón D., "Tratado de la responsabilidad objetiva", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 339.

(6) SANTORO, Guido, "La responsabilitá contrattuale", Ed. Cedam, Padova, 1992, ps. 5 y ss.

Puede ocurrir que la imposibilidad reúna los mismos recaudos previstos en el art. 955 del Cód. Civ. y Com. que hemos analizado, pero que, en lugar de ser definitiva, sea temporal o temporaria. Ante ello, cabe preguntarse: ¿debe el acreedor soportar que desaparezca esa causa de impedimento temporaria para poder ver satisfecha la prestación asumida por el deudor? Algunos autores han manifestado al respecto que, de contestarse afirmativamente tal interrogante, sin reserva alguna, podría prolongarse *sine die* el tiempo de incumplimiento, pudiendo llegar a constituir incluso un abuso del deudor el mantener incumplida la obligación sin ningún tipo de consecuencia para el *solvens*. En tal caso, se sostenía ya antes de la sanción del Código Civil y Comercial que debía reconocerse al acreedor la facultad de asimilar la imposibilidad temporaria a la definitiva para obtener la disolución del vínculo obligacional, aun sin cargo alguno para el deudor, si es que el acreedor no tenía interés en el cumplimiento luego de que ello ocurriera. Esta era la solución prevista expresamente en el art. 1256 del Cód. Civil italiano y la pregonada por una calificada doctrina extranjera **(7)**, que recoge ahora el Código Civil y Comercial en el art. 956. Pero, como lo hemos mencionado anteriormente, la imposibilidad temporaria no exonera al deudor, sino que —salvo que con ella se frustre definitivamente el interés del acreedor— solo produce una suspensión de los efectos de la relación jurídica durante el período en que persista dicha imposibilidad (v.gr., que no deba abonar el deudor intereses moratorios por no haber cumplido en el plazo pactado); pero, una vez que el evento que provocaba la imposibilidad temporaria desaparezca, los efectos de las obligaciones asumidas se reanudarán automáticamente **(8)**.

También dispone el art. 956 del Cód. Civ. y Com. que la imposibilidad temporal tendrá efecto extintivo cuando "su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible". Así, el efecto extintivo se producirá cuando el plazo pactado y previsto en la obligación sea esencial: ello guarda lógica y razonabilidad, toda vez que el plazo es *esencial* cuando el tiempo en que debe cumplirse la prestación ha sido un elemento determinante para que el acreedor la celebrara, ya que, de no cumplirse en dicha fecha, la prestación no le será útil ya que carece de interés para él (v.gr., se contrata un servicio de *lunch* para la fecha en que se celebra la fiesta de casamiento del acreedor). El plazo esencial no admite la posibilidad de incumplimiento relativo (cumplimiento tardío) por carecer de utilidad para el acreedor, por lo cual su falta de cumplimiento en término provoca el incumplimiento absoluto de la obligación por parte del deudor.

C) Fuera de estos supuestos de excepción que hemos mencionado, focalizamos nuestro análisis en aquellos casos de *incumplimientos que sí resultan ser imputables al deudor*. Dentro de estas categorías, se encuentran los siguientes:

a) El cumplimiento defectuoso —denominado por algunos autores como cumplimiento puntual inexacto **(9)**—: se produce cuando el deudor no ajusta su comportamiento tendiente al cumplimiento de conformidad con los presupuestos o las condiciones que el pago reclama para producir sus efectos liberatorios y satisfactorios. De tal modo, el cumplimiento puede tornarse defectuoso con relación a los sujetos (p. ej., cuando quien paga es una persona que carece de capacidad para ello, o bien lo hace un tercero cuando estamos ante una obligación *intuitu personae*); con relación al objeto (por violarse el principio de identidad o de integridad, o si se paga en un lugar distinto). Frente a una ejecución deficiente de la prestación, el acreedor está legitimado para rechazar la prestación y rehusarse a recibirla o asignarle efecto liberatorio alguno **(10)**. Para ello es irrelevante que haya existido o no culpa en el deudor.

b) El cumplimiento retrasado, que se configura en el supuesto en que el deudor retrasa temporalmente el cumplimiento de la prestación de-

(7) BELTRÁN DE HEREDIA — ONÍS, Pablo, "El incumplimiento de las obligaciones", Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1990, p. 104.

(8) Véase en este sentido: BÉNABENT, Alain, "Droit des obligations", Ed. Montchrestien, París, 2012, 13e. éd., nro. 339, p. 268.

(9) ALBALADEJO, Manuel, "Derecho civil. II. Obligaciones", Edisofer, Madrid, 14ª ed., p. 184.

(10) *Ibid.*, afirma que cuando el acreedor acepte la prestación pese a haber sido defectuosamente realizada, ello no debe significar que exista conformidad con lo defectuoso o inexacto, ya que el *accipiens* quedará habilitado a reclamar con posterioridad por el defecto o la inexactitud, para que sea corregido o, en su caso, indemnizado (p. 185).

bida, pero esta puede ser todavía cumplida tardíamente, pues resulta material y jurídicamente susceptible de cumplimiento posterior, y es aún idónea para satisfacer el interés del acreedor; por ende, mientras la prestación sea susceptible de ser útilmente ejecutada, el deudor debe cumplir. Dentro de esta categoría adquiere relevancia la mora del deudor: ello así, puesto que, si el retraso, como veremos, es imputable al deudor, este deberá cumplir la prestación en forma específica y, además, resarcir los daños y perjuicios moratorios que se encuentren en relación causal adecuada con su incumplimiento. Si, en cambio, no le es imputable, ninguna indemnización deberá soportar.

II. La mora del deudor

La mora, en especial la del deudor, es uno de los institutos de mayor importancia en el ámbito del derecho de las obligaciones y de los contratos, con grandes implicancias en las relaciones jurídicas entre los sujetos.

Hemos manifestado precedentemente que el incumplimiento puede ser relativo (comprensivo de los incumplimientos defectuosos y retrasados precedentemente mencionados), cuando el deudor cumple con la prestación asumida, pero con un defecto en las circunstancias de modo, tiempo o lugar de cumplimiento pactados. Sin embargo, cuando ello ocurre y a pesar del incumplimiento parcial de la obligación, se admite la posibilidad de cumplimiento específico tardío, por ser aún material y jurídicamente posible, y fundamentalmente, por ser apto todavía para satisfacer el interés del acreedor. Aquí es donde cobra importancia el instituto de la mora del deudor. Nos referiremos a ella seguidamente.

II.1. Concepto

La mora es un instituto jurídico de difícil definición, toda vez que no debe ser confundida con la simple demora en el cumplimiento **(11)**. En sentido jurídico, la mora no es el simple retraso en el cumplimiento de la obligación, sino el cualificado por la concurrencia de determinadas circunstancias **(12)**. Así, en nuestro país, se la ha definido como "aquel en el cual el incumplimiento material se hace jurídicamente relevante" **(13)**, o bien como "un retardo jurídicamente calificado" **(14)**. Sin embargo, uno de los condimentos jurídicos más importantes que presenta el instituto es que el retraso no impide el cumplimiento tardío por el deudor. De allí que la mora resulta solo de aplicación en los supuestos de incumplimiento relativo de la obligación **(15)**.

Es decir, a partir de la mora, hay incumplimiento por retardo; el deudor, que antes no era incumplidor, pasa a serlo cuando se configura la mora **(16)**; esta marca un antes y un después en la situación jurídica del deudor, puesto que a partir de su constitución en mora se plasma su incumplimiento.

II.2. Presupuestos esenciales

Como recaudos previos a cualquier potencial configuración de una situación de morosidad, es

(11) Véanse: GAMARRA, Jorge, ob. cit. Distingue el jurista uruguayo entre retardo y mora, estimando que el primero (en sentido amplio) es la violación de la modalidad temporal de la ejecución de la obligación y carece de trascendencia jurídica sancionatoria, ya que el deudor no es todavía incumplidor —y por tal razón no debe daños y perjuicios— ya que ese simple retardo no lo hace incurrir en responsabilidad. Solo cuando el deudor cae en mora, existirá incumplimiento (p. 85). También: LÓPEZ CABANA, Roberto, "La demora en el derecho privado", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, aunque pese a que distingue entre demora y mora, destaca que el simple retardo también puede producir al acreedor daños que deben ser reparados (p. 88).

(12) LACRUZ BERDEJO, José Luis, "Derecho de obligaciones", Ed. Dykinson, Madrid, 1999, t. II, vol. I: "Parte general. Teoría general del contrato", p. 180.

(13) ALTERINI, Atilio A. — AMEAL, Oscar J. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, nro. 390, 4ª ed., p. 180.

(14) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1989, 6ª ed., p. 97.

(15) PEIRANO FACIO, Jorge, "Estructura de la mora en el Código Civil (Estudios jurídicos en memoria de José Irureta Goyena)", Ed. FDCS, Montevideo: 1955. Afirma que tanto el deudor interpelado como el que cae automáticamente en mora tienen derecho a cumplir tardíamente; la posibilidad de cumplir tardíamente es idea esencial a la mora, y por eso no tiene lugar en el incumplimiento definitivo; destaca que "si la intimación dirigida al deudor es una invitación a cumplir con su obligación, no se concibe que pueda tener sentido alguno si se dirige a un deudor que no está en condiciones de cumplir" (p. 484).

(16) GAMARRA, Jorge, ob. cit., p. 104.

menester la presencia de ciertos presupuestos, que deben evidenciarse con anterioridad a su configuración:

a) *Exigibilidad de la prestación debida*: para que pueda configurarse el estado de mora, es necesario que la obligación sea exigible. Ello sucede cuando, a partir del incumplimiento del débito, el acreedor se encuentra facultado para reclamar de manera compulsiva su cumplimiento específico (art. 730, incs. 1º, 2º y 3º, Cód. Civ. y Com.). No hay mora, de tal forma, si la obligación no es susceptible de ser reclamada judicialmente.

En forma concordante con el requisito de exigibilidad, algunos autores —en su mayoría extranjeros, exigen como presupuesto previo la *liquidez del crédito* (regla *in illiquidis non fit mora*): se afirma en tal sentido que, si el obligado ignora lo que debe, no está en condiciones de poder cumplir y, por eso, le resulta imposible realizar el pago, por lo cual cualquier atraso que se invoque en su contra no le será imputable **(17)**. Por nuestra parte, estimamos que la iliquidez no es incompatible con la mora, puesto que la deuda ilíquida genera intereses moratorios: basta para ello posicionarse por un instante en un supuesto de un crédito indemnizatorio a raíz de daños sufridos en ocasión de un hecho ilícito, en el cual el responsable estará en mora desde el mismo instante en que se configura el daño (que en caso será automática) y deberá los intereses moratorios desde ese instante. Así lo dispone también el art. 1748 del Cód. Civ. y Com. que dispone: "Curso de los intereses. El curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio". Queda claro, pues, que los intereses van a calcularse luego sobre la cantidad que resulte de la liquidación a efectuarse).

b) *Cooperación del acreedor*: para que el retraso pueda ser imputable (subjetiva u objetivamente) al deudor, es presupuesto indispensable que el acreedor realice los actos de cooperación necesarios para que aquél pueda cumplir. La falta de cooperación impide que pueda hablarse de mora, precisamente, por falta de uno de los presupuestos (falta de imputabilidad al deudor, que luego analizaremos).

c) *Posibilidad y utilidad del cumplimiento tardío. La mora frente a las obligaciones de no hacer*: como lo hemos venido destacando a lo largo de este aporte, para la configuración de la mora se requiere que no nos encontremos ante un supuesto de incumplimiento absoluto y que exista la posibilidad fáctica y jurídica de que el deudor pueda cumplir aun tardíamente, en virtud de resultar previsible y todavía útil para satisfacer el interés del acreedor.

En virtud de esto, diremos que las disposiciones sobre la mora rigen exclusivamente para las obligaciones de dar y de hacer. Por ello, podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que no resulta de aplicación el instituto de la mora, ni en las obligaciones sometidas a plazo esencial ni en las obligaciones de no hacer, ya que el contraventor debe los daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención. En este mismo sentido, la mayoría de la doctrina sostiene que el retardo es incompatible con la obligación de no hacer: ya que cuando el acto que no efectúa el acto que no debía hacer incurre automáticamente en incumplimiento definitivo, o sea, en una situación de cumplimiento consumada e irreversible **(18)**.

No obstante esta afirmación con la cual coincidimos, estimamos que puede existir algún resquicio para admitir la aplicación del instituto de la mora en ciertas obligaciones de no hacer, sobre todo cuando esta no sea instantánea, sino continuada y permanente.

(17) En este sentido: NATOLI, Ugo — BIGLIAZZI GERI, Lina, ob. cit., p. 242; BIANCA, Cesare, "Dell'inadempimento delle obbligazioni", en SCIALOJA, Antonio — BRANCA, Giuseppe, *Commentario del Codice Civile*, Libro quarto, "Delle obbligazioni", arts. 1218-1219, Ed. Zanichelli, Bologna - Roma, 1979, ps. 182 y ss.; VISINTINI, Giovanna, "Inadempimento e mora del debitore", arts. 1218-1222, en SCHLESINGER, Pietro (fond.) — BUSNELLI, Francesco (dir.), *Il Codice Civile. Commentario*, Ed. Giuffrè, Milano, 2006, 2ª ed., ps. 437 y ss.

(18) GIORGIANNI, Michele, "L'inadempimento. Corso di diritto civile", Giuffrè, Milano, 1975, p. 88; NATOLI, Ugo — BIGLIAZZI GERI, Lina, ob. cit., p. 225. Véase en el derecho argentino en profundo tratamiento que se le brinda a esta cuestión en MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "Las obligaciones de no hacer y la mora", *Doctrina 1974,* Ed. Jurisprudencia Argentina, p. 676; *id.*, "Mora y resolución por incumplimiento", *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de Córdoba, 1997-1, nro. 73.

Para ello, como lo hemos referido en una obra de nuestra autoría sobre la materia **(19)**, debemos recordar que las *obligaciones de no hacer* pueden ser:

a) Obligaciones de abstención (*in non facendo*): son aquellas en las cuales la prestación que asume el deudor consiste en una conducta negativa, es decir, en la no realización de determinados actos materiales. El deudor debe abstenerse de realizar algo (v.gr., no construir un muro, no viajar a lugar determinado, etc.).

b) Obligaciones de tolerancia (*in patiendo*): son aquellas en las que el deudor se obliga a soportar o tolerar que otra persona realice una actividad determinada (v.gr., el locatario de un inmueble asume —en virtud del contrato de locación que ha suscripto— el deber de no impedir que un vecino pueda atravesar el inmueble que ocupa para poder acceder a la vía pública). Este tipo de obligación fue asimilada a la servidumbre, aunque esta última constituye un derecho real.

Asimismo, con relación a su duración y proyección en el tiempo, las obligaciones de no hacer se clasifican en:

a) Instantáneas: son aquellas en las cuales la prestación negativa se agota en un único instante (v.gr., una persona se compromete a no presentarse a una audiencia de oposición de antecedentes que se celebra un día determinado, por lo cual cumple con su obligación no asistiendo a ella).

b) Permanentes: son las que denotan cierta perdurabilidad a lo largo del tiempo, pudiendo clasificarse asimismo en: continuadas (aquellas en las que la prestación negativa se proyecta a lo largo de un tiempo determinado o indefinidamente, sin fraccionamiento alguno —v.gr., no viajar a determinado lugar durante el plazo de tres meses—); o periódicas o de tracto sucesivo (son las que contienen una prestación negativa que debe ser cumplida de modo fraccionado —v. gr., tolerar que una persona pueda alojarse en el inmueble dado en comodato una semana cada dos meses—).

Pues bien, de conformidad con la clasificación de las obligaciones de no hacer que hemos mencionado precedentemente, es donde estimamos que pueden existir supuestos de aplicación de la mora en las obligaciones de no hacer, en virtud de los distintos efectos que ellas producen —en relación con el cumplimiento espontáneo y específico— según se trate de una obligación de no hacer instantánea o permanente:

a) En las obligaciones de no hacer instantáneas, ante la realización del hecho que se debía omitir, el deudor incurre en incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación.

b) En cambio, si el deudor incumple una obligación de no hacer permanente (ya sea periódica o continuada), la realización de los actos que no debió realizar puede no dar lugar a un incumplimiento absoluto y definitivo, *sino que puede ocasionar únicamente un supuesto de mora* (v. gr., si el deudor se había comprometido a suspender la realización de las obras de construcción de un inmueble determinado un día determinado, y sin perjuicio de ello, continuó efectuándolas por varios días más hasta que finalmente decidió cesar con ellas; en este caso, pues, el acreedor puede demandar por el cumplimiento tardío de la obligación los daños y perjuicios derivados del retardo en el pago).

II.3. Requisitos

Para que se configure la mora del deudor, deben concurrir los siguientes requisitos: a) el retardo en el cumplimiento; b) que dicho retardo sea imputable —subjetiva u objetivamente— al deudor; y, c) la constitución en mora del deudor. No soslayamos, sin embargo, que algunos autores incorporan otros recaudos, como la necesidad de acreditar el daño sufrido por el acreedor y la demostración de relación causal entre el incumplimiento y el daño ocasionado **(20)**. Analizaremos cada uno de ellos.

II.3.a. El retardo o demora en el cumplimiento

No hay mora sin retardo, y el retardo presupone la exigibilidad de la obligación, o sea, que el

(19) CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 3ª. ed., 1ª reimp., p. 305.

(20) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 98.

acreedor pueda reclamar el cumplimiento **(21)**; se ha definido el retardo como la inobservancia del tiempo de cumplimiento de la obligación, una violación de la modalidad temporal de la ejecución de la obligación **(22)**, que consiste en no hacer efectiva la prestación en tiempo debido **(23)**. Ello ocurre cuando el deudor no ha realizado el comportamiento debido en el tiempo en que la prestación debía ejecutarse, tal como fuera oportunamente convenido con el acreedor. No obstante, se trata de una situación transitoria, ya que la obligación todavía es susceptible de ser cumplida y apta aún para satisfacer el interés del acreedor. En este momento, comienza la fase dinámica de la relación obligacional, en la cual, si el deudor no realiza la prestación debida, cuando ella todavía es posible (porque si no lo es el incumplimiento es definitivo), tiene lugar una situación provisoria de retardo, caracterizada por la incertidumbre, ya que no se sabe si el deudor cumplirá finalmente o no.

El retardo, por sí solo, carece de trascendencia jurídica sancionatoria **(24)**, ya que el deudor no es todavía incumplidor, no lo hace incurrir en responsabilidad. Si bien el simple retardo es idóneo para producir importantes efectos por sí solo, desprovisto de toda connotación subjetiva —v.gr., a través del simple retraso el acreedor puede exigir el cumplimiento tardío de la prestación debida, oponer la excepción de incumplimiento contractual o la resolución del contrato por incumplimiento (prevista en el art. 1083, Cód. Civ. y Com.)—, estimamos que existe una diferencia sustancial entre ambos ya que la mora requiere ser imputada subjetiva u objetivamente al deudor, para provocar los efectos previstos por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, afirma Gamarra que, si el retardo es atraso en el cumplimiento de la obligación, hay retardo en un sentido muy amplio o laxo desde que la obligación es exigible hasta el momento en que el deudor realiza la prestación. Pero dentro del retardo deben distinguirse dos especies: 1) en la mora por interpelación, un período temporal que va desde la exigibilidad hasta la interpelación (que corresponde al plazo de tolerancia o prórroga tácita del plazo), que denomina retardo en sentido impropio, porque no genera consecuencias sancionatorias; y, 2) el período de atraso que corre desde la interpelación en la mora *ex persona*, o desde el vencimiento del plazo en la mora *ex re*, denominado retardo en sentido propio, porque coincide con el incumplimiento temporal **(25)**.

En un sentido similar, una calificada doctrina española afirma que se debe distinguir el "no cumplimiento" del "incumplimiento": a) en la mora por interpelación (aunque no en los supuestos de mora automática) la exigibilidad no coincide con el incumplimiento, la obligación deviene exigible, pero, aunque el deudor no la ejecute, no es incumplidor. Mientras el deudor dispone de discrecionalidad para elegir el momento de cumplir, existe "no cumplimiento"; b) ahora bien, cuando dicha discrecionalidad se acaba, si no cumple, hay incumplimiento o infracción obligacional: el paso del "no cumplimiento" al "incumplimiento" viene dado por la constitución en mora del deudor, que es la constatación jurídica de la actitud del deudor de no cumplir **(26)**.

(21) GAMARRA, Jorge, ob. cit., p. 85.

(22) BIANCA, Cesare, ob. cit., p. 22.

(23) COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", Ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944, 3ª ed., nro. 90, p. 70; LÓPEZ CABANA, Roberto, ob. cit., p. 87.

(24) En este mismo sentido, en el derecho argentino, véase: LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, 6ª ed. act. por Patricio Raffo Benegas, t. I, nro. 102, ps. 115 y 116; LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil. Tratado de las obligaciones", Ediar, Buenos Aires, 1947, t. I, nro. 160, p. 158; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "Comentario al art. 508", en BUERES, Alberto J. (dir.) — HIGHTON, Elena (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, t. 2A, 3ª reimp., p. 104. En cambio, entienden que la simple demora por sí sola puede producir daños al acreedor: LÓPEZ CABANA, Roberto, ob. cit., p. 88; PADILLA, René, "Responsabilidad civil por mora", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, nro. 28, p. 53; PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, p. 511.

(25) GAMARRA, Jorge, ob. cit., p. 86.

(26) BADOSA COLL, Ferrán, "Comentario al art. 1100", en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, t. II, p. 33.

II.3.b. Imputabilidad del retardo al deudor

El retardo en el cumplimiento no basta para la configuración de la mora en el deudor, sino que debe existir además un factor de imputación de dicha demora hacia el deudor, que puede ser subjetivo (culpa o dolo) e, inclusive, objetivo (garantía, equidad, deber calificado de seguridad, etc.). La mora requiere, necesariamente, de la presencia de un factor de atribución que califique el retardo material como moratorio y que permita atribuir axiológicamente las consecuencias que genera a una persona determinada. El retardo en el cumplimiento obligacional, en principio, hace presumir la imputabilidad, hasta que se alegue y pruebe lo contrario **(27)**.

No han sido pocos en nuestro país los autores que han sostenido que la morosidad solamente puede ser imputable a título de culpa o de dolo del deudor **(28)**. Estimamos, por nuestra parte y al igual que lo hace una calificada doctrina **(29)**, que los supuestos más frecuentes son los de mora objetiva, lo que se configura sobre todo en las obligaciones de resultado o de fines, en donde el incumplimiento mismo de la prestación configura —*a priori*— el estado de mora del deudor (v.gr., si quien debe entregar una cosa al acreedor no lo efectúa), a menos que este acredite la imposibilidad de cumplimiento. En cambio, en las obligaciones de medios, la imputación hacia el deudor debe ser subjetiva, fundada en su culpa o dolo.

De tal modo, cuando la mora es subjetiva, deberá el deudor acreditar su ausencia de culpabilidad para demostrar que el retardo en el cumplimiento no le es imputable. En cambio, cuando la mora y la responsabilidad de ella son de naturaleza objetiva, la imputación se efectúa con abstracción de toda idea de culpabilidad y con base en un parámetro objetivo de atribución (riesgo creado, garantía, equidad, deber calificado de seguridad, etc.), por lo cual la única eximente válida para que ella no sea imputable al deudor será la acreditación de una causa ajena: hecho del acreedor, hecho de un tercero por quien no deba responder o el caso fortuito o fuerza mayor. Esta diferencia entre mora subjetiva y mora objetiva tendrá sideral importancia para el deudor a la hora de acreditar las eximentes para liberarse de responsabilidad: ello así, puesto que si la mora es subjetiva, le bastará al deudor con demostrar su ausencia de culpabilidad para acreditar que el retraso no le es imputable; pero, en cambio, si la imputación de la mora es objetiva, solo podrá eximirse de sus efectos acreditando la existencia de una causa ajena (hecho o culpa del acreedor, hecho o culpa de un tercero por quien no deba responder, caso fortuito o fuerza mayor), lo cual equivale a demostrar la inexistencia de relación causal entre el incumplimiento objetivo y el daño del acreedor.

Por ende, el deudor se eximirá de caer en estado de mora en cuanto demuestre que ella no resulta imputable a su persona, ni subjetiva ni objetivamente. Así lo dispone expresamente el art. 888 del Cód. Civ. y Com., en cuanto expresa: "Para eximirse de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación".

II.3.c. Constitución en mora

El deudor debe ser constituido en mora, para que se produzcan los efectos previstos por el ordenamiento jurídico para este instituto. Dicha constitución en mora puede producirse por el mero transcurso del tiempo o bien mediante un requerimiento expreso por parte del acreedor.

Existen dos sistemas de constitución en mora:

a) Mora *ex re*: también llamada mora automática, se produce por el solo transcurso del tiempo

(27) LÓPEZ MESA, Marcelo, "Derecho de las obligaciones", Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, t. I, p. 446.

(28) En este sentido, entre otros: WAYAR, Ernesto, "Tratado de la mora", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1981, ps. 111 y 331; PADILLA, René, ob. cit., nro. 46, p. 99; BUSSO, Eduardo, "Código Civil anotado", Ediar, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 257.

(29) BUERES, Alberto J., "El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor", RDPyC, nro. 17, "Responsabilidad contractual - I", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, ps. 95 y ss.; íd., "El pacto comisorio tácito y la mora del deudor", LA LEY 1980-A, 843. También PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 2, quienes sostienen que la mora, como especie de retardo jurídicamente calificado, presupone necesariamente la presencia de un factor de atribución objetivo en la mayoría de los casos, como el deber calificado de seguridad o el riesgo creado (ps. 511 a 514).

sin que sea necesario que el acreedor efectúe interpelación alguna al deudor. Esta concepción de la mora era concebida ya en el derecho romano, en donde la regla general era que la mora se configuraba por la sola fuerza de las cosas (mora *ex re*), como ocurría generalmente en los casos de obligaciones a plazo y de obligaciones nacidas de delitos, entre los supuestos más importantes, aunque también si el deudor se ausentaba sin dejar representante. Ello era aplicación de la regla *dies interpellat pro homine* (el día de vencimiento interpela por el hombre). Solo excepcionalmente en el derecho romano se requería entonces la constitución de la mora mediante requerimiento previo de pago del acreedor (*interpellatio*) hacia el deudor (mora *ex persona*), aunque para los juristas romanos, esta *interpellatio* no era un requisito imprescindible para que se produjera la mora, la que tenía más una importancia probatoria, sobre todo en casos dudosos (ello surgía del *Digesto* y de las *Institutas* de Gayo). Si se trataba de la entrega de una cosa y no se hizo, la obligación se perpetuaba (*perpetuatio obligationis*); de tal modo, el deudor quedaba responsabilizado aun si la cosa hubiera perecido por caso fortuito.

b) Mora *ex persona*: este sistema requiere de un acto previo del acreedor, llamado interpelación, para constituir en mora al deudor. Reconoce sus orígenes en el *Code* francés (art. 1139) que —apartándose del derecho romano— determinó la necesidad de que el acreedor requiera categóricamente el pago al deudor en forma previa para que este último quede en estado de mora. De tal modo, queda claro que, en este sistema, el simple paso del tiempo no constituye morosidad alguna en el deudor incumplidor. Se argumentaba a favor de este sistema que la ausencia de interpelación permitiría deducir que el acreedor no había sufrido daño alguno ante el incumplimiento y que, además, al existir requerimiento previo, se estaba brindando al deudor una última oportunidad para que cumpla evitándose de tal modo los graves efectos que una mora automática provocaría.

Existen en el derecho comparado diversas tendencias en torno a la constitución en mora.

Así, podemos decir que se enrolan en un sistema de constitución en mora *ex persona* al requerir interpelación previa al deudor: el Código Civil francés (art. 1139), el Código Civil español (art. 1100), el Código Civil uruguayo (art. 1336); entre otros. Este sistema, como vimos, era el adoptado por el derogado art. 509 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield y por los anteproyectos de reforma del Código Civil argentino de Bibiloni y de 1954.

También poseen como principio general un sistema de constitución en mora *ex persona*, aunque reconocen como excepción los supuestos de obligaciones a plazo —para las cuales rige la mora automática—: el Código Civil italiano (art. 1219), el BGB alemán (§ 284), el Código de las Obligaciones suizo (art. 102) y el Código Civil portugués (art. 805), entre otros.

Finalmente, consagran actualmente un sistema de constitución en mora automática o *ex re*: el Código Civil chileno (art. 1551), el Código Civil colombiano (art. 1608), el Código Civil brasileño (art. 960), el Código Civil mexicano (arts. 2080 y 2104) y el actual Código Civil y Comercial argentino (arts. 886 y ss.). Estos ordenamientos jurídicos, no obstante este principio general, reconocen varias excepciones en las cuales es necesaria la interpelación previa al deudor para poder constituirlo en mora.

Como mencionamos, la interpelación, como recaudo previo necesario en la mora *ex persona*, es un acto por medio del cual el acreedor efectúa una exigencia de pago al deudor, y por tanto puede tener por sujeto activo al acreedor y, por pasivo, al deudor **(30)**.

1. Caracteres. Se caracteriza porque: a) es un acto jurídico, ya que persigue una finalidad o consecuencia jurídica (cfr. art. 259, Cód. Civ. y Com.); b) es unilateral, puesto que depende únicamente de la voluntad del acreedor, prescindiéndose completamente del deudor, quien solo puede impedir su constitución en mora mediante el cumplimiento de la prestación debida; c) es recepticia, debido a que está destinada al deudor quien debe notificarse del requerimiento del acreedor para poder ser constituido en mora; d) es no formal, ya que no está sometida ni a forma ni a solemnidad alguna, aunque se recomienda que sea efectuada por escrito a los fines de facilitar su prueba **(31)**; e) puede efectuarse judi-

(30) GAMARRA, Jorge, ob. cit., p. 169.

(31) Algunos autores admiten la posibilidad de que pueda ser efectuada aun verbalmente (COMPAGNUCCI

cial o extrajudicialmente, según sea realizada o no en el marco de un proceso judicial (la judicial resulta de la notificación de la demanda o reconvención y de la intimación de pago en el proceso ejecutivo, aunque también puede resultar de un embargo preventivo o de cualquier otra intimación de pago efectuada en un proceso). La interpelación es eficaz, aunque haya sido efectuada ante juez incompetente o presente defectos formales **(32)**, pues pese a ello, es inequívoca la voluntad del acreedor para reclamar el pago.

2. Requisitos. Para resultar válida, la interpelación debe cumplir con ciertos recaudos, bajo apercibimiento de no tenerse al deudor por interpelado. Ellos son: a) debe contener un requerimiento categórico hacia el deudor, es decir, una exigencia de pago expresada en forma imperativa; b) dicho requerimiento también debe ser apropiado, ya que el pago exigido debe estar referido a la prestación incumplida por el deudor (en forma y tiempo oportunamente convenidos), ya que la interpelación no será válida si el acreedor requiere al deudor lo que este no debe o si, por ejemplo, le exige el cumplimiento de una prestación debida que aún no resulta exigible; c) la interpelación debe ser coercitiva, toda vez que el requerimiento del acreedor debe advertir de las consecuencias a que debe atenerse el deudor de persistir en su postura de incumplimiento; d) la prestación exigida debe ser de cumplimiento posible, toda vez que la exigencia de pago debe ser efectuada de modo razonable para que el deudor pueda fácticamente cumplir con la obligación oportunamente asumida (v.gr., no se puede intimar al deudor a cumplir con la prestación en un plazo de 24 hs. cuando ello físicamente no resultaría posible, como ocurriría —por ejemplo— en el caso de tener el *solvens* que finalizar la construcción de un edificio al que todavía le faltan dos pisos); e) debe contener un requerimiento circunstanciado, es decir, indicar las circunstancias de tiempo y lugar en el cual debe el deudor efectuar el pago; f) debe existir cooperación del acreedor para posibilitar el cumplimiento por parte del deudor (v.gr., si se lo interpeló para que concurra a escriturar queda claro que solo podrá el *solvens* dar cumplimiento con ello si es que el acreedor también concurre al acto); g) debe haber ausencia de incumplimiento por parte del acreedor en las relaciones bilaterales. Coincidimos con lo sostenido por una calificada doctrina, en cuanto a que quien interpela debe poner a disposición su prestación, porque si no el otro contratante podría negarse, ya que la prestación de uno es la causa de la prestación de otro **(33)**; lo propio ocurriría también de requerirse de alguna conducta o actividad del acreedor para poder perfeccionarse, ya que en tal caso debe ofrecer en la interpelación su colaboración.

No podemos soslayar que también nos encontraremos con determinados supuestos en los cuales la interpelación será innecesaria por resultar estéril, pudiendo mencionar algunos casos:

- Si el deudor ha reconocido expresamente hallarse en mora, por lo cual la interpelación deviene innecesaria, y la mora surtirá efectos desde el mismo instante en que se ha realizado el reconocimiento (arg. arts. 733 y ss., Cód. Civ. y Com.).

- Si el deudor expresa su voluntad de no cumplir con la obligación, constituyendo dicha situación, a nuestro entender, un supuesto de mora automática, por lo cual la interpelación resulta irrelevante.

- En los supuestos previstos por el art. 1088, inc. c), del Cód. Civ. y Com., referidos a los casos de resolución por cláusula resolutoria implícita. Allí se establece que "La resolución por cláusula resolutoria implícita exige: (...) c) que el acreedor emplace al deudor, bajo apercibimiento expreso de la resolución total o parcial del contrato, a que cumpla en un plazo no menor de quince días, excepto que, de los usos, o de la índole de la prestación, resulte la procedencia de uno menor. La resolución se produce de pleno derecho al vencimiento de dicho plazo. Dicho requerimiento no es necesario si ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento, si la parte incumplidora ha manifestado su decisión de no cumplir, o si el cumplimiento resulta imposible. En tales casos, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el acreedor la declara y la comunicación

DE CASO, Rubén, "Comentario al art. 508", en BUERES, Alberto J. [dir.] — HIGHTON, Elena (coord.), ob. cit., p. 107).

(32) SALVAT, Raymundo, "Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general", Ed. TEA, Buenos Aires, 1952, 6ª ed. act. por E. V. Galli, t. I, ps. 105 y 106.

(33) LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit., p. 462.

es recibida por la otra parte". En tales casos, estimamos, la interpelación resulta irrelevante e innecesaria por resultar estéril.

III. El Código Civil y Comercial y el principio de la mora automática. Soluciones y algunos interrogantes

A) Como se puede apreciar de la simple lectura del art. 886, el Cód. Civ. y Com. establece como regla general a la mora automática (*ex re*), al disponer que la mora del deudor se configura por el solo transcurso del tiempo para su cumplimiento. Textualmente, dispone la norma: "Mora del deudor. Principio. Mora automática. Mora del acreedor. La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación". En virtud de ello, una vez operado el vencimiento de la obligación, el deudor quedará en estado de morosidad, sin que sea necesario requerimiento alguno por parte del acreedor para su constitución en mora.

Adviértase que solo en el texto del Código Civil originario redactado por Vélez Sarsfield este instituto poseía una regla general: pero en esa ocasión, se había establecido un sistema de mora *ex persona* que requería, en la mayoría de los casos, la realización de una interpelación previa del acreedor al deudor. Esa regla general fue disuelta con la reforma introducida por la ley 17.711, la cual, si bien establecía distintos tipos de mora para las diferentes clases de obligaciones, no fijaba ninguna regla general.

En cambio, en el actual Código Civil y Comercial se vuelve a establecer una regla general, pero centrada en la mora automática o *ex re*, lo cual brinda mayor agilidad a las operaciones comerciales y aporta su contribución a la dinámica propia que exige el tráfico comercial en el siglo XXI.

¿Cómo y cuándo se produce la mora automática?

El principio general establecido en el art. 886 del Cód. Civ. y Com. es muy claro: ella opera en todo supuesto obligacional que no esté encuadrado dentro de alguna de las excepciones antes indicadas.

Primordialmente, operará en todas aquellas obligaciones de exigibilidad inmediata (puras y simples), que son aquellas que deben ser cumplidas en el momento de su nacimiento.

De tal modo, el Código Civil y Comercial ha puesto punto final a una añeja polémica gestada en derredor del texto del art. 509 del Código anterior, reformado por la ley 17.711, en torno a la mora del deudor en las obligaciones de exigibilidad inmediata.

Ello así puesto que se distinguía entre exigibilidad y mora, afirmándose que la primera es presupuesto de la segunda; para que el acreedor pueda obtener la ejecución forzada de una obligación basta que ella sea *exigible*; en cambio, para que el deudor pueda ser considerado en mora, se requiere además que exista un retardo imputable a él **(34)**. Y respecto de ello, ocurría que mientras en las obligaciones a plazo cierto el incumplimiento provocaba la presunción de imputabilidad en el retardo, no existía una norma que estableciera un criterio general para las obligaciones puras y simples **(35)**, tal como había sido redactado el art. 509 luego de la reforma de la ley 17.711. Sin embargo, la mayoría de la doctrina nacional señalaba que las obligaciones puras y simples eran exigibles desde su nacimiento, y que, si el deudor no las cumplía en ese instante, era porque el acreedor, tácitamente, le estaba otorgando un plazo. Debía, de tal modo, interpelarlo para constituirlo en mora **(36)**. En contra de ello, una calificada doctrina sostenía que

(34) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, "La mora y la reforma al art. 509 del Código Civil argentino", JA 1968-V-708.

(35) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Comentario al art. 509", en BELLUSCIO, Augusto (dir.) — ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 596.

(36) Entre otros, véanse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La mora en las obligaciones puras y simples", LA LEY, 1976-A, 408; RAMELLA, Anteo, "La mora: doctrina en torno al art. 509 del Código Civil", LA LEY, 140, 1040. En contra, PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., quienes expresan que el presumir que el acreedor ha consentido esa situación lleva a una solución doblemente injusta: por un lado, el acreedor debe soportar que el deudor no cumpla y, por otro, además, que se presuma que él ha otorgado un plazo tácito de cumplimiento; y agregan que lo dicho asume mayor relieve si se tiene en cuenta que, como corolario de ese equivocado razonamiento, se termina imponiendo al acreedor una nueva carga ulterior: interpelar al deudor para constituirlo en mora (p. 542).

esas posturas estaban aferradas a preconceptos, y que el más grave de todos era considerar que la mora automática es incompatible con las obligaciones de exigibilidad inmediata **(37)**, lo cual es un error.

Por nuestra parte, con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial entendíamos que exigir al acreedor una interpelación previa al deudor para constituirlo en mora en una obligación pura y simple resultaba ser un exceso, ya que cuando el *solvens* asume una obligación pura y simple debe adoptar todos los medios necesarios que le permitan cumplir en ese instante, sin posibilidad de ampararse en una falta de requerimiento para evitar la configuración del estado de mora; y, además, nos resultaba contradictorio el que se aplicaba en materia de hechos ilícitos, en donde la mora en la obligación de resarcir (que es de exigibilidad inmediata) operaba automáticamente desde el mismo momento de producción del daño.

El Código Civil y Comercial ha logrado despejar toda duda al respecto y consagra de manera expresa el criterio de la mora automática para las obligaciones puras y simples, como surge claramente de lo dispuesto en el art. 871: "Tiempo del pago. El pago debe hacerse: a) si la obligación es de exigibilidad inmediata, en el momento de su nacimiento; b) si hay un plazo determinado, cierto o incierto, el día de su vencimiento; c) si el plazo es tácito, en el tiempo en que, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, debe cumplirse; d) si el plazo es indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local". De tal modo, la mora se produce automáticamente por el solo trascurso del tiempo fijado para su cumplimiento, que no es otro que "el momento de su nacimiento" (inc. a]), por lo cual si el deudor no cumple en ese momento queda automáticamente comprendido en estado de morosidad.

Asimismo, en las *obligaciones sujetas a plazo determinado cierto o incierto,* el inc. b) dispone que si hay un plazo determinado cierto o incierto el pago debe hacerse "el día de su vencimiento", por lo cual la mora opera automáticamente "por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento", el que puede ser establecido por las partes, por la ley o por el juez según el caso.

Sin embargo, pese a la claridad emanada del texto legal, estimamos que debe ser apreciada con cierta flexibilidad la cuestión del ingreso en estado de mora del deudor de manera automática, cuando el deudor estaba obligado al cumplimiento en una obligación de plazo *incierto*. Ello así, puesto que, como lo ha puesto en evidencia una calificada doctrina, puede ocurrir que el deudor ignore la ocurrencia del hecho que tornaba la relación jurídica como de plazo incierto y, por lo tanto, ello impondría al acreedor comunicarle tal circunstancia a fin de que cumpla, de conformidad con el principio de la buena fe **(38)**. Como ejemplo de ello, puede ocurrir que una compañía de seguros ignore que la persona que contrató el seguro de vida falleció, por lo cual sería acorde al principio de buena fe el tener que comunicar al deudor este hecho para que tome conocimiento de que su prestación se ha tornado exigible. Se trataría de una simple comunicación y no de una interpelación en sentido estricto, por lo que no estaría sujeta a ninguna de las formalidades anteriormente estudiadas. Esa construcción fue aceptada por algunos proyectos de reforma al derecho privado argentino (así, p. ej., Proyecto de 1983, art. 509).

Sin embargo, de admitirse esta postura, también se generaría el interrogante con relación a cuándo se debe considerar que el deudor está en mora, aunque compartimos la opinión de Pizarro en cuanto a que estará en mora a partir del momento mismo en que la comunicación llegue al domicilio del deudor, con independencia de que este tome efectivo conocimiento de ella, y que, en tal caso, no se debería otorgar plazo alguno para que el deudor cumpla, operando la mora desde entonces **(39)**.

Un interrogante que se plantea a la luz de la actual redacción del Código Civil y Comercial es qué sucede con la constitución en mora en aquellas obligaciones en las cuales al acreedor es

(37) PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 545.

(38) Véase, ALTERINI, Atilio A. — AMEAL, Oscar J. — LÓPEZ CABANA, Roberto M., ob. cit., nro. 402, p. 184.

(39) PIZARRO, Ramón D., "La mora del deudor en el Código Civil y Comercial", LA LEY, 2016-B, 758, AR/DOC/532/2016.

quien debe presentarse en un domicilio diferente al suyo para percibir la prestación: son las llamadas obligaciones de recogida o —en el derecho francés— obligaciones *quérables*. Ellas se diferencian de las obligaciones *portables* que exigen del deudor que sea quien lleve a cabo el transporte o el desplazamiento de la prestación, cargue con los costos y los riesgos de ello y la cumpla en el domicilio del acreedor.

No podemos soslayar tampoco que, sin perjuicio de que en la gran mayoría de los casos son las partes de una obligación quienes establecen el domicilio de pago en ejercicio de la autonomía de la voluntad, es el art. 874 del Cód. Civ. y Com. el que dispone: "Lugar de pago no designado. Si nada se ha indicado, el lugar de pago es el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. Si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor. Esta regla no se aplica a las obligaciones: a) de dar cosa cierta; en este caso, el lugar de pago es donde la cosa se encuentra habitualmente; b) de obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo; en este supuesto, lugar de pago es donde debe cumplirse la prestación principal".

La doctrina nacional ha manifestado su preocupación con relación a la aplicación de la mora automática en las obligaciones de recogida, ya que el hecho de que al deudor pueda constituírselo en mora automáticamente cuando era el acreedor quien debía ir a cobrarle a su domicilio (lo cual constituye una ventaja para el *solvens*), solamente mediante el paso del tiempo y sin que se acredite que el acreedor pasó a cobrar aquello que el deudor le debía, "implica dejar en manos del acreedor la suerte del deudor y cargar sobre él crecidas deudas por intereses, que el deudor pudo no saber que habían empezado a correr" **(40)**. En este sentido, algunos autores han manifestado que ningún deudor incurrirá en mora si la obligación debía cumplirse en el domicilio del deudor y el acreedor no pruebe haber concurrido a recibir el pago **(41)**.

La Corte de Casación francesa ha establecido la regla, en materia de obligaciones *quérables* o de recogida, que el acreedor no puede válidamente colocar en estado de mora al deudor, más que después de haber vanamente reclamado el pago de la deuda en el domicilio de este **(42)**.

Sin embargo, la cuestión no está del todo clara en nuestro país: ¿cuándo se constituye en mora ante una obligación de este tipo?

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha resuelto el 21/03/1980 que "En el caso de que la obligación deba pagarse en el domicilio del deudor y la mora fuera de constitución automática, para eximirse de ella el deudor debe acreditar que el acreedor no compareció al efecto" **(43)**. Desde nuestro punto de vista, resulta al menos preocupante este criterio porque se estaría imponiendo al deudor la carga de probar un hecho negativo: que el acreedor no concurrió a percibir el crédito, lo cual lo transforma en una prueba diabólica.

En cambio, la Suprema Corte de Buenos Aires ha fallado años más tarde en sentido contrario, al disponer que, cuando el domicilio de pago es el del deudor, se requiere la efectiva colaboración del acreedor para que se pueda efectivizar la obligación; caso en que la mora del art. 509 del Cód. Civil no se produce de pleno derecho, pues es necesario que el acreedor demuestre que ha concurrido al domicilio de pago con intención de recibirlo y así dar por cumplida con la obligación que emergía del contrato **(44)**.

Pues bien, el Código Civil y Comercial no se expide sobre esta cuestión. Sin embargo, si nos guiamos por lo dispuesto en el art. 888 que hemos transcrito precedentemente, es indudable que la carga probatoria la tiene el deudor.

(40) LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit., p. 258.

(41) BORDA, Guillermo, "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 10ª ed., t. I, p. 79.

(42) Corte de Casación francesa, 3ª sala civ., 23/10/1979, *Bulletin civile*, III, Nro. 183.

(43) CNCiv., en pleno, 21/03/1980, "Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Juan, Carlos y otra", LA LEY, 1980-B, 123, AR/JUR/3326/1980.

(44) SCBA, 31/03/1998, "Zajsek, María Marta c. Pollaroli, Ethel Á. s/cumplimiento de contrato", acuerdo 53.421, SAIJ FA98010257.

Con relación a la mora automática establecida en el Código Civil y Comercial, como toda regla general reconoce excepciones —enunciadas en el art. 887— en virtud de las cuales la mora automática no regirá en las siguientes obligaciones:

"a) sujetas a plazo tácito; si el plazo no está expresamente determinado, pero resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de la obligación, en la fecha que, conforme a los usos y a la buena fe, debe cumplirse;

"b) sujetas a plazo indeterminado propiamente dicho; si no hay plazo, el juez a pedido de parte, lo debe fijar mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor queda constituido en mora en la fecha indicada por la sentencia para el cumplimiento de la obligación.

"En caso de duda respecto a si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho, se considera que es tácito".

B) En cuando a los *efectos de la mora del deudor*, es importante destacar que esta es configurativa del incumplimiento relativo de la obligación imputable al deudor, por lo cual a partir de él se producen una serie de efectos y consecuencias que deberá asumir el moroso. Los principales son:

1. *Se produce la apertura de las acciones de responsabilidad contra el deudor,* ya que este debe indemnizar al acreedor por los daños e intereses moratorios. Ello emana claramente de lo dispuesto en el art. 758 del Cód. Civ. y Com., en cuanto dispone que "El acreedor de buena fe que resulta frustrado en su derecho, conserva su acción contra el deudor para reclamar los daños y perjuicios sufridos", la que también comprende la reparación del daño causado por la mora, como lo veremos en el punto siguiente. No obstante, el *accipiens* puede a su libre elección, intentar la ejecución forzada o la ejecución por otro de la obligación. Si no obtiene el cumplimiento forzado, tendrá derecho a acumular la indemnización por los daños ocasionado por la mora al equivalente pecuniario de la prestación (*id quod interest* —art. 730, inc. 3º, Cód. Civ. y Com.—) con más la indemnización de los mayores daños provocados por el incumplimiento total de la obligación **(45)**.

2. *La indemnización del daño moratorio.* Mencionamos precedentemente que ante la constitución en mora el deudor queda constreñido al pago del daño ocasionado por su morosidad, en los términos del art. 1747 del Cód. Civ. y Com.: "El resarcimiento del daño moratorio es acumulable al del daño compensatorio o al valor de la prestación y, en su caso, a la cláusula penal compensatoria, sin perjuicio de la facultad morigeradora del juez cuando esa acumulación resulte abusiva".

3. *Traslación de los riesgos.* La mora traslada los riesgos del contrato que se fijan definitivamente en la cuenta del incumplidor **(46)**; en las obligaciones de dar, queda claro que los riesgos y los peligros que puede sufrir la cosa que debe entregarse, serán soportados por el deudor moroso, quien, a partir de su ingreso en el terreno de la mora, quedará inhabilitado para invocar la fuerza mayor o el caso fortuito para excusar su incumplimiento. Esto se encuentra dispuesto en el art. 1733, inc. c), del Cód. Civ. y Com.: "Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: (...) c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento".

4. *El acreedor puede solicitar la resolución del contrato.* Así surge de los arts. 1083 a 1088 del Cód. Civ. y Com., que disponen que en los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso.

5. *Imposibilidad de invocar la teoría de la imprevisión.* Así lo dispone expresamente el art. 1091 del Cód. Civ. y Com., al determinar que "Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, so-

(45) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 113.

(46) LÓPEZ MESA, Marcelo, ob. cit., p. 471.

brevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación". Por ende, claro está, no procederá su invocación cuando el perjudicado se encontrase en mora al momento de producirse dicha alteración extraordinaria que menciona la norma, ya que no se daría el requisito de la ajenidad de las circunstancias mencionadas en el artículo citado.

6. *Cláusula penal.* La mora se erige en un presupuesto esencial para que proceda la cláusula penal, tal como lo dispone el art. 792 del Cód. Civ. y Com.: "El deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena, si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. La eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente". Asimismo, agrega el art. 793 del Cód. Civ. y Com. que "La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente".

C) Finalmente, en cuanto a su cesación, *la situación de mora del deudor se extingue:*

a) *Por el pago efectuado por el deudor o por su consignación.* El pago íntegro del deudor pone fin a su estado de mora y, por ende, a los efectos derivados de ella. Constituye un principio en la materia que el deudor moroso tiene derecho a pagar y, ante la negativa del deudor a recibir el pago, a consignarlo judicialmente (cfr. arts. 904 y ss., Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, el pago debe ser total, comprensivo no solo de la prestación adeudada sino también de los intereses moratorios (si se trata, por ejemplo, de una deuda dineraria). En caso de que se efectúe el pago por consignación, este también deberá comprender el importe de los daños ocasionados por la mora. Este derecho de pagar del deudor para poner fin a su estado de mora no es viable cuando ya ha operado la resolución contractual (puesto que estaríamos ante un supuesto de incumplimiento y no de mora), o bien cuando se trata de obligaciones sometidas a plazo esencial.

b) *Por la renuncia del acreedor a hacer valer los efectos de la mora.* Esto es una facultad del deudor, aunque debemos destacar que la renuncia —si bien puede ser expresa o tácita (v.gr., si el *accipiens* confiere al deudor un nuevo plazo para que cumpla)— debe ser inequívoca y apreciada con criterio restrictivo, por lo cual no pueden hacerse interpretaciones extensivas o análogas a situaciones no previstas en ella. Este derecho de renuncia del acreedor solo cede ante prohibiciones legales expresas (v.gr., art. 50, ley 17.418 de Seguros).

c) *Ante la configuración de la imposibilidad de cumplimiento.* Cuando la prestación deviene imposible de forma temporaria o definitiva con posterioridad a la constitución del estado de mora (cfr. arts. 955 y 956, Cód. Civ. y Com.), la mora del deudor se transforma en incumplimiento total y definitivo; no obstante, ello, el deudor incumplidor seguirá adeudando al acreedor (además del contravalor dinerario de la prestación o *id quod interest*) el daño moratorio que su mora ha ocasionado hasta el momento en que la obligación se transformó en una de imposible cumplimiento.

Responsabilidad del Estado por actividad judicial

Marcelo Bee Sellares

Sumario: I. Introducción. Conceptos generales.— II. Los caracteres de la responsabilidad.— III. Imputación de la conducta. Crítica a la LRE.— IV. Reparación. Requisitos de procedencia.— V. Exención de responsabilidad.— VI. La responsabilidad por actividad judicial. El criterio legislativo. La doctrina de la Corte. La responsabilidad *in procedendo. In iudicando*. Responsabilidad por demora en los procesos.— VII. Responsabilidad del Estado por las demoras en la tramitación de los procesos judiciales.— VIII. Error judicial.— IX. La morosidad judicial. El derecho a una sentencia en un plazo razonable.— X. Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento y error judicial.— XI. Conclusión.

I. Introducción. Conceptos generales

La evolución de la responsabilidad del Estado es un punto de partida fundamental para entender cómo opera en el día de hoy. Cabe señalar que en un inicio el Estado no era responsable patrimonialmente, sin embargo, con el tiempo se fue haciendo responsable por los daños causados por sus actividades ilícitas y más adelante por sus conductas lícitas. Esto es central, ya que, las actividades estatales lícitas e ilícitas son propias del derecho público y esto nos obliga a abandonar el campo del derecho civil donde solo existe la responsabilidad por conductas ilícitas.

El precedente "Devoto" de nuestro máximo tribunal a partir de 1933, reconoce la responsabilidad del Estado de modo claro y concluyente.

Nuestro actual Código Civil y Comercial, en su art. 145 establece que las personas jurídicas son públicas o privadas y como personas jurídicas públicas entre otras está el Estado Nacional, de esta forma es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Ahora bien, esa imputación de responsabilidad también tuvo una evolución hasta llegar a la actual y predominante teoría del órgano donde podemos trasladar la imputación de las conductas de los funcionarios o agentes públicos al propio Estado. De esta forma, se liga al Estado —persona jurídica— con sus agentes públicos en términos de traslados e imputación de conductas.

Dentro del marco normativo atinente a este especial Responsabilidad del Estado tutelados en los arts. 14 y 17 de nuestra Constitución Nacional, se establece el carácter inviolable de la propiedad privada y la responsabilidad del Estado en caso de expropiación, como garantía de justicia y seguridad jurídica.

En segundo lugar, las normas de carácter federal estas son, la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y en particular la norma sobre Expropiación 21.499 **(1)**, que extiende la responsabilidad del Estado por actividad legítima con un carácter

(1) Fallos de la Corte que condena al Estado por actividad Legítima vinculada a la privación del derecho de propiedad aplicando en forma analógica los principios de la Ley de Expropiación, que surgen de los precedentes "Cantón, Mario E. c. Nación", CS, Fallos: 301: 403 (1979); "Motor Once SACeI c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 312: 649 (1989); "Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAICFI c. Dirección Nacional de Vialidad", Fallos: 306:1409 (1984); "Juncalán Forestal Agropecuaria SA c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos: 312: 2266 (1989), que extiende la indemnización al rubro lucro cesante.

excepcional y que no se admite el reclamo del rubro lucro cesante.

Cada provincia, al igual que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe dictar en el marco del art. 129 de nuestra Constitución Nacional su propio marco jurídico sobre la responsabilidad del Estado local.

II. Los caracteres de la responsabilidad

La responsabilidad del Estado es objetiva y directa y en los arts. 3º y 4º de la ley se establece la imputabilidad material de la actividad al órgano estatal.

La responsabilidad objetiva la toma del fallo de nuestra Corte en la causa "Vadell", en forma concordante con el otro gran precedente de evolución en esta materia que fue el precedente "Ferrocarril Oeste", que tienen como basamento la falta de servicio y que torna en irrelevante saber quién es la persona que ha actuado.

En la responsabilidad objetiva por falta de servicio, no se analiza a quien es imputable sino el funcionamiento regular o irregular del servicio y a partir de allí analizar si el daño causado al administrado es motivo de reparación **(2)**. Así si la prestación del servicio es regular podremos estar en presencia de una responsabilidad por actividad legítima y por el contrario si la prestación del servicio es irregular estaremos en presencia de una responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, sin que ello signifique relevar de responsabilidad al funcionario del Estado, que actuó con dolo o culpa.

III. Imputación de la conducta. Crítica a la LRE

Sobre la base de la teoría del órgano, la conducta se puede imputar al funcionario/Estado por su conducta legítima e ilegítima **(3)**.

Tanto en los precedentes "Devoto" como en "Ferrocarril Oeste" y "Vadell" se independizó la conducta con relación a quien llevó a cabo de la falta de servicio, estableciendo que quien se compromete a prestar un servicio lo debe realizar adecuadamente para llenar el fin para el cual ha sido creado, por tal motivo la imputación es directa al Estado, refiriéndonos a la conducta de la administración que genera un efecto di valioso con independencia del agente que puede haber intervenido.

Por tal motivo podemos concluir que la imputación es directa y la atribución es objetiva, aplicable tanto a una actuación legítima e ilegítima del Estado ya sea por el normal o anormal funcionamiento del servicio, a diferencia de la LRE que solo prevé la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio en forma irregular o ilegítima.

IV. Reparación. Requisitos de procedencia

Los arts. 3º y 4º de la LRE, establecen cuales son los requisitos de procedencia de la responsabilidad del Estado tanto por actividad legítima como ilegítima.

Los requisitos de admisibilidad son los mismos que en el derecho común estos son: a) daño cierto, b) imputabilidad al órgano Estado, c) relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño.

IV.1. Daño cierto

El daño debe ser concreto, susceptible de ser mensurado. De esta forma el precedente "Serradilla" **(4)**.

En este precedente se deslinda el daño eventual del concreto y, tanto en los casos donde se invoca el daño por actividad legítima e ilegítima la Corte Suprema ha requerido la prueba del daño con certeza.

Por otro lado, es criticable que la inclusión del daño actual solo es en el caso de la responsabilidad por actividad lícita no reconociendo el daño eventual, desconociendo los efectos del daño y por ende una probable alteración al principio de la reparación integral.

(2) CASSAGNE, Juan Carlos, "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", ED 99, ps. 937-945, esp. p. 940.

(3) PERRINO, Pablo, "Responsabilidad del Estado por actividad ilegítima", ED 185-781.

(4) CS, "Serradilla, Raúl A. c. Mendoza Provincia y otro - daños y perjuicios", 12/06/2007, Fallos: 330:2748.

IV.2. Imputabilidad

La imputabilidad se refiere al origen de donde proviene o el evento que ocasiona el daño, sabiendo que sin daño no existe imputación. La imputación no significa excluir al agente de su responsabilidad en la medida que su conducta haya sido ilegítima para ello cabe mencionar el precedente "Hotelera Río de la Plata", en cuanto la Corte determinó la responsabilidad de los funcionarios públicos por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones que le están impuestas **(5)**.

En la responsabilidad por una actividad legítima del Estado, el daño que se infringe al particular por un acto o ley formal o material no lo alcanza al funcionario. El resarcimiento solo es atribuible al Estado **(6)**.

En la responsabilidad por actividad ilegítima del Estado, la imputación al Estado no significa excluir la responsabilidad del agente que intervino o prohibir las acciones en su contra **(7)**, art. 9º de la LRE, en cuanto dispone que la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una forma irregular incurriendo en culpa o dolo las obligaciones legales que le están dispuestas, los hace responsables de los daños que causen.

IV.3. Nexo causal

El daño cuya reparación se pretende debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Para el caso de responsabilidad legítima del Estado, la valoración del nexo causal es más estricta en tanto lo que se requiere es que exista un nexo de inmediatez donde la víctima no haya concurrido a su producción **(8)**, por tal motivo no cualquier interferencia tiene virtualidad para interrumpir el nexo causal lo que debe ser objeto de una ponderación razonable y proporcionada entre la conducta de la víctima con relación a la interrupción del inter causal.

IV.4. Falta de servicio

La falta de servicio está relacionada con la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima tanto en los casos de acción como de omisión. En el precedente "Ferrocarril Oeste" **(9)**, la Corte se refiere puntualmente al afirmar: "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución". Este fallo se corre de la responsabilidad del Estado por culpa o dolo, hacia la falta de servicio, factor objetivo donde se atiende al resultado al cumplimiento de la obligación de prestar ese servicio.

IV.5. Ausencia del deber de soportar el daño. Sacrificio especial

Esta teoría, se basa en constatar que el afectado ha sido objeto de un agravio desigual y excepcional en comparación con la de otros individuos, sobrepasando el límite de lo que el poder público puede normalmente imponer al individuo **(10)**.

V. Exención de responsabilidad

La exención general de responsabilidad prevista en el art. 2º de la LRE estos son los daños producidos por caso fortuito o fuerza mayor o por el hecho de la víctima o por un tercero por quien el Estado no debe responder, son causales que suprimen todo factor de imputación al Estado y que lo eximen de responsabilidad.

El art. 6º de la LRE dispone que el Estado no deba responder ni en forma subsidiaria por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de servicios públicos. El texto refleja el fallo "Colavita" **(11)**, se ha buscado limitar la responsabilidad de Estado en su deber de in-

(5) "Hotelera Río de la Plata SA c. Provincia de Buenos Aires", del 04/09/1985, CS, Fallos: 307:821.

(6) Art. 4º, inc. a) de la LRE que no hace mención de la falta de servicio, pero si hace mención para el caso de actividad ilegítima.

(7) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo. Parte general T. II", ps. 20-26. "Nación c. Prov. de Córdoba", Fallos 255:321 (1963).

(8) Fallo "Ledesma", 312:2023. El nexo causal debe ser directo, inmediato y exclusivo.

(9) Fallo 182:5.

(10) SÁENZ, Juan, "Bases del Régimen de Responsabilidad del Estado en la Argentina. Teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia. Responsabilidad extracontractual del Estado".

(11) Fallo 323:318, 07/03/2000.

demnizar, doctrina que fue parcialmente modificada en el precedente "Bea, Héctor c. Provincia de Mendoza" **(12)**.

Esta norma, a nuestro entender, resulta claramente inconstitucional ya que, se busca y pretende no extender la responsabilidad al Estado y evitar el pago de las indemnizaciones por el mal estado de los servicios públicos concesionados y producidos por el negligente control del Estado concedente violando un principio general del deber de vigilancia **(13)**.

V.1. Extensión de la reparación

La Corte Interamericana de DD.HH., ha receptado el principio de la reparación integral a partir del precedente "Velásquez Rodríguez vs. Honduras" del 21/07/1989, consistente en la plena restitución lo que incluye no solo el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, con el correspondiente pago de una indemnización, como compensación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el moral.

Nuestra LRE no establece el alcance de la reparación en el caso de una conducta ilegítima, pero si la establece, fija y limita para el caso de una actividad lícita, donde no admite la procedencia del rubro lucro cesante, contraviniendo lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El fallo "Winkler" **(14)** contempla que la privación del ejercicio del derecho de propiedad o de sus atributos esenciales por una actividad legislativa debe ser indemnizado siendo el fundamento de la responsabilidad estatal la justica y la seguridad jurídica en virtud de la garantía constitucional del derecho de propiedad de los arts. 14 y 17 de la CN.

El instituto de la expropiación fruto de una actividad del Estado legítima y la extensión de la reparación fue seguido en varios fallos por nuestra Corte en las causas "Motor Once" **(15)**, "Cantón" **(16)**, "Los Pinos" **(17)** entre otros.

En el precedente "Jacarandá" **(18)**, la Corte debatió la procedencia del rubro lucro cesante y se la rechazó, por considerar que no había sido demostrado. Así, nuestro máximo tribunal determinó que los jueces deben actuar con suma prudencia cuando se trata de resarcir daños causados por actos administrativos dispuestos por razones de interés general, verificando si tales daños efectivamente se han producido y son una consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado.

En consecuencia, las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultaren irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitren no se adecúen a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta inequidad y el principio de razonabilidad debe cuidar la coherencia entre las normas y la aplicación en el caso concreto.

A modo de conclusión, podemos sostener que en función de nuestras normas constitucionales y de los tratados internacionales el principio *alterum non laedere* debe otorgársele la máxima amplitud para de esta forma no alterar los derechos reconocidos en nuestra Constitución, conforme lo dispuesto por el art. 28, por lo que a nuestro modo de entender la LRE se ha excedido en el ejercicio de su actividad reglamentaria.

VI. La responsabilidad por actividad judicial. El criterio legislativo. La doctrina de la Corte. La responsabilidad *in procedendo*. *In iudicando*. Responsabilidad por demora en los procesos

La ley de RPE, en su art. 5º dice: "los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho de indemnización".

En la doctrina en general se distingue entre la responsabilidad del Estado por los actos judiciales *in procedendo* e *in iudicando*. El primer supuesto, se basa en el funcionamiento defectuoso del servi-

(12) Fallo 333:1623.

(13) Fallo "Unión de Usuarios y Consumidores c. Estado Nacional y otros", 24/06/2014.

(14) Fallo "Winkler, Juan León c. Estado Nacional", 09/08/1983.

(15) Fallo 312:659, 09/09/1989.

(16) Fallo 301:403 del 15/05/1979.

(17) Fallo 293:617 del 22/12/1975.

(18) Fallo 310:284.

cio de justicia durante la sustanciación del proceso. El segundo supuesto se fundamenta cuando el fallo judicial es injusto —error judicial—.

La responsabilidad del Estado por actos judiciales *in procedendo* tiene relación con el concepto de la falta de servicio, cuando estamos en presencia de una resolución judicial dictada durante la sustanciación del proceso sobre la base de considerar un irregular funcionamiento del servicio de justicia **(19)**.

VI.1. La responsabilidad in procedendo

Los presupuestos de responsabilidad del Estado por actividad judicial son los mismos que la responsabilidad del Estado por sus actividades ilícitas esto es una conducta antijurídica, daño, nexo de causalidad y factor de atribución objetivo y directo **(20)**.

El primer precedente de responsabilidad *in procedendo* es el fallo "Hotelera Río de La Plata", por el cual "se condenó a la Provincia de Buenos Aires por los daños causados por una resolución irregular impartida por un magistrado provincial, toda vez que esta resolución implicó el cumplimiento defectuoso de funciones que le son propias, sosteniendo que quien asume la obligación de prestar un servicio, lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento irregular, en la idea objetiva de la falta de servicio".

En el mismo sentido los precedentes "Etcheverry" **(21)**, "De Gandía" **(22)**, donde la CS debate la responsabilidad del Estado *in procedendo* por omisión.

VI.2. Responsabilidad del Estado in procedendo. *Prisión preventiva*

Otro supuesto de permanente debate es la responsabilidad del Estado en los casos de resoluciones judiciales sobre prisión preventiva respecto de personas que luego son absueltas o desvinculadas por falta de mérito. La CS, no reconoce responsabilidad al Estado cuando la prisión preventiva dictada por el juez fue legítima.

El precedente "Balda" **(23)**, donde se inicia una demanda en contra del Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios, la CS rechaza la demanda sobre la base de los siguientes argumentos: a. El Estado solo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto. b. No puede responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento. La doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de expresas disposiciones legales han modelado la responsabilidad del Estado por actos lícitos como un modo de preservar las garantías constitucionales de la propiedad y de la igualdad jurídica.

En el precedente "Andrada" **(24)**, la CS sostuvo que la indemnización por privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino solo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, más no cuando elementos objetivos hayan llevado al tribunal al convencimiento relativo dado la etapa del proceso, de que medió un delito y que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor. Por lo que se resolvió rechazar la demanda por daños y perjuicios en contra del Estado.

(19) CS, "Tortorelli, Mario N. c. Provincia de Bs. As. - daños y perjuicios", 2006. Fallo 329:1881.

(20) "Maiorano, Jorge L.", LA LEY 1984-D-983. "Sostiene que el fundamento de la Responsabilidad del Estado por actividad judicial, en nuestro país está dado por un complejo de principios que constituyen el Estado de Derecho, cuyo fundamento esta dado en el afianzamiento de justicia, el derecho a la vida, la garantía del art. 17 que asegura la inviolabilidad de la propiedad, la igualdad ante la ley art. 16 de nuestra CN, las garantías de libertad".

(21) CS, "Etcheverry, Luisa c. Provincia de Bs. As. - daños y perjuicios de 1986", Fallo 308:2494.

(22) CS, "De Gandía, Beatriz c. Provincia de Bs. As.", 1995, Fallo 318:845.

(23) CS, "Balda, Miguel c. Provincia de Buenos Aires", 1995, Fallo 318:1990. El voto integrado por los Dres. Fayt, Belluscio y Petracchi sostuvieron que el Estado es responsable del perjuicio a quien imputado de un delito sufre efectivamente prisión preventiva y luego resulta absuelto. En la medida que el auto de prisión carezca de sustento lógico, se revele como infundado o arbitrario.

(24) CS, "Andrada, Roberto H. y otros c. Provincia de Bs. As. daños y perjuicios", 2006, Fallo 329:3806.

Diferente puede ser el supuesto analizado en el caso particular de una prolongación excesiva o irrazonable en el plazo de la prisión preventiva. El precedente "Rosa, Carlos Alberto" **(25)** se enmarca en este supuesto, donde la Corte sostuvo por mayoría, "que el mantenimiento de la medida cautelar por los dos primeros años de detención constituye el producto del ejercicio regular del servicio de justicia, toda vez, que no se advierte que los magistrados penales intervinientes hayan incurrido en un manifiesto y palmario quebrantamiento de la ley aplicable. De allí, que solo se puede denegar la libertad caucionada transcurrido el plazo de dos años en la medida en que el juez presumiese fundadamente que el procesado pueda eludir la acción de la justicia. Entran en colisión, dos derechos el del procesado a recuperar la libertad como garantía constitucional sobre la base de la presunción de inocencia del art. 18 de nuestra Constitución Nacional, y el derecho de la sociedad sobre la base de un interés general de velar por la seguridad, no facilitar la impunidad y velar por la defensa del delito".

"El plazo razonable de la medida —prisión preventiva—, debe ser analizado en una visión armoniosa de derechos que entran en colisión. Ahora bien, este criterio del plazo razonable no puede establecerse en abstracto sin que este se deba fijar en cada caso con vistas a las valoraciones. Particulares".

En el fallo "Mezzadra" **(26)** la Corte dijo "que no correspondía responsabilizar al Estado por la actuación legítima de los órganos judiciales, pero si consideró procedente, el resarcimiento cuando durante el trámite del proceso la actuación irregular de la autoridad judicial había determinado la prolongación indebida de la prisión preventiva del procesado y ello habría producido graves daños que guardan relación directa con la falta de servicio".

VI.3. La responsabilidad in iudicando

Esta responsabilidad está relacionada con el error judicial **(27)** de las sentencias y no simplemente en el marco del proceso judicial. De aquí, surgen varios interrogantes, como debe jugar el principio de la cosa juzgada, podrá revisarse las sentencias, con que alcance.

El marco normativo está dado, por un lado, en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas en el que toda persona que haya sido condenada por una sentencia firme que luego haya sido revocada o el condenado haya sido indultado por un error judicial, la persona debe ser indemnizada conforme a la ley a menos que se demuestre en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente.

Por su parte el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 10 reconoce el derecho a ser indemnizado en caso de ser condenado por sentencia firme mediante error judicial.

Entre las decisiones judiciales más importantes podemos mencionar el fallo "Vignoni" **(28)** de 1988. Lo más relevante va en función de que nuestro máximo tribunal consideró "que solo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento, el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, impide en tanto se mantenga juzgar que hay error judicial. De lo contrario, importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra un pronunciamiento firme no previsto ni admitido en la ley. Antes del dictado del fallo que declare la ilegitimidad, solo le asiste al demandante un derecho eventual susceptible de nacer en la medida en que se dicte una sentencia revisora ya que, esta es el elemento esencial constitutivo del derecho de ser indemnizado".

(25) CS, "Roza, Carlos A. c. Estado Nacional y otros - daños y perjuicios", 1999, Fallo 258:306.

(26) CS, "Mezzadra, Jorge O. c. Ministerio de Justicia y DD.HH. - daños y perjuicios", 2011.

(27) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, 1997, p. 500. "El error judicial debe ser entendido como todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulte ser objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y con la equidad, desviando el resultado del proceso al que naturalmente debió llegar".

(28) CS, "Vignoni, Antonio c. Estado Nacional y otros", 1988, Fallo 311:1007.

En el fallo "Egues" **(29)** nos planteamos cuáles son las vías procesales para revisar las sentencias firmes por errores judiciales. El tribunal en este precedente considera que existen vías aptas para declarar la ilegitimidad o nulidad de una sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada. Para ello, hay que ejercer una acción autónoma declarativa de invalidez de la cosa juzgada material que se considera írrita, entendiéndose por esta, aquella sentencia que es groseramente injusta e inequitativa y violatoria de las garantías constitucionales como eje central del fundamento de la acción autónoma, que es una acción diferente, distinta de la principal que pretende destruir.

El precedente "González Bellini" del año 2009, en el que la Corte volvió a considerar que solo puede responsabilizarse al Estado por los daños provocados por su actuación jurisdiccional en la medida que dicha sentencia firme sea declarada nula o ilegítima, dejada sin efecto. En el caso, se declara procedente el recurso de revisión interpuesto por el actor y anula la sentencia condenatoria sustentándose en la aplicación de la ley penal más benigna.

"Una revisión de la sentencia en causa penal no es suficiente para responsabilizar civilmente al Estado por un acto dictado en el ejercicio de su función jurisdiccional. La reparación del daño provocado por la decisión jurisdiccional solo procede cuando resulta manifiesta y groseramente injusta, lo que presupone un resultado erróneo no ajustado a la ley, concluyendo que en tal caso no se daban dichos supuestos".

VII. Responsabilidad del Estado por las demoras en la tramitación de los procesos judiciales

El caso "Mezzadra" del año 2011, se planteó la responsabilidad del Estado por la duración irrazonable del proceso penal —más de veinte años— en el cual estuvo el actor procesado.

El actor en este precedente no pone en tela de juicio una decisión jurisdiccional, sino que lo que imputa a la demandada es un funcionamiento anormal del servicio de justicia a su cargo advirtiendo el actor que no debe encuadrarse el supuesto en el marco de la doctrina elaborada por esta Corte en materia de error judicial, pues bien, la pretensión indemnizatoria del demandante se sustenta en la responsabilidad del Estado derivada de la dilación indebida del proceso penal al que fue sometido. No se pone en tela de juicio una decisión jurisdiccional, sino que lo que se imputa es una dilación indebida del proceso penal al que fue sometido sobre la base de un funcionamiento anormal del servicio de justicia.

La Corte, para analizar razonablemente la dilación en el tiempo del proceso penal y de esta manera determinar si fue o no razonable tomaron ciertas pautas o estándares a saber: a. complejidad de la causa, b. comportamiento de la defensa, c. conducta del tribunal.

Respecto de la complejidad no se observa que los hechos investigados fueran complejos o se hallara sujetos a pruebas difíciles o de complicada, costosa o tardía recaudación. En cuanto al comportamiento del procesado, el Estado no identifica en forma suficiente las razones por la que ella puede ser calificada como dilatoria. Finalmente, con relación a la conducta de los jueces que intervinieron en el proceso se sostuvo, por un lado, el carácter irrazonable de los plazos fue reconocido por los propios magistrados y por el otro es posible apuntar deficiencias en la dirección del proceso.

El vicio de denegación de justicia se configura cuando la dilación indebida del trámite el proceso se debe esencialmente a la conducta negligente del órgano judicial en la conducción de la causa que impide el dictado de la sentencia definitiva en tiempo útil. En síntesis, la Corte terminó responsabilizando al Estado **(30)**.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos —CIDH— se pronunció en el fallo "Furlan vs. Argentina" **(31)** del año 2012, sobre la responsabilidad del Estado Argentino por una demora excesiva en la resolución de la acción civil contra el Estado —trece años— de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de la presunta víctima en su condición de menor discapacitado, que se

(29) CS, "Egués, Alberto c. Provincia de Buenos Aires", 1996, Fallo 319:2527.

(30) CS, "Mezzadra, Jorge O. c. Estado Nacional y otros - daños y perjuicios", 2011.

(31) CIDH, "Furlán y familiares vs. Argentina", 2012.

accidentó en un inmueble del Ejército Argentino. La sentencia que se dictó trece años después debió ejecutarse por el sistema de consolidación de deudas, es decir, se le pagó al actor con bonos de consolidación y no en dinero.

La CIDH analizó el tiempo del proceso y particularmente su grado de razonabilidad según los siguientes estándares: a. la complejidad de la causa, teniendo en cuenta las dificultades en la obtención y producción de las pruebas, la pluralidad de sujetos y las características del recurso y el tiempo y el contexto en que ocurrió la violación, b. la actividad procesal del interesado, c. la conducta del tribunal, d. la afectación de la situación jurídica del actor.

La Corte entre otros fundamentos del fallo, hace referencia al principio de la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, la cual requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen sus objetivos de manera rápida, sencilla e integral. En conclusión, se terminó condenando al Estado Argentino.

En el caso "Mémoli" **(32)**, la CIDH volvió a tratar el tema del plazo razonable, indicando que todos los órganos que ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas.

"La falta de razonabilidad en el plazo, constituye en principio por sí misma una violación de las garantías judiciales. Reiterando, que se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva, considerando los elementos objetivos que sirven de parámetro para evaluar la razonabilidad del plazo del proceso judicial complejidad de la causa, actividad procesal del interesado, conducta de la autoridad judicial, afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso".

Determinando en el caso que existieron varios períodos de inactividad en el proceso civil que son enteramente atribuibles a las autoridades judiciales, y que dicha falta de diligencia de las autoridades es especialmente relevante al considerar que las presuntas víctimas han sido objeto de una medida cautelar de inhibición. El tribunal advierte que luego de haber sido condenados penalmente las presuntas víctimas han estado por más de quince años sometidos a la amenaza de ser condenados por los mismos hechos en el ámbito civil y en consecuencia ser obligados a pagar todo o al menos parte del monto demandado. En conclusión, la Corte condenó al Estado Argentino por violación de los derechos de garantías judiciales por haber excedido el plazo razonable y de la propiedad privada.

VIII. Error judicial

Antes de ingresar, analizar y desarrollar la figura del error judicial como causal de Responsabilidad del Estado y del magistrado, considero conveniente que ingresemos en un breve análisis sobre el rol que cumple el juez en su función de caras a la sociedad.

El juez como representante del Estado y como funcionario o agente público se encuentra abarcado dentro de la tipicidad consagrada en el art. 9º de la ley 26.944 que señala: la actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones que le están impuestas los hace responsables de los daños que causen.

La acción, tiene un plazo de prescripción de tres años, contra los funcionarios o agentes causantes del daño. El mismo plazo es aplicable al derecho de repetición que tiene el Estado contra los funcionarios o agentes contados desde la sentencia firme que estableció la indemnización.

El juez es un dependiente del Estado y este nuevo concepto de dependencia y su caracterización lo encontramos en el art. 1753 que va en relación con el art. 732 del Cód. Civ. y Com.

Así el artículo del Código Civil y Comercial señala la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio

(32) CIDH, "Mémoli vs. Argentina", 2013.

o en ocasión de sus funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

El art. 732 que nos habla de la actuación de los auxiliares nos dice "que el incumplimiento de las personas de las cuales el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado".

La responsabilidad civil del funcionario/magistrado debe ubicarse en el ámbito de la LRE.

VIII.1. Presupuestos de la responsabilidad civil de los jueces

Podemos decir que el error judicial, es un acto realizado por el juez en el proceso que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa, con el derecho y con la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente se debió llegar. Es un verdadero acto ilícito o contrario a la ley, una grave equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a circunstancias inexistentes.

Para que estemos en presencia de un error judicial, debemos estar en presencia de una violación grave, determinada por dolo, o por negligencia inexcusable, lo que descarta cualquier actividad de interpretación de las normas de derecho y las relativas a la valoración de los hechos y de las pruebas o sea que lo meramente opinable queda fuera del ámbito del daño resarcible.

Otra exigencia para que estemos en presencia de un error judicial es que se hayan agotado todos los recursos ordinarios. En efecto el acto que se ataca como erróneo ha dicho nuestra Corte debe haber sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos. O sea, no debe poder ser revertido por las vías judiciales comunes, habiendo resuelto en ese mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba que es improcedente la demanda de responsabilidad civil contra un magistrado, por su actuación en una causa en perjuicio del actor, si el hecho que funda la pretensión se halla pendiente de decisión judicial ya que, en el ínterin no existe daño consumado.

Otro requisito es que los actos o decisiones jurisdiccionales considerados erróneos o arbitrarios no deben haber sido consentidos por las partes, puesto que en ese caso no cabría un reclamo posterior.

Por último, consideramos que la sentencia errónea debe haber sido revocada. La Corte ha resuelto que el Estado solo puede ser responsable del error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide en tanto se mantenga se pueda juzgar que hay error pues de lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños vendría a constituir un recurso contra el pronunciamiento firme no previsto por la ley.

Otro tema es la responsabilidad del Estado/Juez por el funcionamiento irregular o anormal del Poder Judicial por los errores *in procedendo* cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia que individualmente o en conjunto concurren a la defectuosa prestación del servicio de Justicia. Según Berizonce, debe admitirse igualmente la responsabilidad objetiva y directa del Estado por el funcionamiento anormal del servicio jurisdiccional aplicable a los supuestos objetivos de falta de servicio, que resultan del retardo frustratorio de la garantía del debido proceso, además, de los casos de error judicial. Estamos, ante el cumplimiento irregular del deber de administrar justicia en los plazos legales **(33)**.

La distinción entre la falta de servicio o institucional y la falta personal del juez radica que mientras la primera se da, cuando se evidencia la influencia de la organización judicial del sistema, mientras que la falta personal es achacable al actuar doloso o culposo del juez. También esta distinción radica en la responsabilidad mientras la falta de servicio es responsable el Estado como

(33) BERIZONCE, R., "La nulidad en el proceso. El dolo procesal", en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Ed. Platense, La Plata, 1967, ps. 125 y ss.

organizador del servicio de Justicia, lo contrario ocurre si se juzga decisoria la conducta personal del juez, el debiera ser el único responsable de resarcir. Esta distinción en la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado no está clara, ya que, su última parte del art. 9º dice: "los hace responsable de los daños que causen, además, del juez, el Estado es responsable sin perjuicio del derecho a repetir en la oportunidad y por la vía que resulte procedente".

VIII.2. El acto judicial. El error como vicio. Efectos

De la obra de los Dres. Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas **(34)**, se advierte en el tratamiento de esta temática que se parte de reconocer, que el acto judicial o procesal es un acto jurídico con modalidades propias **(35)**. Como todo acto jurídico tiene sujeto, objeto y forma y dentro de los vicios de la voluntad que pueden afectar la declaración del sujeto cabe consignar al error **(36)**.

Los autores le dan un enfoque interesante partiendo de sostener el error no como causa de nulidad del acto judicial sino como explicación de la negación de justicia como origen de un comportamiento dañoso.

En rigor, la revisión de la decisión impugnada el reconocimiento por el mismo Poder Judicial de su injusticia, nacida del error implica una invalidez. Si bien algunos hablan de revocación de los actos procesales aludiendo al vicio del fraude u otro, no faltan quienes predican que la sentencia o el acto cualquiera sea que padece de entuerto, debe ser declarado nulo **(37)**, esta es la tesis predominante la de la pretensión nulificatoria.

VIII.3. Especies de error

El error o vicio que influye sobre la formación de la voluntad del juez en el acto procesal, hay que distinguirlo, entre el error de hecho del error de derecho. El error de derecho se configura con la deficiencia en la aplicación del derecho al caso juzgado y el error de hecho, con la deficiencia en la interpretación de los hechos que confirman el caso.

Otra diferencia se suscita con la esencialidad o accidentalidad del error. El primero tiene la virtualidad de hacer desaparecer la criminalidad del acto recae sobre la naturaleza misma del acto, en cuanto a su licitud o ilicitud y no solamente sobre sus elementos secundarios o sobre sus defectos **(38)**. En cambio, el error accidental nos recuerda Orgaz es la falsa noción que confundió la mente puede ser tal que aún dada su veracidad permanece siempre la criminalidad de la acción.

VIII.4. Excusabilidad del error judicial de derecho

Hay una tesis tradicional que dice que el error de derecho no excusa que se apoya en los arts. 20, 923, y 930 del Cód. Civil de Vélez y 34, inc. 1º del Cód. Penal.

En el orden de los ilícitos, esta afirmación contundente se relativiza ya hay un sector predominante de la doctrina civilista que admite la relevancia del error de derecho para descartar el dolo o la culpa en los actos ilícitos **(39)**.

Para Brebbia el error de derecho esencial y excusable, borra la culpabilidad del agente exonerándolo de responsabilidad, siendo la razón en que el error de derecho impide la configuración del elemento subjetivo que caracteriza al acto ilícito, al anular la conciencia de la antijuridicidad de la acción **(40)**.

Coincidimos con la posición del Dr. Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas en sostener que el error de derecho judicial no es un error común es un error con aspectos relevantes, observando que por una parte quien se equivoca es un juez una persona experta en derecho que hace de este

(34) MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS, Miguel, "Error Judicial", Ed. Rubinzal-Culzoni, t. VII.

(35) PODETTI, R., "Tratado de actos procesales", Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 178.

(36) BERIZONCE, R., "La nulidad en el proceso. El dolo procesal", ob. cit.

(37) PEYRANO, Jorge — CHIAPPINI, Julio, "El proceso atípico", Ed. Universidad de Buenos Aires, p. 35.

(38) ORGAZ, A., "La Culpa", Ed. Lerner, Buenos Aires, 1970, p. 75.

(39) LÓPEZ OLARCIREGUI en sus anotaciones a SALVAT, Raymundo, Tratado de Derecho Civil Argentino, ps. 241 y ss.

(40) BREBBIA, R., "Boletín del Instituto de Derecho Civil. Tomo I", nro. 8, art. 930, p. 385.

su profesión habitual y si bien, fallar es humano también lo es respecto del conocimiento que tiene sobre el derecho y su manejo muy diferente a un hombre común, esto agrava el juicio respecto de su conducta como juez.

Caben dos atenuantes de importancia. El primero es que el juez no aplica la norma genérica y abstracta, sino que lo hace resolviendo un caso concreto, el juez lo que hace es encuadrar la norma al caso. El segundo es la labor de las partes en el proceso empeñadas en mostrar cada una su propia verdad, esta lucha muchas veces dificulta la aplicación en hallar la norma jurídica que ajusta al caso concreto, induciendo muchas veces al juez a cometer errores de derecho.

Hay que acercar el error de derecho al mundo de la realidad, que hoy es conflictiva como el mismo proceso. De allí que, siguiendo a Betti, el error de derecho es algo más que ignorar la existencia o el contenido de una norma jurídica o interpretar su significado de manera distinta a la real, pudiendo darse al hacer una aplicación inexacta a una situación que no regula y por tanto también al atribuir a un hecho o una relación una calificación jurídica distinta de la que es propia **(41)**.

VIII.5. Consecuencias del error excusable e inexcusable

El error del funcionario/juez conduce a un comportamiento irregular. Es un acto judicial que se aparta de oficio de la regularidad, sea por acción o por omisión. No es sostenible que todo error es excusable y que solo excepcionalmente sea inexcusable, adherimos a la postura que sostiene de la irregularidad errónea inferida de la negligencia culpable equivale a decir inexcusabilidad. Ahora bien, esta presunción puede ser destruida con prueba en contrario, demostrando el juez la razón por quien se equivocó, dando la razón de errar.

Los efectos son diferentes en un caso y en otro en orden a la responsabilidad:

a. Error inexcusable o sea culpable, compromete el deber de indemnizar a cargo del funcionario y del Estado dentro de la responsabilidad común o del derecho privado y aún en la ley 26.944 aunque respecto del Estado deberá considerarse el art. 5º, última parte.

b. Error excusable, es causa de inculpabilidad al decir de Orgaz, desparece la ilicitud al no haber culpabilidad, en palabras de Brebbia y de ahí que nos ubica fuera de la responsabilidad común.

Un sector de la doctrina destaca, que no parece justo que, originándose un daño privado en acciones u omisiones irregulares, pueda la excusabilidad del error del agente exonerar su responsabilidad dejando a la víctima inocente sin reparación. Este tema se aborda cuando hablamos de la responsabilidad por los actos lícitos tanto en el derecho privado como en el derecho público responsabilizando al Estado y a los particulares.

Los fundamentos para responsabilizar al Estado o en su caso condenarlo a indemnizar son una amplitud o generosidad tal que excede la vigencia de los presupuestos clásicos: antijuricidad y culpabilidad.

Queda claro que en el régimen de la ley 26.944, el funcionario/juez responde por los errores culpables o dolosos y queda por determinar la procedencia de la acción respecto del Estado en virtud de la norma de irresponsabilidad del art. 5º, última parte donde el error en virtud de una actividad judicial legítima no genera responsabilidad al Estado, aunque cabría la pregunta si ese error judicial provocado por una actividad legítima con base en el error culpable o doloso puede ser considerada legítima.

IX. La morosidad judicial. El derecho a una sentencia en un plazo razonable

Obtener una sentencia en un plazo razonable es hoy un derecho fundamental de toda persona en su calidad de imputado/procesado y del querellante/denunciante, tanto en el ámbito del proceso civil como del penal y cualquier otro con decisiones jurisdiccionales.

Dentro de la normativa internacional, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 25 establece "que todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a

(41) BETTI, E., "Teoría General del negocio jurídico", Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 34.

ser juzgado sin dilación injustificada o de lo contrario a ser puesto en libertad".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo regula en el art. 9.3: "toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable". De igual manera, la Convención Americana de los Derechos Humanos en su art. 7.5 establece "que toda persona detenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable", y por último la Convención de los Derechos del Niño dice: "el deber de garantizarle a todo niño que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente".

En el ámbito civil, el art. 1775, inc. b del Cód. Civ. y Com., autoriza a "solicitar sentencia en el proceso civil en aquellos casos de prejudicialidad donde el proceso penal se dilata de tal manera que provoca con relación al proceso civil una frustración del derecho a ser indemnizado".

En materia de plazo razonable, la CS tiene varios fallos destaco el de "Losicer, Jorge A. y otro c. Banco Central de la República Argentina". Resolución 169/2005.

El caso tiene su origen en un sumario llevado a cabo por el ente del sistema monetario cuyo objeto fue la investigación de diversas infracciones a la normativa financiera, y que culminó con la aplicación de sanciones pecuniarias administrativas. El sumario se tramitó, durante más de veinte años sin que operara el instituto de la prescripción. Llegado los autos a nuestro máximo Tribunal y luego de analizar y examinar los voluminosos expedientes, la Corte examina si el trámite vulneró la garantía de defensa en juicio —art. 18 de la CN— y el derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable al que alude el inc. 1º del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica. Al respecto Argentina, se encuentra adherida a este tratado de derechos humanos por el art. 75, inc. 22, que respecto a la garantía judicial prescribe no solo el derecho a ser oído sino también el de ejercer tal derecho con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, y a su vez el art. 25 del mismo tratado consagra la protección judicial, asegura la tutela judicial efectiva contra cualquier acto que viole derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, la ley o la Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales. Sigue sosteniendo la Corte el derecho de todo ciudadano a obtener una sentencia en un plazo razonable, sin dilaciones que va con relación al debido proceso del art. 18 de la CN, como garantía constitucional de la defensa en juicio incluyendo el derecho de todo ciudadano imputado o procesado a obtener un pronunciamiento que ponga fin del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre que conlleva todo proceso.

Es importante destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas. Por ende, la Corte sostiene que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica.

La Corte agrega que "en cualquier tipo de proceso jurisdiccional, administrativo o sancionatorio debe respetarse el debido proceso legal pues es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar derechos de las personas".

En el caso particular la aplicación de una sanción de tipo disciplinario no penal fruto de un sumario de más de veinte años no resulta óbice a la aplicación de la mencionada garantía de un debido proceso. La CIDH en el fallo "Baena" —con precedente de la Corte Europea— aseveró que la justicia realizada a través del debido proceso legal se debe garantizar en todo proceso disciplinario y que los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando su no aplicación en sanciones no de tipo no penales pues de ser así, equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso **(42)**.

(42) Fallo "Baena Ricardo vs. Panamá", párr. 129, 2001.

Los jueces deberán evaluar en el caso concreto si se ha configurado un retardo injustificado en la decisión de tipo jurisdiccional, administrativa o sancionatoria.

Para ello, la Corte Interamericana ratifica parámetros que fueron tomados por nuestra Corte Suprema, ratificando preceptos constitucionales como el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos **(43)**, tomando como pautas objetivas para su determinación de forma razonable la complejidad de la causa, la actividad procesal de las partes, la conducta de la autoridad judicial y el análisis global de los procedimientos **(44)**. Continúa diciendo que estos criterios resultan razonables atento la indeterminación de la expresión plazo razonable y que la garantía a obtener una decisión en un plazo razonable no puede traducirse en una determinación fija en el número de días, meses y años.

Concluyendo que la irrazonable duración del procedimiento administrativo sancionatorio resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado en el art. 18 de nuestra CN y por el art. 8º, inc. 1º del Pacto de San José de Costa Rica.

IX.1. Demoras en el proceso penal

Al respecto el fallo de la CS, en la causa "Egea, Miguel Ángel" **(45)** y el Dictamen de la Procuración vale la pena hacer algunos comentarios que nos ilustran respecto de este tema.

Aquí el recurrente Egea Miguel Ángel, reclama se declare la extinción de la acción penal por prescripción como forma de consagrar efectivamente el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable.

La Corte, entre sus fundamentos del fallo, "valora la garantía que tiene todo ciudadano de obtener un pronunciamiento judicial que defina su situación ante la ley y la sociedad. Amén de los perjuicios que le ocasiona al imputado permanecer tanto tiempo —veinte años procesado— el Estado también se ve perjudicado por dicha práctica no solo por el dispendio jurisdiccional sino porque se distorsiona todos los fines de la pena que para su eficacia requiere la menor distancia temporal entre el hecho y la condena. A mayor paso del tiempo las pruebas que apoyan la prosecución penal se debilitan".

En este breve análisis, la Corte considera "que la duración indefinida de un proceso penal provoca una lesión al derecho de rango constitucional y que la decisión que rechaza la extinción de la acción penal —prescripción interpuesta por Egea— por haber existido actos procesales interruptivos de la prescripción puede y debe ser revisada en esta instancia. El instituto de la prescripción cumple un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio al impedir que los individuos tengan que defenderse respecto de acusaciones en las cuales los hechos básicos han quedado oscurecidos por el paso del tiempo y minimizar el peligro del castigo estatal por hechos ocurridos en un pasado lejano".

"El tribunal sostiene con fundamento de la garantía de la defensa en juicio, que el imputado tiene derecho a obtener —después de un proceso tramitado en legal forma— un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y restricción a la libertad que comporta el enjuiciamiento penal".

El loable ejercicio de afianzar la justicia de nuestro preámbulo nacional no autoriza a avasallar las garantías que la misma Constitución asegura a todos los habitantes de la Nación.

En consecuencia, la Corte considera que la duración del proceso por casi dos décadas viola ostensiblemente las garantías de todo plazo razonable del proceso y del derecho de defensa, por ende, hace lugar a la prescripción planteada por "Egea, Miguel Ángel".

X. Consejo de la Magistratura, Jurado de Enjuiciamiento y error judicial

X.1. El Poder Judicial y los controles

El error judicial como causa de un daño y su relación con el tratamiento de causas vinculadas a ese error por parte del Consejo de la Magistratura de la Nación, por medio de su comisión de disci-

(43) Fallos 318:514 y 323:4130.

(44) Fallo CIDH, "López Álvarez vs. Honduras", 2006.

(45) Fallo CS, "Egea, Miguel s/ prescripción de la acción penal", Fallo 316:365, 2004.

plina y acusación y luego por el Jurado de Enjuiciamiento Nacional. No puede aludirse a la responsabilidad sin pensar en los controles a través de los cuales se debe rendir cuentas.

La doctrina enfatiza como debe entenderse el control de la actividad jurisdiccional, no como un mecanismo de vigilancia y represión y si como un elemento regulador del sistema **(46)**.

Los controles internos reconocen distintos mecanismos tales como: a. el poder disciplinario que se coloca en manos del Consejo de la Magistratura a través de la Comisión de Disciplina y Acusación, destinado a prevenir y sancionar los actos contrarios a las normas reguladoras del comportamiento de los jueces en desempeño de su función, b. la responsabilidad civil, objetiva y directa del Estado, por el funcionamiento anormal del servicio de Justicia que pone el acento en la falta de servicio, en los errores excusables que no obsta al Estado a la repetición en contra del propio juez, cuando se alega el error judicial, el error *in iudicando*.

Los controles externos son aquellos, que se ejercen desde afuera del propio servicio ejemplo los colegios profesionales asumiendo una tarea de colaboración con la administración del servicio de justicia que constituye uno de los fundamentos de su existencia legal. Las comisiones parlamentarias y el Consejo de la Magistratura en su art. 114, incs. 4º y 5º, nos hablan de ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados y decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados ordenando la suspensión y formulando la acusación.

Entre las atribuciones del Consejo de la Magistratura de la Nación, se destacan de la ley 24.937 y sus modificatorias el art. 7º, incs. 15 y 16 la que nos hablan de la apertura del procedimiento de remoción de magistrados titulares, subrogantes y jubilados y de la aplicación de sanciones de tipo disciplinarias.

Dentro de las facultades, atribuciones y competencias de la comisión de disciplina y acusación en su art. 14 están las de proponer al plenario sanciones de tipo disciplinarias a los jueces por cuestiones vinculadas a su eficaz prestación del servicio de justicia que, podrán ser sancionadas con advertencia, apercibimiento o multa de hasta un cincuenta por ciento de sus haberes. Se marca una clara diferencia en las atribuciones de la comisión de disciplina y acusación entre las faltas de tipo disciplinarias que ameritan sanciones menores y la remoción de los magistrados.

En el ejercicio de la potestad disciplinaria, el Consejo puede actuar de oficio o ante denuncias provenientes de particulares o de otros órganos del Poder Judicial y luego ese mismo artículo dice textualmente: "queda asegurada la garantía de independencia de los jueces en materia del contenido de sus sentencias". Considero que esta fórmula resulta claramente exagerada pues no se trata solo de una garantía válida dentro de un proceso de tipo disciplinario donde está ubicada —poder disciplinario de la comisión— dejando aspectos que tienen mucho que ver con el mal desempeño del art. 53 de nuestra Constitución Nacional como causal de remoción, existiendo una contradicción entre esta garantía genérica y el apart. d del art. 14 —habla de la acusación— aludiendo a la advertencia por tribunales superiores de la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho.

El art. 14, inc. d) reza: "Acusación. Cuando sean los tribunales superiores los que advirtieran la presunta comisión de ilícitos o la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho aplicable por parte de jueces titulares, subrogantes y jubilados convocados de acuerdo con el art. 16 de la ley 24.018 remitirán en forma inmediata la denuncia o una información sumaría al Consejo de la Magistratura a los fines contemplados en el art. 114, inc. 5º de nuestra Constitución —apertura del procedimiento de remoción—. El consejo deberá informar de manera inmediata al Poder Ejecutivo la decisión de abrir un proceso de remoción contra un magistrado".

Del texto surge claramente la posibilidad de responsabilizar a los jueces por sus errores de derecho, cuando sean manifiestos y se traduzcan en un desconocimiento equiparando la ignorancia al error y, por ende, removerlos con base a errores graves de derecho.

X.2. Jurado de enjuiciamiento y error judicial

El tema que venimos abordando del error judicial tiene que ver con la posibilidad de su juzga-

(46) BERIZONCE, R., "Contralor de la labor jurisdiccional", Revista de Derecho Civil, 56, 2013, ps. 106 a 121.

miento. El Jurado de Enjuiciamiento al igual que el Consejo de la Magistratura es un órgano político institucional de conformación mixta. La propia ley 24.937 a partir del art. 21 enumera las causales de remoción y muchas de ellas están vinculadas con el error judicial: a) desconocimiento inexcusable del derecho, b) incumplimiento reiterado de la Constitución Nacional y normas legales o reglamentarias, c) la negligencia grave en el ejercicio del cargo, d) la realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones.

Todas estas causales establecidas en el art. 25 de la ley 24.937 y modificatorias se relacionan con el art. 53 de nuestra Constitución Nacional vinculado a la causal genérica de mal desempeño que siempre queda librada a discreciones del Congreso de la Nación que pueden estar vinculadas con la falta de aptitud técnica, moral o causales de enfermedad.

Ahora bien, para comprometer su responsabilidad civil debe haber sido efectuada con culpa o dolo y causar un daño, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del Estado exista o no culpa o dolo del juez siempre que se configure un daño y se supere el art. 5º de la ley 26.944.

El Jurado de Enjuiciamiento ha admitido la posibilidad de destituir a un magistrado por error judicial, para ello nos valemos de ciertos indicadores de errores judiciales que deben ser considerados causal de mal desempeño.

A. Existencia de sentencias contradictorias en un plazo breve de tiempo sin dar fundamentos adecuados a ese cambio de criterio.

B. Apartamiento manifiesto y grave del orden jurídico. Arbitrariedad.

C. Desvío o abuso de poder.

La decisión judicial, como lo señala el Código Civil y Comercial, debe ser razonablemente fundada teniendo como fuente las consagradas en el art. 1º que nos remite a las leyes aplicables, la Constitución, los tratados de Derechos Humanos en los que nuestro país sea parte, teniendo en cuenta la finalidad de la norma como pauta de interpretación.

XI. Conclusión

Analizamos el error judicial del funcionario/magistrado, que lo encontramos establecido en el art. 9º de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado.

Lo definimos y vimos sus diferentes especies. Le dimos un marco conceptual dentro de diferentes estándares cotidianos que hacen a la vinculación del error judicial con la morosidad, con las demoras en los diferentes tipos de procesos y sus implicancias en particular en el proceso penal, analizando los fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos DD.HH. que nos hablan de la garantía de un debido proceso, que ponga fin a una situación de incertidumbre con el dictado de una resolución dentro de un plazo razonable.

Analizamos fallos de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, relativos al instituto de la prisión preventiva y sus consecuencias en materia de responsabilidad del Estado.

Por último, analizamos el error judicial y sus consecuencias en el marco de los órganos Constitucionales esto es el Consejo de la Magistratura de la Nación —art. 114— y dentro de este la Comisión de Disciplina y Acusación y del Jurado de Enjuiciamiento de la Nación —art. 115—, como institución encargada de juzgar la conducta de los jueces frente a la sociedad, por las causales establecidas en el art. 53 de nuestra Constitución Nacional —mal desempeño, comisión de un delito— y el art. 25 de la ley 24.937 y sus modificatorias que nos habla del error judicial como causal de remoción.

La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación (a propósito de los cinco años de su vigencia) (*)

Enrique Máximo Pita (**)
Carlos E. Depetris (***)

Sumario: I. Introducción.— II. Derecho transitorio.— III. Exigencias argumentativas de la decisión que cuantifica daños.— IV. Cuantificación de la incapacidad sobreviniente.— V. La cuantificación del daño moral.— VI. Los intereses (tasa aplicable e inicio de su cómputo).— VII. Conclusiones.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.) contiene cambios significativos en el ámbito de la *cuantificación de daños*. En el cap. 1 del tít. V del libro tercero (arts. 1708 a 1780) se plasmó un régimen sistemático de la institución de la responsabilidad civil superador de las reglas que contenía el viejo Código. En lo que atañe al *daño* como presupuesto (sección 4ª), es sensible la mejoría que se percibe respecto al régimen derogado, al establecerse de modo expreso el principio de reparación plena, al detallarse los requisitos de resarcibilidad y los diferentes tipos o especies de daños, al ampliarse la legitimación para el reclamo indemnizatorio de las consecuencias no patrimoniales, y al incluir disposiciones sobre la atenuación de la responsabilidad, las cláusulas liberatorias, el daño moratorio y el curso de los intereses.

Particularmente en este tramo, el nuevo Código incluye también directivas específicas respecto a cómo debe adoptarse la decisión atinente a la cuantificación del daño moral (art. 1741 *in fine*) y de las lesiones a la integridad psicofísica (art. 1746), que han suscitado debates doctrinarios e impulsado cambios jurisprudenciales que inspiran este trabajo.

No es posible realizar en pocas páginas un balance exhaustivo sobre todas las cuestiones ligadas a estas nuevas normas. Por lo tanto, no es aquí un objetivo viable el del agotamiento del tema, sino el más modesto de presentar brevemente algunos de los muchos problemas que

(*) El presente trabajo fue publicado en la *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Nueva Época* , 2020, ps. 151-170.

(**) Doctor en Derecho (FCJS-UNL). Profesor titular de Derecho de los Contratos (FCJS-UNL). Exvocal de la Cámara de Apelaciones en Civil y Comercial de Paraná.

(***) Vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe. Especializaciones en Derecho de Daños (UNR, UNL). Profesor adjunto ordinario de Derecho Civil I y Fundamentos de Derecho Privado (UNL). Profesor estable de la Maestría de Derecho Administrativo (UNL) e invitado de la Carrera de Especialización en Derecho de Daños (UNL).

aquellas han suscitado y sentar nuestra posición al respecto.

II. Derecho transitorio

Una primera cuestión que merece abordarse es la relativa al derecho transitorio o aplicación intertemporal de las nuevas directivas. Obviamente, estas regirán a las relaciones jurídicas indemnizatorias, nacidas luego de su entrada en vigencia. Las dudas recaen sobre las relaciones jurídicas que están en curso de ejecución, *in fieri*: cuando se trata de reclamos por daños producidos antes de la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo pero que no han sido definitivamente resueltos. A cinco años de la entrada en vigor del Código, podría pensarse que el tema ha perdido interés, pero en verdad lo mantiene dado que se tramitan en la actualidad innumerables causas captadas por esta sombra de incertidumbre, que razones de seguridad jurídica e igualdad exigen sean resueltas al amparo de un mismo régimen jurídico.

Es conocida la fuerte confrontación doctrinaria que disparó en su momento lo referente a la aplicación temporal del nuevo Código **(1)**. La práctica jurídica fue poco a poco despejando el camino, y es dable afirmar —transcurrido un lustro— que la jurisprudencia se inclinó mayoritariamente por la postura asumida por Aída Kemelmajer de Carlucci en el debate **(2)**. Debe decirse que, para tal desenlace de la controversia, resultó relevante la temprana toma de posición realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(3)**, como también la publicación de varios artículos y dos libros sobre el tema que emprendió Kemelmajer, por entonces.

Superado el conflicto en términos generales, subsiste el problema específico sobre la aplicación de las nuevas pautas de cuantificación a los procesos que recaen sobre daños anteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código. Al respecto, se han dado tres posturas en nuestra jurisprudencia:

i) la que rechaza la aplicación de las nuevas directivas legales **(4)**;

ii) la que las aplica como "pauta interpretativa", "criterio rector" o fórmulas semejantes **(5)**;

iii) la que hace uso de ellas como derecho vigente y aplicable al caso **(6)**.

(1) Al respecto, v. MEDINA, Graciela (2012), "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", LA LEY 2012-E, p. 1302; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2015), "El art. 7º del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", LA LEY 2015-B, p. 1146; Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1º de agosto de 2015, en diario LA LEY del 02/06/2015, p. 1; "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015; y RIVERA, Julio C., "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso", en LA LEY del 04/05/2015, p. 1; "Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite Algunas propuestas", en LA LEY del 17/06/2015, p. 1.

(2) Se juzgó así que, de acuerdo con lo ordenado en el art. 7º, Cód. Civ. y Com., cabía analizar en cada caso si la nueva norma en cuestión era de naturaleza imperativa o supletoria, y si se trataba de consecuencias cumplidas o no cumplidas de la relación o situación jurídica, a fin de determinar su posible aplicación inmediata. Expresado, en otros términos: que no cabía arribar a soluciones drásticas y genéricas como la adoptada tempranamente por el conocido Acuerdo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew (Acuerdo 194 del 15 de abril de 2015, "una vez dictada la sentencia de grado en una causa bajo el régimen de los Códigos Civil y de Comercio hoy vigentes, en las sucesivas instancias judiciales habrá de revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó"). Como tampoco a la tesitura propiciada por Julio C. Rivera en la discusión, más tajante aún, en orden a que "a los procesos en trámite, en general, no les era aplicable el nuevo Código y debían ser resueltos al amparo de la normativa derogada".

(3) CS, 06/08/2015, "D. L. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo", Fallos 338:706. Más tarde, entre otros, v. 29/03/2016, "Terren", Fallos, 339:349.

(4) CNCiv., sala F, 02/09/2019, "Gonceski" en diario LA LEY del 14/11/2019, AR/JUR/27672/2019; CCC Santa Fe, sala II, "Olivera", 18/09/2018, publicado en http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php.

(5) CCC Santa Fe, sala I, "Barrios", 05/07/2016, publicado en http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php.

(6) CNCiv., Sala A, 31/08/2015, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros La Ley, 3, marzo de 2016, p. 132; CCC Santa Fe, sala III, "Barrera", 08/11/2017, "Pigatto", 17/05/2019, "Operto", 11/10/2019, publicadas en http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php.

Creemos que esta última es la tesitura correcta, sobre la base de coincidir con la idea de que la *cuantificación* del daño no se confunde con su *existencia*, tratándose aquella de una operación que debe realizarse según la ley vigente al momento de la sentencia, determinando su medida o extensión **(7)**. Se trata esta de una de las tantas decisiones que integran la sentencia que, principalmente, resuelve repararlos, siendo su dictado "la oportunidad de estimación de los valores considerando las variaciones del daño" (Zannoni, 2005:306). Por consiguiente, una norma que establece puntualmente cómo debe llevar a cabo tal estimación el juez, es imperativa y se aplica inmediatamente a todos los procesos de indemnización de daños y perjuicios en trámite.

Lo expuesto aplica tanto a la cuantificación de la incapacidad sobreviniente (art. 1746) como a la del daño moral, o por las consecuencias extrapatrimoniales (art. 1741). En ambos rubros indemnizatorios, las nuevas pautas contenidas en las normas citadas se aplicarán de inmediato a los casos no juzgados, ello así incluso cuando el ordenamiento derogado permitía arribar a similar resultado, aun en defecto de norma expresa.

III. Exigencias argumentativas de la decisión que cuantifica daños

En la teoría y la filosofía del derecho ha cobrado una importancia superlativa en las últimas décadas la teoría de la argumentación jurídica y con ella, el llamado *enfoque argumentativo del derecho*, perspectiva desde la cual se visualiza a este "como argumentación" o como una práctica social compleja *principalmente interpretativa o argumentativa*. Se afirma así que no hay práctica jurídica que no consista, de manera muy relevante, en argumentar, incluidas las prácticas teóricas **(8)**.

Sin necesidad de adherir explícitamente a este posicionamiento teórico, la observación de las distintas modalidades en cómo se despliega la práctica del derecho conduce a coincidir con aquella idea de la relevancia de la argumentación en la experiencia jurídica. Más todavía, si nos enfocamos en la actividad que despliegan los jueces, quienes en el cometido de dirimir conflictos y adoptar decisiones, deben *comunicarlas* incluyendo las *razones* con las que procurarán darles sustento racional, pues no se concibe en nuestro tiempo una sentencia falta de motivación. Dicha "inclusión de razones" no podría válidamente hoy consistir en un mero expediente para salir del paso, puro formalismo o retórica; por el contrario, para satisfacer exigencias cada vez más fuertes demandadas por la comunidad, habrá de deparar el trabajo más arduo en la construcción de la sentencia.

En nuestro país, esta sobreexigencia argumentativa ha quedado plasmada como directiva expresa para los jueces en el art. 3º del Cód. Civ. y Com. Aquello de la "decisión razonablemente fundada" no representa una verdad de Perogrullo, una obviedad intrascendente —como quizá a primera vista puede pensarse— sino la materialización de este cambio más que significativo para la práctica jurídica, de esta renovada exigencia de argumentación de las decisiones.

Traída al campo de la decisión judicial relativa a la cuantificación de daños, supone la implementación en tal tarea de un discurso justificativo que permita, a la comunidad en general

(7) En esta dirección, v. GALDÓS, Jorge (2015), "El art. 7º del Cód. Civ. y Com. y la responsabilidad civil", en diario La Ley, p. 3, AR/DOC/3711/2015; KEMELMAJER DE CARLUCCI (2016), "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Segunda Parte", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 234; SÁENZ, Luis R., "La aplicación de la ley con relación al tiempo y el Derecho de Daños", Rev. Código Civil y Comercial La Ley, 6, año I, p. 150; y DEPETRIS, Carlos (2016), "El derecho transitorio en materia de responsabilidad civil", Revista de Responsabilidad y Seguros La Ley, 7. En contra: JALIL, Julián (2015), "La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7º del Código Civil y Comercial", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 11, p. 26.

(8) Explica el autor que, con el proceso de constitucionalización del Derecho, los poderes estatales son limitados y deben justificarse de un modo mucho más exigente, sin que resulten aptos para ello la referencia a la autoridad (a que la decisión fue adoptada por el órgano competente), ni al cumplimiento de los procedimientos exigibles, sino que se requiere un control en cuanto al contenido. Y afirma: "(...) el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone un sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece, por ello, bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos". (Atienza, 2010:60).

y a los destinatarios de la sentencia en particular, conocer el razonamiento realizado, evaluarlo y, en su caso, objetarlo (Depetris, 2019:146). No ocurre tal cosa cuando se descansa en la ilimitada discrecionalidad del decisor, en la más recóndita subjetividad incomunicable, ni cuando el discurso es pura retórica insustancial que ningún aporte argumentativo brinda para arribar —en términos de racionalidad— a una conclusión válida. Fórmulas tales como "teniendo en cuenta la edad de la víctima, su ocupación y su grado de incapacidad, prudencialmente se fijará la indemnización en x" dan muestra suficiente de este proceder, que se encamina más a sortear el problema de la indeterminación cuantitativa que a obtener su debida solución.

Lo dicho viene a cuento para resaltar la importancia de los cambios que pueden apreciarse en la jurisprudencia de los últimos años, que ha dedicado crecientes esfuerzos para motivar racionalmente —y no de modo intuitivo— esta decisión específica del proceso de daños. Cambios jurisprudenciales que comienzan a percibirse, incluso, en tribunales superiores de nuestro país, trazando una senda que poco a poco y enhorabuena va despejando la niebla predominante en el pasado a este respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en dos fallos recientes ha hecho referencia a la necesidad de hacer "cálculos" en la determinación de indemnizaciones por incapacidad para motivar adecuadamente la sentencia. Sostuvo que la tacha de arbitrariedad era procedente cuando la solución no se encuentra debidamente fundada y que ello ocurre cuando el juez fijó una indemnización "sin proporcionar cálculo alguno que le otorgue sustento válido" **(9)**, o cuando "sin proporcionar ningún tipo de fundamentación seria que justifique su decisión, fijó dogmáticamente una suma resarcitoria" **(10)**.

IV. Cuantificación de la incapacidad sobreviniente

Mucho podría escribirse como balance sobre este rubro particular que presenta múltiples aristas. Nos limitaremos a abordar brevemente algunas de ellas.

IV.1. El uso de fórmulas matemáticas

Se ha interpretado, en general, que el art. 1746, Cód. Civ. y Com. ordena la utilización de algún tipo de fórmula matemática a fin de calcular ese capital cuyas rentas "cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades" **(11)**. Tres aclaraciones merecen hacerse:

i) Que el uso de fórmulas no implica ni supone "exactitud" sobre la dimensión del daño que intenta valuarse; el juez no es profeta ni adivino; no puede saber cuánto vivirá la víctima, cuáles serán sus ingresos ni la suerte que le deparará la vida. Se trata de estimar el valor de un daño cuya dimensión siempre será incierta, sobre la base de la experiencia y previsibilidad humana y como un intento más serio y responsable que el de acudir al *ojo de buen cubero* o a la pura intuición.

ii) Que la fórmula a emplear no abarca la indemnización del rubro "incapacidad" en toda su extensión, sino que de acuerdo con las circunstancias del caso habrá *sub rubros* que podrán exigir otro procedimiento racional de cuantificación; v.gr., lo referente al resarcimiento de las actividades no productivas económicamente valorables, una pérdida de la chance de obtener in-

(9) CS, 03/09/2019, "Ibarra", Fallos, 342:1459.

(10) CS, 08/10/2019, "Ripp, Juan Ignacio c. Personal Collect SA s/ despido". También la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe invalidó un pronunciamiento de Cámara que había dispuesto una reducción de un rubro indemnizatorio, señalando que las consideraciones formuladas para ello "permanecen en un plano abstracto y genérico", mencionándose "algunas pautas a tener en cuenta —así incapacidad laborativa, social, estética, física, edad, deformidades físicas, entre otras—, pero sin relacionarlas de manera objetiva con el caso concreto, ni explicar razonadamente cómo incidirían en la reducción efectuada del resarcimiento acordado en baja instancia" ("Valpondi", 10/10/2017, AyS 277, ps. 472-476).

(11) Por todos, v. PIZARRO, Ramón — VALLESPINOS, Carlos (2017), "Tratado de Responsabilidad Civil, t. 1 Parte General", Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 755-756; PICASSO, Sebastián — SÁENZ, Luis, su comentario al art. 1746 en HERRERA — CARAMELO — PICASSO (dirs.) [2015], Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Ed. Infojus, t. IV, p. 461 y ACCIARRI, Hugo (2015), "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LA LEY 2015-D, p. 677. En contra: CCC Santa Fe, Sala II, 18/09/2018, "Olivera" en http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/.

gresos o evitar una pérdida, o la determinación del daño experimentado en períodos pasados que por la distinta racionalidad que el cálculo demanda no podrían incluirse en las fórmulas matemáticas usuales.

iii) Que el resultado numérico que arroje la fórmula a emplear no necesariamente representará el *quantum* a otorgar por el rubro; siempre el juez contará con un margen de apreciación de las circunstancias para elevarlo o disminuirlo, con la única condición de argumentar la variación que establezca.

IV.2. ¿Qué fórmulas?

Determinada la necesidad de utilizar algún tipo de fórmula matemática para dar cumplimiento con la pauta indemnizatoria fijada por el art. 1746, Cód. Civ. y Com., surge el interrogante en torno a qué procedimiento racional de cálculo implementar. Es bien sabido que en el país se han diseñado diversas fórmulas para ello. Aunque con distintos nombres y expresiones algorítmicas, algunas ["Vuotto" **(12)**, "Marshall" y "Las Heras-Requena", estas dos nacidas en la jurisprudencia cordobesa] arrojan resultados idénticos y son las de uso más frecuente en el ámbito civil **(13)**. Un incremento significativo se da con la fórmula "Méndez" (o "Vuotto II") **(14)**, dado que extiende la edad tope a 75 años, baja la tasa de descuento a un 4% y actualiza el ingreso base tomando en cuenta la edad, las perspectivas de mejora y el riesgo de desempleo, a fin de que la reducción de la escala refleje la de la probabilidad de mejoras respecto de las opuestas, hasta que pueda estimarse probable la estabilización del ingreso, lo que ocurriría a los 60 años. Este cambio en la variable de ingreso base se implementa a través de una nueva fórmula (ingreso actual x 60 / edad al momento del accidente, tope de 60 años). Los resultados cuantitativos son sensiblemente superiores a los que arrojan las otras fórmulas **(15)**. Entre dichos extremos se ubica la llamada "fórmula Acciarri" (2015) publicada a través de una planilla de cálculo en la página de la Universidad Nacional del Sur **(16)**, que tiene como ventaja la de permitir incorporar al cálculo, gradualmente o del modo que el operador decida de acuerdo con las circunstancias, los incrementos o detrimentos de ingresos reales que —sobre la base del buen sentido y la experiencia— es dable suponer que hubiese experimentado la víctima de no producirse el evento dañoso; ya como lucro cesante, ya como pérdida de chance **(17)**.

IV.3. Cuantificación del lucro cesante derivado de la incapacidad

El lucro cesante experimentado por la víctima como consecuencia de las secuelas invalidantes suele ser valuado a través del uso de algunas de las fórmulas mencionadas. Cabe al respecto formular las siguientes precisiones:

IV.3.a. Necesidad de discernir entre el daño actual y el daño futuro

El sentido común y la lógica imponen la distinción, no siempre considerada por la práctica jurídica: una cosa es calcular la *frustración de ingresos futuros* derivados de la incapacidad (posteriores al dictado de la sentencia) y otra muy distinta la de hacer lo propio con la *frustración de ingresos ya producida* (las pérdidas experimentadas desde el hecho dañoso hasta el momento de la sentencia). Es que mientras para el *lucro cesan-*

(12) Surgida en la causa "Vuotto c. Telefunken" (CNTrab., Sala 3ª, 16/07/1978, LA LEY 1979-C, p. 620).

(13) CCC Santa Fe, sala I, "Barrios", cit.; CCC Rosario, sala I, 04/06/2019, "Báez, Graciela" publicada en http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php.

(14) CNTrab., Sala III, 24/08/2008, La Ley, Supl. Derecho del Trabajo, junio de 2008, p. 668.

(15) Para graficarlo: si calculamos la indemnización con iguales datos (ingreso anual 400.000, edad al momento del hecho 35, edad tope 65, incapacidad 50%), "Vuotto" arroja la suma de $4.471.291, mientras que "Méndez" $7.678.785. Esta última fórmula es usada en el ámbito civil, v. CCC Mercedes, 24/04/2018, "Romano" en https://www.camercedes.org.ar/jurisprudencia/romano-miguelc-denezio-alicia-s-danos-y-perj-autom-c-les-o-muerte-exc-estado/.

(16) https://www.derechouns.com.ar/formula-y-planilla-de-calculo-de-indemnizacion-por-incapacidad-art-1746-ccyc.

(17) Utilizan la "fórmula Acciarri" en la provincia de Santa Fe: CCC Santa Fe, sala III, causas "Pigatto", "Leiva", "Operto", "Correnti", entre otras; CCC Lab. Reconquista, causa "Gómez" (todas publicadas en http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php). También, Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N.º 1 de Santa Fe (v. por todos, 09/03/2020, "Nicola, Mario F. c. Del Barco, Juan Manuel s/ daños y perjuicios", expte. 476/13 - CUIJ 21-12067414-2).

te futuro debe usarse una tasa de descuento que compense el cobro anticipado de ingresos futuros (es decir, de una tasa de interés que en vez de incrementar el *quantum* lo reducirá), para el lucro cesante actual (o pasado) no solo sería inapropiado aplicar ese descuento pues no habría pago anticipado que compensar, sino que es menester adicionar un interés que, cuanto menos, compense la indisponibilidad del capital que debió percibirse en el pasado por la víctima (es decir, aplicar una tasa de interés que sume, no que reste) **(18)**. En el punto VI ampliaremos al respecto.

El distingo exige la realización de dos cálculos con diversa lógica que contemplen esta diferencia conceptual, pues de incluirse el período pasado en la fórmula ideada para períodos futuros se estaría perjudicando (gravemente, en ciertos casos) a la víctima, al no reconocerle intereses a los que tiene derecho. Y, a la vez y peor aún, al sustraerle sumas indebidamente por la aplicación de una tasa de descuento sin que exista alguna razón que lo justifique.

La jurisprudencia cordobesa ha hecho abundante aplicación de este distingo y en los últimos tiempos este comenzó a propagarse fuera de sus límites **(19)**.

IV.3.b. El cálculo del lucro cesante futuro y sus variables

Entendemos que la cuantificación del lucro cesante futuro debe realizarse a través de una fórmula matemática diseñada para extraer el capital descripto en el art. 1746, Cód. Civ. y Com. Ello requerirá de una serie de decisiones (jurídicas) sobre las variables a utilizar, todas las cuales deben ser motivadas. Las variables son:

(a) *Edad de la víctima.* Si se coincide con que cabe distinguir entre lucro cesante pasado y futuro y que, por tanto, la fórmula que aplicaremos calculará solo este segundo sub rubro, la edad a considerar será la de la víctima *al momento de la sentencia*; vale decir, al momento de hacerse la cuantificación, ya que, el período comprendido entre el evento dañoso y la sentencia será cuantificado mediante otro proceder, como lucro cesante pasado. Vale la pena esta aclaración porque habitualmente cuando se alude a esta variable se la menciona como "edad de la víctima al momento del hecho", y no siempre esto es correcto. Otras razones pueden llevar a computar una edad distinta a la del evento dañoso: así, si la víctima es menor de edad y no trabajaba al momento del hecho; o si luego del evento continúa percibiendo sus ingresos habituales durante un tiempo y luego los pierde o disminuyen; debería aquí tomarse para el cálculo la edad que tenía al momento de la pérdida efectiva pues de otro modo se incluirían períodos en los que no hubo merma.

(b) *Los ingresos de la víctima, si los tuviere, acreditados o previsibles.* Si trabajaba al momento del daño, deberían computarse sus ingresos anuales, actualizados al momento de la sentencia, ya que, se trata de una obligación de valor que se transforma recién, entonces, a obligación dineraria (art. 772, Cód. Civ. y Com.). Esta actualización presenta inconvenientes porque no es usual que la víctima acompañe su último recibo de sueldo o una constancia de ingresos contemporáneamente al dictado del pronunciamiento, o bien puede ocurrir que perdiera el trabajo o su actividad productiva, para entonces. Pensamos que, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir al dictado de una medida para mejor proveer que tienda

(18) Puede ampliarse en ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños, t. 2ª", Ed. Hammurabi, p. 422; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo (2018), "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Ed. Alveroni, t. III, p. 331.

(19) En Santa Fe ha sido adoptado por CCC Santa Fe, sala III (causas citadas), CCC Lab. Reconquista (causa citada), CCC Santa Fe, sala I (causa "Tavella", publicado en http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php) y por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N.º 1 de la ciudad de Santa Fe (causa citada). Particular mención merece hacerse respecto a la Provincia de Entre Ríos, en la que la CCC Paraná, sala III implementó una fórmula matemática que contemplaría el distingo efectuado (v. 18/05/2017, "Díaz, Patricia de los Ángeles c. Buchet, Abel Á. y otros s/ daños y perjuicios") denominada "fórmula Díaz", que luego fue también aplicada por la Sala I de la misma Cámara (28/06/17, "Moreira", publicada en http://jurisprudencia.jusentrerios.gov.ar/download/10088.pdf). En este último precedente ("Moreira") se señala que la "fórmula Díaz" pretende superar la distinción entra lucro cesante pasado y futuro, atendiendo así con más fidelidad a la finalidad perseguida por art. 1746. Tanto la "fórmula Díaz" como el respectivo instructivo pueden consultarse en la página web del Poder Judicial de Entre Ríos (http://smtp.jusentrerios.gov.ar/frf/index.html y http://www.jusentrerios.gov.ar/formula-renta-futura/).

a esclarecer este aspecto, puede el juez acceder a información que le sea útil consultando las escalas salariales que se publican en internet por los gremios respectivos. En supuestos de cuentapropistas y profesionales independientes, podría tenerse como base su situación fiscal (categoría de monotributista, condición frente al IVA, etc.) para determinar esta variable. Si no hay acreditación de ingresos al momento del hecho, se juzga razonable acudir al salario mínimo vital y móvil como pauta indicativa para el cálculo **(20)**.

(c) *El grado de incapacidad determinado en autos.* De ordinario se toma el porcentaje determinado por la pericia practicada en el proceso, o bien en el dictamen de Comisión médica si lo hubiera. No obstante, podría el tribunal apartarse del dictamen en la medida de que brinde argumentos valederos para ello. En ocasiones se produce más de un dictamen con resultados diversos, debiendo escogerse uno o —lo mismo— tomar un porcentaje distinto dando las razones que así lo justifiquen. Cabe señalar, por último, sin entrar en mayores detalles, que en ciertos supuestos existen distintas incapacidades producidas por el mismo evento en los que se debe emplear el *criterio de la capacidad restante* (Método de Balthazard) comenzando con la de mayor magnitud, y continuando de mayor a menor con el resto.

(d) *La edad tope.* Respecto al final del plazo en que la víctima podría razonablemente generar ingresos productivos, varían sensiblemente las posiciones. Hay quienes toman como topes las edades jubilatorias (normalmente 60 años para la mujer, 65 para el hombre), mientras que otros tribunales, sobre la base de considerar que la vida productiva se extiende unos años más que antaño, de la mano del crecimiento de los índices de expectativa de vida (y de la mayor calidad de vida), llevan aquellos límites a edades más avanzadas. Hay en esto un margen apreciable de discrecionalidad para el juzgador, quien para ejercerla válidamente deberá argumentar la decisión que adopte. Resta marcar la necesidad de que la solución que un caso se tome para esta variable no resulte inconmovible, ya que, las circunstancias de otro caso pueden aconsejar acortar (v.gr., si la víctima presentaba patologías preexistentes que pudieran hacer previsibles dificultades laborativas más tempranas o una vida más corta) o extender el límite en situaciones inversas.

(e) *La tasa de descuento a utilizar para el uso de la fórmula en el cálculo del lucro cesante futuro.* Esta tasa genera una *reducción* del *quantum* indemnizatorio y no un incremento, que tiene sentido como compensación del pago anticipado de sumas que se habrían percibido en el futuro **(21)**. En la jurisprudencia reciente suelen fijarse tasas que rondan entre un 4% y un 8%. No obstante, la Doctrina autorizada propicia una reducción porque en un contexto inflacionario como el que suele presentar el país y en el que nos encontramos en los últimos años, se estaría reduciendo sustancialmente la cuantía indemnizatoria a contracorriente de la realidad económica que muestra dificultades o ya imposibilidad de que el damnificado disponga de mecanismos de inversión a moneda estable y le permitan una rentabilidad equivalente; ello, cuando las tasas internacionales de interés en monedas estables no suelen superar el 2% anual (Pizarro y Vallespinos, 2017:782-783).

(f) *Las probabilidades de variación de ingresos reales a lo largo de los años.* La experiencia enseña que la gran mayoría de las personas que ingresan al mercado laboral siendo jóvenes, con el paso del tiempo no mantienen incólume su retribución (a valores reales, no nominales) hasta el cese de su actividad productiva. La gente suele paulatinamente lograr una mejora en su nivel de ingresos hasta llegar a ciertas edades de mayor productividad, mediante ascensos laborales, mayor oficio o experiencia profesional y crecimiento de clientes, suplementos por antigüedad, cambios de empleo, que se traducen en más ingresos,

(20) Acciarri e Irigoyen Testa (2011:3) con remisión a ST Chaco, 11/08/2005, "Giles de Troncoso". También, CCC Rosario, sala II, 02/11/1999, "Kurtz", LLLitoral, 2000, p. 983; CCC Santa Fe, sala III, "Pigatto", cit.

(21) A través del uso de las fórmulas más comunes (Vuotto, Marshall, etc.) y tomando como variables de cálculo una víctima de 35 años al momento de hacerse la operación, con ingreso anual de $400.000, una incapacidad del 50% y edad límite de 65 años, la fórmula arrojaría los siguientes resultados: aplicando una tasa del 8% su indemnización por lucro cesante futuro será de $2.251.556,67, aplicando una tasa del 5% será de $3.074.490,21 y aplicando una tasa del 2% ascenderá a $4.479.291,11. Se advierte así la relevancia que guarda la elección de la tasa de descuento y el celo que debe poner el decisor en su elección.

etcétera. Si la víctima fuera un joven empleado público, un albañil ayudante o un profesional recién recibido, es dable esperar (acostumbra suceder) que con el paso del tiempo el empleado público conserve su cargo con un mayor nivel de ingresos por el pago de suplementos por antigüedad o por ascensos en la carrera administrativa; que un albañil obtenga mejor retribución por acumular experiencia, por ascender a colocador, a medio-oficial u otras categorías, o armar un proyecto propio independiente; y que el profesional mejore su situación por mayores estudios, experiencia, reputación, prestancia, etc. En ocasiones menos comunes, ocurre lo inverso: cierto tipo de actividades, muy productivas en edades tempranas, hacen previsible una disminución de ingresos (deportistas profesionales, modelos, algunos ámbitos artísticos).

Como adelantábamos, el uso de las fórmulas clásicas, como "Vuotto", no contemplan tales variaciones, Tal vez no resulten "altamente probables" o seguras, pero la experiencia muestra que en situaciones normales acontece un crecimiento paulatino de ingresos, y bajo otras circunstancias, una merma. La fórmula "Acciarri" permite incorporar esta variabilidad, proyectada a la planilla de cálculo de un modo sencillo. Podrá decirse —se ha dicho— que plasmar los cambios aludidos en el cálculo indemnizatorio importa un ejercicio desmedido de la discrecionalidad del juzgador, quien asumiría el papel de profeta o clarividente previendo, por ejemplo, un crecimiento de un 10% de ingresos reales cada 5 o 10 años. Pensamos más bien que, partiendo de la base (cierta) de que jamás podremos saber qué le deparará o hubiera deparado el destino al damnificado, hay menos discrecionalidad (y menos arbitrariedad) en contemplar estas variaciones previsibles que en dar por hecho que —por utilizar un ejemplo— una persona de 25 años que se desempeña como vendedor categoría B en una casa de electrodomésticos, a sus 65 años seguirá ocupando el mismo cargo sin ningún tipo de mejora real en su retribución, ni siquiera mediante el cobro de los usuales suplementos por antigüedad. Una suposición semejante se aleja de la realidad de las cosas y, sin embargo, es la que subyace en el uso de las fórmulas referidas, mientras que la diseñada en la Universidad Nacional del Sur permite corregir una prospectiva tan arbitraria. Desde luego, el tribunal deberá explicitar los motivos de las variaciones proyectadas, las que podrán ser tratadas como lucro cesante (si las juzga probables o altamente verosímiles, acordándoles una probabilidad de ocurrencia de un 100%), o como pérdida de chance (si la probabilidad de ocurrencia se juzga menor, asentando un porcentaje inferior, por ej., un 70%). Esta distinción está prevista en la referida planilla de cálculo.

IV.3.c. Factores de corrección

En cualquier caso, el juez podrá sumar o restar al resultado cuantitativo que arroje el uso de la fórmula, lo que a su juicio corresponda en términos de equidad. Es el uso de los llamados "factores de corrección" que las circunstancias pueden exigir y que, como cualquiera de estas decisiones jurídicas a las que venimos refiriendo, demandarán una argumentación específica.

IV.4. Cuantificación del resarcimiento derivado de la disminución de aptitud para actividades no productivas, pero económicamente valorables

El art. 1746, Cód. Civ. y Com. contempla esta posibilidad dentro de la indemnización a reconocer a la víctima que ha sufrido secuelas invalidantes como consecuencia del hecho dañoso. Con independencia del lucro cesante, parece difícil de discutir que quien realizaba actividades no productivas, pero económicamente valorables y con posterioridad al hecho se ve limitado o imposibilitado de seguir llevándolas a cabo, pueda esgrimir este daño para obtener alguna compensación. Hacer cotidianamente compras para el hogar, cuidar de hijos menores o de otro familiar que lo requiera, trasladarlos al colegio u otros lugares, pagar impuestos, realizar tareas hogareñas como cocinar, limpiar, lavar ropa, etc., son actividades que no generan directamente réditos o retribuciones económicas, pero que demandan de un estado adecuado de salud en la persona que permita llevarlas a cabo. La afectación a dicho estado y las dificultades o frustraciones que ello pueda deparar para el damnificado en orden a continuar desplegándolas, implica un daño indemnizable.

La cuantificación aquí se presenta más dificultosa y cabe acudir a la prudencia del decisor. En algún caso se ha cuantificado como un porcenta-

je del lucro cesante, a modo de "factor de corrección" de la indemnización por incapacidad **(22)**.

Por aplicación del principio procesal de congruencia, su reconocimiento queda condicionado a que el damnificado incluya la pretensión indemnizatoria en la demanda y pruebe el daño consecuente. Pero pensamos que no cabe extremar el rigor en ello, en el sentido de que no resulta indispensable que el actor utilice en la demanda una expresión análoga a la prevista en el art. 1746, Cód. Civ. y Com., siendo suficiente una petición amplia de la indemnización por incapacidad que no se restrinja a la disminución de la aptitud para realizar actividades productivas. En cuanto a la prueba, tampoco sería necesaria la acreditación específica de cada una de las actividades que desplegaba la víctima y su afectación por la incapacidad, dado que puede generarse convicción suficiente a través de indicios y presunciones (por ej., de la acreditación del hecho de que la víctima tiene hijos menores, razonablemente cabe esperar que destinara parte de su tiempo a este tipo de actividades, y sopesarse su afectación tomando en cuenta el grado y tipo de incapacidad que le fue determinada en la causa).

V. La cuantificación del daño moral

El reconocimiento de la indemnización del daño moral ha sufrido, en nuestro ordenamiento, una evolución que principió con su admisión restringida a los supuestos de delito del derecho criminal —así en el Código histórico— para luego ampliarse notoriamente su ámbito de actuación por la ley 17.711, que concedió su reparación plena, con algunas restricciones en el ámbito contractual. El Cód. Civ. y Com., en un sistema de responsabilidad civil unificada, se expide sobre el punto en el art. 1741, bajo el epígrafe "indemnización de las consecuencias no patrimoniales", donde, sin perjuicio de las precisiones contenidas en la norma respecto a la legitimación y a la transmisión de las acciones, en lo que nos interesa particularmente, determina que "el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". La norma opera ahora en ambos subsistemas de responsabilidad, aun cuando su procedencia y cuantificación en el ámbito contractual puede estar requerida de la comprobación de determinadas circunstancias específicas.

Desde el punto de vista de la terminología utilizada, el Cód. Civ. y Com., en el citado art. 1741, lo denomina *daño por las consecuencias extrapatrimoniales*, calificación que reitera en el art. 464 inc. n), pero que abandona en el art. 744, inc. f), oportunidad en que se vuelve a la locución clásica de "daño moral" **(23)**.

De la nueva normativa —resultante básicamente del art. 1741 y complementada con las previsiones de los arts. 1737 y 1738— pueden inferirse las siguientes consecuencias:

i) Para el Cód. Civ. y Com. el daño moral tiene un carácter exclusivamente resarcitorio y sus posibles finalidades punitivas o ejemplificadoras se erigen, en todo caso, en resultados indirectamente obtenidos por la reparación de aquel daño, pero ajenos a lo que constituyen su finalidad específica.

ii) El daño moral tiene autonomía respecto al daño patrimonial y, por ello, su determinación no depende de lo que proceda por aquel concepto. Desde esa óptica debe desecharse toda propuesta de reparación del daño moral que se pretenda construir en función de un porcentaje del daño patrimonial. Incluso, a veces, el objeto único y prevaleciente del litigio versa sobre daño moral, según es evidente en la muerte de víctimas con productividad inexistente, o se muestra como irreal o dudosa en el porvenir, como ancianos que perdieron sus aptitudes productivas o accidentados con pronóstico de pronta muerte **(24)**.

iii) La amplitud otorgada a la regulación del daño por las consecuencias extrapatrimoniales

(22) CCC Santa Fe, sala III, "Correnti".

(23) El Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial de 2018 —elaborado por la Comisión integrada, entre otros, por los profesores Rivera y Pizarro— suprime la locución "daño extrapatrimonial" para reemplazarla por daño moral que es —según la Comisión— la que mejor se adecua a nuestra tradición, aclarando sus autores que el daño moral es siempre un daño jurídico, cualquiera sea su denominación, pues genera consecuencias preventivas y resarcitorias previstas en el Derecho.

(24) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde — GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", t. III, p. 93.

en nuestro ordenamiento importa desestimar la pretensa autonomía de eventuales "terceros géneros" de daños resarcibles (daño físico, daño biológico, daño al proyecto de vida, daño a la salud), los cuales son en definitiva reconducibles al sistema binario adoptado por el nuevo ordenamiento (daño patrimonial y extrapatrimonial). No es que esos específicos daños no sean reconocidos ni obtengan resarcimiento, sino que la prueba de dichas lesiones será el elemento que permita valorar acabadamente el daño moral y calibrarlo debidamente en el caso concreto, lo cual —de ordinario— engrosará cuantitativamente el daño moral **(25)**.

iv) El criterio adoptado por el art. 1741 —que remite a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias— debe considerarse una pauta de carácter imperativo y se erige en el único parámetro impuesto por el legislador para fijar el monto de la indemnización en el especial supuesto contemplado **(26)**.

La singular referencia a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, contenida en el art. 1741, pretende dar respuesta al clásico reparo en orden a la dificultad —sino imposibilidad— de resarcir el daño moral, de ponerle precio al dolor. La directiva contenida en la nueva norma pretende transparentar la función de la indemnización que se reconoce por daños no patrimoniales y que consiste en el otorgamiento de una satisfacción o un placer al damnificado, mediante los eventuales bienes que este puede obtener y los servicios que se puede procurar con dicha indemnización (Marcellino, 2017:264).

El criterio seguido por la norma había sido desarrollado, con anterioridad, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando sostuvo:

"(...) [A]un cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" **(27)**.

O sea que, según la norma, no corresponde resarcir la pérdida del bienestar espiritual propiamente dicho, sino que, en sustitución de ello, se propone que el Juez pondere con los antecedentes del caso qué bienes, servicios o actividades recreativas podrán traerle a la víctima placer para morigerar o neutralizar los efectos del daño moral padecido y, en función de ello, realizar el cálculo de la suma dineraria indemnizatoria (Alferillo, 2020:3).

La cuantificación del daño moral en función de las satisfacciones o placeres compensatorios enfrenta un primer problema, cual es determinar si el señalado parámetro debe apreciarse subjetivamente, en función de las especiales circunstancias personales del damnificado. Ello implicaría que, debido a la desigualdad económica de ingresos y de riqueza entre los damnificados, lo que da placer a uno no lo da a otro y, por ello, los placeres compensatorios tendrían una relación directamente proporcional entre riqueza y costo de la compensación (Juárez Ferrer, 2017:306). Por ello, se ha propiciado adoptar parámetros objetivos que computen la situación dañosa y las

(25) Ossola, Federico (2016:157). En igual sentido se expiden Pizarro y Vallespinos (2017:141). autores que justifican la admisión de esos nuevos daños en ordenamientos que sostienen un criterio restrictivo respecto al reconocimiento de la indemnización del daño moral, lo que no ocurre en nuestro derecho, incluso en el vigente antes del Cód. Civ. y Com.

(26) Márquez (2000:40). En igual sentido se expiden Zavala de González y González Zavala (p. 85). Para Pizarro y Vallespinos, en cambio, la directiva contenida en el art. 1741 in fine constituye uno de los parámetros a computar, pero no exclusivo (p. 800). En esa línea, el Anteproyecto de modificación al Cód. Civ. y Com. propone reformular la norma estableciendo que las satisfacciones sustitutivas o compensatorias serán ponderadas, "entre otros aspectos".

(27) CS, 12/04/2011, "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261.

consecuencias disvaliosas de tipo espiritual general que suelen producir ciertos hechos, o sea, lo que, según las reglas de la sana crítica, es lo común que suceda (Ossola, 2016:248). Ello implica que la individualización de los bienes y servicios necesarios para compensar a la víctima debe efectuarse desde la perspectiva de una condición patrimonial media, con prescindencia de la que ostente particularmente el damnificado **(28)**.

Por lo expuesto y en función del señalado criterio objetivador, la cuantificación del daño moral debe realizarse según parámetros generales, donde los ingresos —pasados o futuros— poca o nula incidencia tienen en su determinación, a diferencia de lo que acontece con la incapacidad sobreviniente donde, según ya vimos, se erigen en el dato central a partir del cual se obtiene la cuantía indemnizatoria final.

No caben dudas que el daño moral constituye el rubro de más difícil determinación, lo cual motivó que, en ese ámbito, se aplicaran con asiduidad criterios jurisprudenciales subjetivos, sustentados en apreciaciones genéricas y en el remanido recurso a la prudente apreciación judicial. La cuestión ya fue analizada en el precedente punto III, oportunidad en que señalamos el déficit argumentativo que dichas decisiones conllevan, en contradicción con la ahora clara directiva contenida en el art. 3º, Cód. Civ. y Com. Ese modo de razonar y decidir, en el ámbito de la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, ha sido en buena medida superado por la previsión contenida en el art. 1746, Cód. Civ. y Com. y por la creciente admisión por los jueces de las fórmulas matemáticas para fijar ese rubro indemnizatorio. No ocurre lo mismo con el daño moral donde la indiscutible dificultad de determinarlo y la falta de una regla legal precisa han impedido arribar a fórmulas medianamente objetivas y previsibles.

Descartado —según ya fuera señalado— el criterio que pretende determinar el daño extrapatrimonial en función de un porcentaje del daño patrimonial ha sido propiciado otro parámetro, llamado de la "tarifación judicial indicativa", que pondera las decisiones adoptadas por el mismo tribunal, o por otros, en situaciones similares a la juzgada en el caso **(29)**. Si bien un criterio similar fue aplicado en el ámbito de la justicia nacional para la determinación del valor vida y la incapacidad sobreviniente, este ha sido prácticamente abandonado, fundamentalmente debido a la nueva directiva legal contenida en el art. 1746. Pero, aun antes de la vigencia de esa norma, el mencionado criterio había merecidos objeciones por no estar precedido de un estudio actuarial, por no clasificar las decisiones de acuerdo con criterios de relevancia y por la falta de homogeneidad temporal en los valores dinerarios computados, derivación de la grave y pertinaz inflación que afecta a nuestro país **(30)**. Con mayor razón creemos que no resulta replicable en la cuantificación del daño moral, rubro indemnizatorio que presenta matices adicionales, difíciles de ser evaluados según ese especial modo de cuantificar judicialmente los daños.

Es por ello por lo que, a partir de la concreta referencia contenida en el art. 1741, se ha generalizado una jurisprudencia que vincula concretamente la cuantificación del daño moral a la adquisición de determinados bienes o servicios, que se individualizan en cada caso y que se consideran una razonable satisfacción compensatoria frente al daño moral padecido. A esos fines se recurre al costo de un viaje de recreación, al de uno o varios automotores, de un inmueble u otros bienes, como televisores, equipos informáticos o similares **(31)**.

Si bien el criterio precedentemente reseñado pretende ajustarse a la directiva del art. 1741 y en alguna medida proporciona parámetros más

(28) Zavala de González y González Zavala v. p. 96 y jurisprudencia que citan en su nota 67.

(29) En ese sentido se expidió tempranamente Jorge Peyrano (1993:877).

(30) Este sistema, que remite a los precedentes de la Cámara Nacional Civil y a la base de datos llevada a esos fines, también fue cuestionado por carecer de metodología científica, por lo cual resulta desde lo estadístico lo que se denomina "un referencial anómico" (Ghersi, 2009:43).

(31) Un prolijo relevamiento de los fallos emanados de los tribunales cordobeses, donde se individualiza una variedad de bienes y servicios cuyo valor se toma como referencia para determinar el daño moral reclamado en cada caso, puede consultarse en MARCELLINO, Leonardo, "Valoración, cuantificación y satisfacción del daño moral", cit., ps. 266 y ss. Ese criterio fue también aplicado por la CNCiv., sala A, "P., M. R. y otro c. Expreso Alpachiri SRL s/ daños y perjuicios", 21/10/2019, LLOnline: AR/JUR/42085/2019.

objetivos y controlables que la mera apreciación judicial o la valoración según lo decidido en precedentes judiciales semejantes, se queda a mitad de camino en el propósito de traducir las satisfacciones sustantivas y compensatorias en valores más o menos uniformes y que también tenga en cuenta la relevancia de cada suceso dañoso, según una categorización acorde su gravedad relativa. En esa línea se destaca singularmente la propuesta formulada por Juárez Ferrer en el sentido de describir diez sucesos dañosos importantes, organizados en una escala decreciente, que principia con la gran discapacidad o estado vegetativo y concluye con las cicatrices o defectos estéticos. A su vez, a cada tipo indemnizatorio se le fija un techo y un piso que deberán ser ponderados en cada caso, todo ello a partir de la determinación de lo que el autor denomina "unidad de daño moral" (UDM), que puede fijarse según algún parámetro actualizable, como el valor de determinado bien mueble o inmueble o la unidad arancelaria que se aplique en la respectiva jurisdicción **(32)**.

En términos parecidos se expide Federico Ossola para quien hubiera sido deseable, en primer lugar, establecer presunciones *iuris tantum* de daño moral para supuestos especiales y a partir de allí fijar un "piso" indemnizatorio, en puntos o unidades económicas de valor estable, que constituya un mínimo indicativo que luego, en función de las circunstancias del caso concreto, pueda adecuarse razonablemente (Ossola, 2016:149).

Las propuestas enunciadas constituyen —sin duda— un aporte significativo al propósito de obtener parámetros medianamente objetivos y uniformes en un rubro indemnizatorio —el daño moral— donde ha imperado, como regla, la pura discrecionalidad judicial, con los inconvenientes ya reseñados. Será la jurisprudencia la que deberá avanzar en ese cometido, del mismo modo de lo que ha ocurrido —con resultados aceptables— en la cuantificación del valor vida y de la incapacidad sobreviniente.

(32) JUÁREZ FERRER, Martín (2018), "Cuantificación del daño moral por escalas", ps. 301 y ss. y en particular el cuadro obrante a fs. 318 donde se grafica adecuadamente el método propuesto y sus posibles combinaciones.

VI. Los intereses (tasa aplicable e inicio de su cómputo)

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual "el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio" (art. 1748, Cód. Civ. y Com.). La norma —según nuestro entender— se encuentra requerida de algunas precisiones que conducen al establecimiento de una regla general y al reconocimiento de las consecuentes excepciones. En ese sentido, lo que normalmente acontece en esta materia es que el perjuicio y el hecho ilícito que lo genera resultan coetáneos. La excepción estará dada por los daños futuros, o sea aquellos que suelen plasmarse como un perjuicio sucesivo, esto es como una prolongación de un daño ya existente, que no se agota al momento de la sentencia, o bien como un nuevo daño, no existente al momento de dictarse sentencia, pero que, conforme al curso normal u ordinario de las cosas, se producirá después de ella. Estos últimos supuestos justificarán, entonces, apartarse de aquella regla general y establecer el inicio del curso de los intereses a partir de la sentencia que los cuantifica (Pita, 2013:283).

O sea que —salvo el supuesto de daños estrictamente futuros— siempre y en todo caso los intereses son debidos desde el día del hecho ilícito. Este debe ser, entonces, considerado como el momento en que se produce el perjuicio objeto de reparación, en los términos del citado art. 1748. Pero de lo expuesto no se colige, necesariamente, que la tasa de interés aplicable en ese período (o sea el que media entre el día del hecho y el efectivo pago de la indemnización por el responsable) deba ser la misma, fundamentalmente cuando se recurre a la llamada tasa activa.

En cuanto a la tasa aplicable se ha generalizado recurrir a la tasa activa, máxime a partir del Fallo plenario de la Cámara Nacional Civil que así lo determinó respecto a ese ámbito jurisdiccional **(33)**. Dicho Fallo se encargó de precisar,

(33) CNCiv., en pleno "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA", 20/04/2009, LA LEY 2009-C-99. En la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte provincial insiste en mantener la tasa pasiva del BPBA, aun remitiendo a la tasa más alta que fije dicha entidad bancaria. Los antecedentes y las razones que justifican apartarse de esa doctrina legal son expuestas con exhaustividad en un bien fundado Fallo de la Alzada local,

también, que "la tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

La aclaración precedente tiene lógica pues, según el modo en que se calcula la llamada "tasa activa", ella contiene indiscutiblemente un componente destinado a compensar la depreciación de la moneda, lo cual tiene relevante incidencia en su determinación, lo que se denomina "escorias inflacionarias". Ello permite, al mismo tiempo, calificarla como "tasa impura", a diferencia de aquella otra tasa que ha sido expurgada de esos aditamentos y que, por oposición, se llama "tasa pura".

La necesidad de tener en cuenta el momento en que la deuda de valor (incapacidad sobreviniente, indemnización por muerte o daño moral) es cuantificada —o sea se torna en deuda dineraria— a los fines de fijar los intereses moratorios correspondiente ha sido debidamente advertida por autorizada doctrina. A ese respecto Pizarro y Vallespinos se expiden con rotundidad:

"Mientras la obligación sea de valor y no haya mutado su naturaleza dineraria, por vía de la cuantificación en dinero que prevé el art. 772, debe aplicarse una tasa de interés puro, que tradicionalmente ha sido estimada entre el seis y el ocho por ciento anual. Debe desestimarse la procedencia de una tasa de interés bruto, que incluya la prima por depreciación de la moneda, pues de lo contrario se compensaría al acreedor doblemente por ese concepto, por vía de la valorización de la prestación adeudada y de la referida escoria incluida dentro de la tasa de interés puro" (2017:526).

En términos similares se expide Federico Ossola para quien "con relación a la tasa de interés aplicable no debe perderse de vista que si el daño se ha producido previo a la sentencia y el quantum del capital ha sido fijado tomando en cuenta los valores actuales al tiempo en que ella se dicta, no corresponderá que la tasa de interés por mora contenga escorias inflacionarias hasta ese momento" y por ello, "añadir el componente inflacionario a la tasa de interés implicaría consagrar un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima" (2017:11). La jurisprudencia ha seguido, en general, idéntico derrotero **(34)**.

A pesar que la necesidad de diferenciar dos tramos de tasas (pura desde el hecho hasta la sentencia que fija los daños y la activa desde, entonces, hasta el pago) se infiere claramente de los fundamentos expuestos y quedaba expresamente a salvo en el Plenario "Samudio", la mayoría de las Salas de la Cámara Nacional Civil se han pronunciado de modo diferente y así han dispuesto la aplicación de la tasa activa a cualquier reclamo indemnizatorio y con prescindencia del momento en que fueron cuantificados **(35)**.

La señalada posición era también adoptada por la justicia laboral, fundamentalmente en reclamos indemnizatorios por incapacidad o muerte, fundados en el derecho común. Ello motivó un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la cual se dejó sin efecto un fallo de la CNTrab. que había adoptado aquel criterio, retrotrayendo la tasa fijada judicialmente (una tasa especial vigente en ese fuero, que supera a la TABN) a la fecha del siniestro. No obstante, la incapacidad sobreviniente fue estimada a la fecha de la sentencia. La Corte —sin expedirse sobre cuál era la tasa aplicable en el primer tramo (desde el hecho a la sentencia)— descalificó por arbitrario el pronunciamiento de Alzada que, de ese modo, había elevado en más del cuádruple de su valor el monto total del crédito. Más explícitamente, el voto concurrente del Dr. Rosatti señala:

oportunidad en que, incluso, se analizan las diversas tasas activas a las que puede recurrirse a la hora de fijar los intereses moratorios (CCC Mar del Plata, sala 2ª, en autos "Melegari, Bernardo F. c. Risso, Gladys N. y ot. s/ daños y perjuicios", expte. 167589, 16/94/2020).

(34) CCC Santa Fe, Sala III, "Correnti", cit. CCC Santa Fe, Sala I, "Tavella, Alejandro M. c. Ledezma, Ramon L. s/ daños y perjuicios", sentencia del 27/11/2019. SCBA, "Vera, Juan Carlos", sentencia del 18/04/2018; "Nidera SA", sentencia del 03/05/2019.

(35) Un relevamiento de la jurisprudencia de ese tribunal sobre el punto puede consultarse en DIEGUES, Jorge A. (2018), "Tasa de interés por daños y perjuicios -Panorama jurisprudencial del fuero civil", Ed. La Ley.

"(...) [A]l haberse confirmado la indemnización establecida en primera instancia, que había sido fijada a valores actualizados a la fecha de ese pronunciamiento, la Cámara no podía retrotraer el cómputo de los intereses a la época del accidente sin determinar, en forma concreta, cuál es la tasa que corresponde aplicar desde el momento de la contingencia hasta el día del fallo" **(36)**.

Aun cuando la Corte nacional no se ha expedido concretamente sobre cuál es la tasa (pura) que debe aplicarse en el tiempo que se devenga entre el hecho y la cuantificación del perjuicio, lo que sí parece categóricamente decidido es que superponer la tasa activa con valores actualizados produce resultados inequitativos y arbitrarios. Y esto es una cuestión que no necesita ser probada, sino que se infiere *in re ipsa* de la mera adopción del equivocado criterio de retrotraer la tasa activa a la fecha del siniestro, sin distingo alguno y sin considerar el momento en que los daños han sido determinados. Demostrar que la tasa activa contiene —principalmente— componentes destinados a cubrir la desvalorización de la moneda es un dato que no parece requerido de prueba específica —v.gr., de una pericia actuarial que así lo determine— sino que constituye un hecho notorio, inferible del consenso doctrinario en orden a cómo se integran las distintas tasas de interés, y en particular, la tasa activa.

La cuestión de la tasa de interés aplicable presenta aristas singulares en la cuantificación de la incapacidad sobreviniente a cuyo respecto es necesario distinguir —según se ha propiciado en el precedente punto IV.3.a— entre el daño actual (o pasado) y el daño futuro. Según se viera, el cálculo del lucro cesante actual o pasado se realiza bajo la modalidad de "salarios caídos", lo que a su vez puede hacerse sumando linealmente cada crédito mensual nacido y frustrado, aplicando el grado de incapacidad determinado y adicionando intereses moratorios (generalmente, se usa una tasa activa) desde el momento en que cada pérdida resultó exigible. O bien, puede dársele tratamiento de deuda de valor y tomar como base el último ingreso actualizado al momento de la sentencia, multiplicarlo por los períodos mensuales transcurridos, aplicar el porcentaje de incapacidad correspondiente y utilizar para los períodos anteriores una tasa de interés puro que compense solo la indisponibilidad del capital pero que carezca de componentes inflacionarios **(37)**.

En cuanto al daño o lucro cesante futuro, la indemnización se entrega por adelantado, la víctima goza anticipadamente de la productividad de dicho capital y, por ello, a la suma fijada según las fórmulas aritméticas ya reseñadas, por tratarse de una etapa no alcanzada por la mora, no cabe adicionarle intereses moratorios, pues estos se deben recién cuando la condena queda firme y hay tardanza en el pago **(38)**.

Respecto a esto último no debe confundirse la tasa de interés moratorio —que podrá ser activa o pura según el caso— con la llamada "tasa de descuento" que se aplica en el cálculo del lucro cesante futuro, según las diversas alternativas propuestas. Esta tasa —que puede variar entre el 4% y el 8%— cumple un rol distinto y, a diferencia del interés moratorio, cuando más alta es la tasa, menor es el resultado final obtenido (Juárez Ferrer 2017:177).

VII. Conclusiones

i) Las directivas de cuantificación contenidas en los arts. 1741 y 1746, Cód. Civ. y Com. constituyen normas imperativas y deben aplicarse inmediatamente (art. 7º, Cód. Civ. y Com.) a to-

(36) CS, "Alarcón, Gerardo D. c. Sapienza, Walter D. y otros s/ accidente - ley especial", 27/02/2020, LLOnline AR/JUR/201/2020. El fallo se encuentra precedido de otro pronunciamiento del tribunal donde se anticipó el criterio finalmente receptado en "Alarcón", oportunidad en que la Corte, dejando sin efecto también un fallo de la CNTrab., advirtió la arbitrariedad en que se había incurrido al aplicar intereses según la tasa utilizada por el tribunal, "con lo que el capital determinado se incrementaría notoriamente aun cuando su estimación había sido efectuada "en cálculos hodiernos", es decir, a valores actuales" (CS, "Ripp, Juan Ignacio c. Personal Collect SA s/ despido", 08/10/2019, LA LEY 2019-E-497).

(37) CCC Santa Fe, sala III, causa "Operto".

(38) Zavala de González y González Zavala (332-333). Es por eso, equivocada, en nuestro entender, la solución postulada en un precedente judicial por Sebastián Picasso, cuando —con buen criterio— propone adoptar las fórmulas matemáticas ya enunciadas pero, al mismo tiempo, aplica un interés a tasa activa desde el momento del hecho, todo ello en un caso resuelto en 2018 respecto a un accidente acaecido en 2011 (CNCiv., sala A, "P., Z. c. Coto Centro Integral de Comercialización SA y otros s/ daños y perjuicios", 18/09/2018, Cita online: AR/JUR/48976/2018).

dos los procesos de indemnización de daños y perjuicios no juzgados; ello, sin perjuicio de que el régimen derogado no impedía echar mano a idénticos criterios de valuación.

ii) Las distintas decisiones que integran la cuantificación del daño, requieren de la implementación de un discurso justificativo que permita, a la comunidad en general y a los destinatarios de la sentencia en particular, conocer el razonamiento realizado, evaluarlo y, en su caso, objetarlo.

iii) El art. 1746, Cód. Civ. y Com. ordena la utilización de algún tipo de fórmula matemática a fin de "calcular" (y no adivinar intuitivamente) el capital al que refiere. El resultado que se obtenga: (i) no reflejará con exactitud la dimensión del perjuicio, pero será la conclusión de un procedimiento racional basado en estándares de previsibilidad para valuarlo; (ii) podrá ser modificado por el juez si las circunstancias del caso lo exigen y en la medida de que justifique la variación; y (iii) no abarcará en toda su extensión la indemnización del rubro "incapacidad", puesto que pueden configurarse sub rubros que requieran de otro procedimiento racional de cuantificación, tales como lucro cesante actual (o pasado), actividades no productivas económicamente valorables o pérdidas de chance.

iv) En el cálculo del lucro cesante que integra el daño experimentado por la incapacidad sobreviniente, debe discernirse el *lucro cesante actual pasado* (ingresos frustrados hasta el momento de la sentencia) y el *lucro cesante futuro* (los que habrán de frustrarse a partir de la sentencia). Mientras al primero (frustración consumada) cabe adicionarle intereses (intereses que suman) y se calcula bajo la modalidad de salarios caídos, al segundo (frustración prevista para el futuro) se le aplica un interés de descuento compensando el cobro anticipado de ingresos futuros (intereses que restan) y se calcula mediante alguna de las fórmulas matemáticas usuales.

v) En la utilización de cualquiera de las fórmulas conocidas para calcular el lucro cesante futuro bajo la pauta establecida en el art. 1746, Cód. Civ. y Com., el juez debe adoptar una serie de decisiones jurídicas en torno a las distintas variables a utilizar (edad de la víctima, edad tope, ingresos, grado de incapacidad, tasa de interés de descuento y probabilidades de variación de ingresos reales), las que deben ser suficientemente argumentadas.

vi) La cuantificación del daño moral o por las consecuencias extrapatrimoniales tiene, en el Cód. Civ. y Com., un carácter exclusivamente resarcitorio y es independiente del daño patrimonial. A su vez, la amplitud otorgada en el ordenamiento civil al daño moral torna innecesario recurrir a otras especies de daños, los cuales son en definitiva reconducibles al sistema binario instituido por el Código, configurado por el daño patrimonial y el extrapatrimonial.

vii) La referencia a las satisfacciones sustitutivas y compensatorias, contenida en el art. 1741, Cód. Civ. y Com., exige determinar el valor de los bienes o servicios que puedan producir, en la medida de lo posible, ese resultado. A esos fines deben individualizarse los bienes o servicios necesarios para compensar ese daño, desde la perspectiva de una condición patrimonial media, no necesariamente vinculada a la capacidad económica del damnificado.

viii) Son ponderables y deben ser atendidas las propuestas dirigidas a obtener parámetros medianamente objetivos y uniformes en la determinación del daño, a partir de la tipificación de los distintos perjuicios y del recurso a unidades económicas de valor estable, sin perjuicio de los márgenes de apreciación que cada caso amerite.

ix) En la responsabilidad extracontractual la mora se produce desde el hecho ilícito y, por ende, como regla, los intereses deben correr desde entonces. La tasa activa —que es la que usualmente se utiliza por los tribunales— debe computarse desde ese momento, si el daño es fijado a valores de la fecha del siniestro. En cambio, si los daños han sido cuantificados en un momento posterior —p. ej., a la fecha de la sentencia— desde la fecha del hecho ilícito a la fecha en la que se determinaron los daños deberá aplicarse una tasa pura, sin componentes inflacionarios y desde la sentencia hasta el pago, la tasa activa.

x) La indemnización por incapacidad sobreviniente —fijada de acuerdo con los parámetros del art. 1746, Cód. Civ. y Com.— devenga intereses, respecto al lucro cesante pasado, desde cada periodo mensual considerado. En cambio, en relación con el lucro cesante futuro, no corresponde adicionar intereses moratorios, los cuales solo se deben una vez que el responsable se encuentre en mora en el pago de la indemnización fijada.

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Acción colectiva que atribuye a la demandada la conducta de dar de baja ilegalmente y transferir a sus afiliados al INSSJP. Rechazo de la excepción de falta de legitimación activa. Aplicación del estatuto del consumidor a los afiliados de obra social.

Con nota de María Carolina Abdelnabe Vila

1. — No existe fundamento legal para prescindir del resguardo constitucional que le confiere el art. 42 de la Constitución Nacional a los afiliados a la obra social.

2. — No se encuentran justificadas las diferencias que la apelante pretende convalidar entre quienes se encuentran vinculados a un servicio de salud bajo el régimen de medicina prepaga o de afiliación obligatoria, intentando excluir a estos últimos del amparo del estatuto del consumidor.

3. — Esa disquisición entre usuarios de la prestación de un servicio de salud —aun sin desconocer la génesis disímil de cada uno de los negocios jurídicos— no surge del texto de la ley ni se encuentran motivos para efectuar la interpretación que la obra social propone en cuanto a los alcances que habría de conferírsele al término "relación de consumo", circunscribiendo la aplicación del estatuto del consumidor únicamente a la existencia de un vínculo contractual.

4. — La configuración de la clase ha quedado lo suficientemente delimitada en los términos del pronunciamiento del juez de grado obrante, en el cual consideró que aquel se integraba con los usuarios (personas físicas) de la obra social demandada —beneficiarios de los servicios de obra social y medicina prepaga— que hubieran sido dados de baja ilegítimamente y transferidos compulsivamente al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados con motivo de haber obtenido un beneficio jubilatorio o pensionario, como así también aquellos usuarios que se encuentren en riesgo de sufrir la misma afectación en la medida que no se detenga la práctica impugnada por la accionante.

5. — Los fundamentos desarrollados en la sentencia no han logrado ser conmovidos por los argumentos brindados por la apelante, motivo por el cual corresponde confirmar la legitimación de la asociación actora para actuar en este proceso grupal y peticionar ante las autoridades en defensa de los derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos, cuya tutela en estos autos se procura.

CNFed. Civ. y Com., sala II, 29/10/2020. - Usuarios y Consumidores Unidos c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/ incumplimiento de prestación de obra social/med. prepaga.

[Cita on line: AR/JUR/51972/2020]

Causa N° 2996/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 29 de 2020.

Considerando:

I. En el referido pronunciamiento, el señor juez de grado desestimó la excepción de falta de legitimación activa deducida por la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación, como así también el pedido de citación de terceros efectuado por dicha parte a fs. 785/788. Por otra parte, difirió el tratamiento de la defensa de prescripción interpuesta por la demandada para el momento de dictar sentencia. Asimismo, impuso las costas de la incidencia a la demandada y reguló los honorarios correspondientes al letrado apoderado de la parte actora.

Para así decidir recordó, en primer término, que la defensa de falta de legitimación se presenta cuando no media coincidencia entre los sujetos que efectivamente actúan en el proceso y aquellos a los cuales la ley habilita especialmente para contradecir respecto de la materia sobre la que versa el litigio.

Ingresando al análisis de la situación planteada en autos, el magistrado de la anterior instancia efectuó algunas precisiones en cuanto a las pautas sentadas por el Máximo Tribunal en el precedente "Halabi" del 24/02/2009, en donde se reconoció dentro de la categoría de derechos de incidencia colectiva derivados de intereses individuales homogéneos, a los derechos patrimoniales de los usuarios y consumidores.

Puntualizó, en el mismo sentido, lo resuelto por la Sala I de esta Cámara en la causa N° 4453/14 el día 4 de agosto de 2015 donde el Tribunal reconoció a la asociación demandante la legitimación para reclamar por el menoscabo de los derechos de los usuarios de una obra social y también refirió a los términos en los que está Sala dictó la medida cautelar, oportunidad en la cual se hizo mérito a que la actora acreditó la

inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores en los términos dispuestos por el artículo 55 de la Ley N° 24.240.

Ponderó el estatuto acompañado por la asociación demandante y los objetivos allí plasmados, entre los que se encuentran el de defender y el de representar los intereses de los usuarios y consumidores ante la Justicia, autoridad de aplicación u otro organismo competente.

En razón de todo ello, y por tratarse de una demanda colectiva dirigida contra la Obra Social Unión Personal, por una supuesta conducta de la accionada, tendiente a lesionar derechos constitucionales, como el de la salud del grupo representado y que afecta intereses individuales homogéneos de los usuarios, concluyó que la defensa del derecho por el que se acciona, constituye una de las finalidades para la cual ha sido creada la asociación y por ello, la actora se encuentra legitimada para iniciar esta acción colectiva.

Seguidamente, y respecto del pedido de citación de tercero repasó el carácter restrictivo con el que debe ser reconocido el instituto y alegó que no se le puede imponer a la parte actora la integración de la litis contra aquel que no desea demandar ni forzarlo a entablar la acción contra quien no quiere.

Sobre este punto, dijo no advertir de qué manera la eventual sentencia que se dicte en esta causa, pueda comprometer el derecho de defensa en juicio del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados —en lo sucesivo, INSSJP o el Instituto—, de la Administración Nacional de la Seguridad Social —en adelante, ANSES—, de la Superintendencia de Servicios de Salud o del Estado Nacional, frente a una acción de regreso. Agregó, al respecto, que tampoco se vislumbra aquella posibilidad en la medida que la responsabilidad endilgada está exclusivamente en cabeza de la obra social (baja y mantenimiento o no reafiliación de los afectados). De allí, postuló que ya sea desde la causa o el objeto perseguido, no se observa que pueda afectar la relación extracontenciosa entre una de las partes y el tercero.

En lo inherente a la defensa de prescripción, difirió su tratamiento para el momento en que se dicte la sentencia definitiva, en tanto aquella fue formulada como defensa de fondo.

Por último, respecto a la oposición de la obra social efectuada a fs. 789, relativa a las costas, se remitió a los términos de lo resuelto a fs. 89/90 y lo que allí se decidió, en cuanto a los alcances que debe conferírsele al concepto justicia gratuita establecido en los artículos 53 y 55 de la Ley N° 24.240 —texto según Ley N° 26.361—.

II. Frente a aquella decisión, la demandada interpuso el recurso de apelación obrante a fs. 1034, el que fue fundado a fs. 1043/1058 y replicado por la actora a fs. 1059/1065.

En su memorial, cuestiona que el *a quo* haya rechazado la excepción de falta de legitimación activa. En ese sentido, sostiene que el reclamo de la actora no se fundamenta en derechos de incidencia colectiva correspondiente a intereses individuales homogéneos, tal como se sostiene en la resolución recurrida. Argumenta que en el *sub lite* existe una clara multiplicidad de situaciones jurídicas subjetivas que no puede resolverse de una única manera para todo el conjunto de afiliados que la asociación de consumidores alega representar.

A continuación, efectúa una síntesis de las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Halabi” en materia de legitimación procesal y categorización de los derechos de incidencia colectiva. Sostiene que su contraria no ha logrado identificar la existencia de un hecho único y continuado que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos.

De igual modo, refiere que el reclamo planteado en la causa no involucra cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas a todo el colectivo, sino que, en todo caso, aglutinan un selecto grupo de beneficiarios, no concurriendo el presupuesto fijado en el caso antes mencionado.

Sobre este punto, expone que en la demanda se planteó la legitimación procesal en función de beneficiarios de la medicina prepaga, es decir, en el marco de la Ley N° 26.361, mientras que, por la modificación de la demanda, a instancias del *a quo*, la demandante expandió la representación del grupo a los afiliados de la obra social en forma directa. Sintetiza las diferencias entre el sistema legal previsto para las obras sociales (Leyes N° 23.660 y 23.661) y las empresas de medicina prepaga (Ley N° 26.682) y los distintos mecanismos de financiación entre los afiliados obligatorios de la seguridad social y los beneficiarios o usuarios voluntarios/ adherentes. En definitiva, según su

entender, no existen intereses homogéneos entre todos los tipos alcanzados por esta acción.

Arguye que tratándose de la defensa de intereses divisibles lo pretendido en autos, no basta con que la asociación se encuentra inscripta en el registro correspondiente, sino que debe demostrarse que los usuarios y consumidores a quienes dicen representar resulten afectados en su derecho de acceso a la justicia. Señala que dicho requisito de ningún modo se limita a la garantía constitucional de acceso colectivo a la justicia, pues la propia actora admite que cada uno de los integrantes podría iniciar acciones judiciales para reclamar su reincorporación en el servicio de medicina prepaga brindado por Unión Personal y que prueba de ello es que muchos de los integrantes del grupo han optado por autoexcluirse de la clase.

Puntualiza en que la falta absoluta de contacto entre el objeto estatutario de la asociación con la pretensión esgrimida en la demanda no puede ser omitido a la hora de analizar la cuestión relativa a la legitimación activa.

Por lo demás, cuestiona que el *a quo* reconozca la existencia de una relación jurídica de consumo entre la OSUPCN y el colectivo que pretende representar la demandante. Al respecto, manifiesta que la relación entre el usuario o beneficiario de la obra social o la entidad que lo presta no es contractual sino estatutaria o reglamentaria.

Por otra parte, controvierte que se haya desestimado el pedido de citación de terceros al INSSJP, a la ANSES, al Estado Nacional y la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación.

Con relación al Instituto expone que, ante la eventualidad de prosperar la pretensión de la actora, el INSSJP se verá obligado a derivar recursos y aportes de beneficiarios hacia su mandante, en cantidad suficiente para que pueda cumplir con las prestaciones de salud, pues de otro modo se desfinanciaría a la obra social.

Asimismo, respecto de la ANSES dice que lo resuelto por el sentenciante implica un desconocimiento total y absoluto del rol de ese organismo, que es el ente recaudador centralizado de los aportes y contribuciones del universo de pasivos. Agrega que, en caso de que se admita el reclamo, será el ejecutor de la remisión de los aportes de los jubilados que se haya dispuesto judicialmente su pase a esa obra social.

Y en lo inherente al pedido de citación del Estado Nacional, considera evidente que, en la presente causa, deberá de juzgarse la obligación subsidiaria y solidaria que sobre este recae, de garantizar el adecuado derecho a la salud de los representados por la actora.

Finalmente, se agravia de la imposición de costas efectuada por el *a quo* en la resolución criticada.

III. Así planteado el asunto, se advierte que la demandada justificó la excepción de falta de legitimación activa, en dos cuestiones centrales. Por un lado, entiende que no se encuentran configurados en la causa los presupuestos señalados por la Corte Suprema de Justicia en el precedente "Halabi" para admitir el progreso de una acción colectiva, alegando que no se verifica una causa fáctica y jurídica en común, como así tampoco, según su parecer, se haya comprometido el acceso individual a la justicia. Por otra parte, refiere a los extremos relativos a la constitución de la asociación que aquí acciona y los alcances de su objeto social, los que dice no corresponderse con la defensa de esta clase en particular.

Para comenzar, debemos aclarar que no existe óbice alguno para aplicar, en el caso, las previsiones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, como así tampoco la restante normativa que tutela los derechos de los consumidores y usuarios. Pese a las argumentaciones que al respecto ensaya la accionada en su pieza recursiva (v. punto II. 1. C) de fs. 1051 vta.1053 vta.), tendiente a controvertir la existencia de una "relación de consumo" con sus afiliados, no existe fundamento legal para prescindir del resguardo constitucional que le confiere el art. 42 de la Constitucional Nacional a los afiliados a la obra social, en cuanto establece expresamente que "todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud...". Y, en ese sentido, no se encuentran justificadas las diferencias que la apelante pretende convalidar entre quienes se encuentran vinculados a un servicio de salud bajo el régimen de medicina prepaga o de afiliación obligatoria, intentando excluir a estos últimos del amparo de aquella regulación. Esa disquisición entre usuarios de la prestación de un servicio de salud —aun sin desconocer la génesis disímil de cada uno de los negocios jurídicos—, no surge del texto de la ley, ni se encuentran motivos para efectuar la interpretación que la obra social propone en cuanto a los alcances que habría de conferírsele al término "relación de consumo", circunscribiendo la aplicación

del estatuto del consumidor únicamente a la existencia de un vínculo contractual.

Por lo demás, en lo relativo a la posición de consumidor o usuario que asumen los afiliados de una obra social por los servicios que estas prestan y la aplicación de las previsiones contenidas en la Ley N° 24.240 y, en particular, el reconocimiento de la legitimación de la asociaciones de consumidores para reclamar en defensa de los derechos de afiliados a una obra social, ya se ha expedido con anterioridad esta Cámara en sentido favorable a la configuración de una relación de consumo (conf. esta Sala causa N° 5451/14 del 23/05/2018; Sala III, causa N° 5452/14 del 16/08/2016, causa N° 4594/14, del 10/10/2017).

IV. Aclaro lo expuesto, se debe señalar que este Tribunal, en oportunidad de analizar la verosimilitud del derecho en el pedido de la medida cautelar decretada a fs. 153/162 y atendiendo a los agravios propuestos a fs. 135/139, admitió la legitimación de la actora para reclamar en autos. De allí que, la mayoría de las argumentaciones volcadas por la accionada para controvertir la aptitud de la asociación para demandar, encuentran acabada respuesta en aquella resolución (v. en especial, considerando VII, 7.1., 7.2. y 7.3. de fs. 157/160).

En aquel decisorio, se concluyó que el derecho cuya protección procura la accionante es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos (usuarios de la demandada que se han jubilado o se encuentran próximos a hacerlo), y que la cuestión está enfocada en el aspecto colectivo de los efectos del hecho impugnado. Este hecho, según los términos en que fue dictado el decisorio obrante a fs. 71/72, se identifica con la actitud que se le endilga a la emplazada de dar de baja y transferir compulsivamente al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), con motivo de haber obtenido un beneficio jubilatorio o pensionario, siendo esto suficiente para desestimar cualquier tipo de controversia relativa a la ausencia de una causa fáctica o jurídica en común.

Por cierto, la configuración de la clase ha quedado lo suficientemente delimitada en los términos del pronunciamiento del juez de grado obrante a fs. 90 vta., en el cual consideró que aquel se integraba con los "...Usuarios (personas físicas) de la Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación —beneficiarios de los servicios de obra social y medicina prepaga— que hubieran sido dados de baja ilegítimamente y transferidos compulsivamente al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados con motivo de haber obtenido un beneficio jubilatorio o pensionario, como así también aquellos usuarios que se encuentren en riesgo de sufrir la misma afectación en la medida que no se detenga la práctica impugnada por la accionante". Y está claridad con la que ha sido definido el colectivo representado, descarta cualquier tipo de incidencia que pudiera tener en el asunto los distintos tipos de afiliaciones a los que refiere la recurrente en el punto II.1.A) de su memorial.

Ello no quita que dentro del grupo que conforma el polo activo de la pretensión colectiva pueda observarse la presencia de subcategorías (ej. afiliados a la obra social demandada y que cuenten plan superador), y que aquello pudiera proyectar distinciones a la hora de resolver sobre ciertas cuestiones particulares (v. a modo ilustrativo, el punto 9.3. de la resolución de esta Sala de fs. 153/162), mas no significa, de ningún modo, la ausencia de configuración de la causa fáctica y jurídica en común, extremo trascendental a la hora de tener por conformada la clase.

En definitiva, nos encontramos frente a un supuesto donde quien pueden encontrarse afectados tienen elementos comunes y homogéneos, lo que permite proyectar, eventualmente, los resultados de la acción colectiva hacia todos quienes se encuentren alcanzados (conf. Cruz Matteri, Juan Ignacio "El triunfo de los derechos del consumidor argentino: reconocimiento de legitimación a una asociación de consumidores en una acción colectiva de consumidores hipervulnerables", en Sistema Argentino de Información Jurídica, www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF200180, del 27/08/2020). Y, en el caso, se trata de los usuarios afiliados a la demandada que se vieran damnificados con baja de la nómina de afiliados y la transferencia al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados con motivo de haber obtenido un beneficio jubilatorio o pensionario.

Por otra parte, en oportunidad de dictarse la resolución de fs. 153/162 también se ponderó el interés estatal en la protección del sector de la población vulnerable que se encuentra comprendido en la clase (sujetos de edad avanzada), refutándose incluso el argumento relativo a la posibilidad de que cada uno de los integrantes de la clase, promueva una acción individual.

A lo expuesto se agrega, que las personas humanas que conforman el grupo representado se encuentran,

incluso, comprendidas en la categorización que la reciente Resolución N° 139/2020 de la Secretaria de Comercio del Interior dispone en sus artículos 1° y 2°, en cuanto allí consagra la categoría de "consumidores hipervulnerables" (vgr. personas mayores de 70 años, jubilado/a o pensionado/a, etc.). Y esta protección especial que se le debe dispensar a este tipo particular de consumidores, encuentra su fundamento en que mientras la protección al consumidor se fundamenta en una vulnerabilidad de índole estructural, la tutela a los hipervulnerables busca traspasar la nota de debilidad estándar, para ahondar en circunstancias particulares que resultan coyunturales, transitorias o permanentes, inherentes a la persona o externas a ella y que acentúan la fragilidad del consumidor. Es que, en la figura del subconsumidor la vulnerabilidad estándar (estructural), confluye con otra, coyuntural, que lo torna más frágil en las relaciones de consumo y obliga a potenciar los mecanismos protectorios (conf. Cruz Matteri, Juan Ignacio "Consumidores hipervulnerables. Estudio exegético de la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior", La Ley, AR/DOC/2580/2020, en igual sentido, Wajntraub, Javier H. "Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa", En: *La Ley Consumidores Hipervulnerables* (2020, jun. 16) p. 2-4; Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Una nueva categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada" En: *La Ley Consumidores Hipervulnerables* (2020, jun. 16) p. 11-12).

De esta manera, se evidencia que los fundamentos desarrollados en aquel pronunciamiento no han logrado ser conmovidos por los argumentos brindados por la apelante, motivo por el cual corresponde remitirnos a lo allí resuelto a la hora de juzgar la legitimación actora de la asociación para actuar en este proceso grupal y peticionar ante las autoridades en defensa de los derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos, cuya tutela en estos autos se procura.

Todo ello se reafirma, si se tiene en cuenta que se encuentra acreditado que la demandante se encuentra inscripta en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores (fs. 143/144), en los términos que dispone el artículo 55 de la Ley N° 24.240 y que su estatuto prevé "...defender y representar los intereses de los usuarios y consumidores ante la Justicia, autoridad de aplicación u otros organismos competentes en el tema" (v. punto e), del artículo 1° del Estatuto cuya copia luce a fs. 7). Y siendo esto último, otro elemento del que expresamente esta Sala hizo mérito al punto 7.2. de fs. 158 vta./9, con cita en el precedente dictado al respecto por el Máximo Tribunal ("Asociación Sepa Defenderse", del 26/12/2018), no se comprende el cuestionamiento relativo al objeto social de la demandante con el que intenta refutar su legitimación para estar en la causa.

En consecuencia, habiéndose resuelto en la causa que la parte actora se encuentra legitimada para iniciar la presente acción colectiva, forzosamente se debe concluir en el mismo sentido que lo hizo el juez de grado en cuanto desestimó la defensa de falta de legitimación activa interpuesta por la accionada.

V. Por otra parte, la obra social se agravia respecto de la desestimación del pedido de citación de tercero, con relación al INSSJP, a la ANSES y al Estado Nacional.

En lo inherente a este punto, se debe recordar que el artículo 94 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que el "...actor o demandado podrán solicitar la citación de aquel a cuyo respecto consideraren que la controversia es común".

Asimismo, según calificada doctrina, la intervención de terceros en el proceso está fundada en el respeto a la inviolabilidad de la defensa en juicio, tutelada en el art. 18 CN, y procede cuando un acto procesal tiene o puede tener efectos o consecuencias sobre el derecho del tercero, es decir, cuando se afecta —por ejemplo— su derecho de propiedad (confr. Falcón, Enrique, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Anotado, Comentado y Concordado, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1982, T. I, p. 91, y su cita). Justamente, en la Exposición de Motivos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se aclara que la figura de la intervención obligada a que alude el art. 94 comprende aquellas hipótesis en las cuales la parte eventualmente vencida tenga una acción de regreso contra el tercero, o medie conexidad entre la relación controvertida en el proceso y otra existente entre el tercero y alguna de las partes originarias, de forma tal que podrían haber sido demandados en el mismo pleito (conf. esta Sala, causa N° 13.518/14 del 08/04/2016).

Además, el instituto de la intervención de terceros a pedido de la parte demandada es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional, pues, como regla, no se puede obligar a la parte actora a dirigir su demanda contra quien no quiere (conf. Sala III, causa N° 4536/01 del 17/07/2001).

En efecto, la procedencia de la citación mencionada, contra la voluntad de una o ambas partes, ha sido admitida en el supuesto de litisconsorcio necesario, o sea, cuando la sentencia debe ser pronunciada necesariamente frente a todos los sujetos —activos y pasivos— por encontrarse legitimados sustancialmente en forma inescindible. De esa forma se procura evitar que el pronunciamiento judicial pueda ser inútil, es decir, que no llegue a cumplirse por haberse prescindido de la participación de alguno de los litisconsortes necesarios sustancialmente vinculados a la suerte del proceso. También tiene por fin que en una eventual acción regresiva no pueda oponerse la excepción de negligente defensa (conf. esta Sala, causa N° 11.175/02 del 04/05/2007; Sala III, causa N° 484/99 del 18/09/2001, entre otros).

VI. Sentado ello, parece claro que la recurrente no funda su pedido de citación en la comunidad de controversias que existiría con la ANSES, el INSSJP y el Estado Nacional. En ese sentido, destaca que el primero de los organismos referidos reviste el carácter de ente recaudador centralizado de los aportes y contribuciones, el Instituto es el receptor de aquellos aportes y el Estado Nacional tiene la obligación subsidiaria y solidaria de garantizar el adecuado derecho a la salud de los representados por la actora. Empero, en los términos que ha quedado definida la clase (fs. 71/72), esta acción se dirige contra la demandada en su carácter de prestador de los servicios de la obra social y la empresa de medicina prepaga, atribuyéndosele la conducta de dar de baja ilegalmente y transferir a sus afiliados al INSSJP; vale decir, el pleito se funda en el vínculo entablado entre cada uno de los miembros del grupo representado y la demandada y el motivo por el cual esta última parte procedería a la transferencia de los afiliados, según la actitud que le achaca la actora.

Luego, no se advierte, más allá de la genérica invocación, cuál sería la eventual acción de regreso que tendrían contra los organismos estatales antes mencionados, de modo que no cabe juzgar la pertinencia de su petición a la luz de tal hipótesis.

Sobre este punto, el Tribunal comparte lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal en la ponencia obrante a fs. 1133/1139, en cuanto allí sostiene que no se evidencia que lo resuelto causa un gravamen concreto, en la medida que aún de hacerse lugar a la pretensión deducida, no está en cuestión que la obligación que se le exigiría se integra con las medidas necesarias para la derivación de los aportes correspondientes a los afiliados (v. en especial, punto 8). Esta conclusión se reafirma, si se repara que el juez de grado expresamente ha hecho mérito de esto, al resolver del modo que lo hizo, advirtiendo ante la eventualidad de que prospere la demanda, podrán ser notificados los referidos organismos a los fines de que estos arbitren las medidas administrativas que pudieren corresponder en beneficio de los sujetos involucrados en la acción de clase (v. fs. 3671), circunstancia que se condice, además, con los alcances con los que fue admitida la medida cautelar por parte de este Tribunal (ver, en particular, fs. 153).

VII. Finalmente, no se advierte motivo alguno que justifique apartarse del principio objetivo de la derrota (conf. art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Por tal motivo, corresponde, pues, mantener la imposición de costas decidida en la anterior instancia.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Federal Coadyuvante, cuyos argumentos esta Sala comparte y hace suyos (cfr. fs. 1133/1139), el Tribunal resuelve: Confirmar la sentencia apelada; con costas a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal). Regístrese, notifíquese con copia del dictamen referido; —al Fiscal Federal en la forma solicitada a fs. 1139, último párrafo— y pasen los autos a regular honorarios. — *Alfredo S. Gusman.* — *Eduardo D. Gottardi.* — *Ricardo G. Recondo.*

Acerca del principio de legalidad en materia de defensa del consumidor

María Carolina Abdelnabe Vila (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo reivindica la aplicación del principio de legalidad en materia de defensa del consumidor.— III. Análisis del caso.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Argentina posee un sistema republicano de gobierno **(1)** que se caracteriza esencialmente por la división de poderes o funciones. Tenemos, entonces, y simplificado al máximo para los efectos de este artículo, un Poder Legislativo encargado de la creación de leyes, un Poder Ejecutivo que debe hacer cumplir esas leyes y un Poder Judicial, cuya misión es impartir la justicia que disponen esas leyes. Todo ello es la aplicación del principio de legalidad **(2)**.

Así, todo nuestro sistema de gobierno gira entorno a las normas y su correcta interpretación para poder aplicarlas. En esta tarea interpretativa, sumamente importante y determinante, no puede nunca dejarse de lado el método exegético. Dicho método no es ni más ni menos que buscar el "significado literal = extraer, interpretar objetivamente" **(3)**. Este método lo que hace es estudiar los textos legales mediante el análisis de las reglas gramaticales y del lenguaje. Esto es, interpreta los textos mediante el análisis objetivo de las palabras.

El método exegético es el principal método de interpretación de las normas. Ello surge no solamente del Código Civil y Comercial de la Nación **(4)**, sino de nuestro Máximo Tribunal, el cual tiene dicho que debe estarse a las palabras utilizadas por el legislador en tanto "[l]a inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen" **(5)**. Así, se nos indica que, en el funcionamiento de nuestro sistema republicano, la interpretación de las normas debe hacerse atendiendo a las palabras utilizadas.

Este principio elemental no siempre ocurre en la práctica. Y, es más, podría decirse que se encuentra especialmente menoscabado en lo que a materia de Defensa del Consumidor se refiere. Así pueden encontrarse opiniones que amparadas en el "diálogo de fuentes", en *in dubio pro consumidor* **(6)** y muchas veces en la disemina-

(*) Abogada. Consejera en Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen (PAGBAM). Especialista en Defensa de la Competencia, Derecho del Consumidor, Lealtad Comercial, Tecnología y Datos Personales. Graduada de la Universidad Católica Argentina en el año 2008 (Medalla de Oro). Magíster de la Université Catholique de Lyon, Francia, en el año 2013. Profesora en la Universidad del CEMA, UCES y Universidad Austral.

(1) Dicho sistema surge desde el propio art. 1º de nuestra Carta Magna.

(2) Art. 19 de la CN "(...) Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

(3) "Hermenéutica Exégesis: Uso y Tradición", UAEMEX, vol. I, Segunda parte: Prolegómenos, p. 385.

(4) En su art. 2º denominado "Interpretaciones" se fija en primer lugar, "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras (...)".

(5) CS, Fallos 316:2732.

(6) Art. 3º de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, y art. 1094 del Cód. Civ. y Com.

ción de normas existentes en la materia, "adaptan" (o más bien "modifican") la norma (haciéndole decir lo que ella no dice) para la realidad que necesitan.

Y la práctica descripta lejos se encuentra de ser aislada. Por el contrario, constituye una práctica generalizada que ya forma parte de la costumbre consumeril. Sin embargo, no por constituirse en costumbre hace válido el acto. Cabe recordar que la costumbre *contra legem* no es fuente del derecho y carece de validez **(7)**.

En efecto, nuestro sistema republicano de gobierno indica otra cosa: los distintos poderes (funciones) deben —dentro de su atribución— velar por la aplicación del principio de legalidad y no pueden "modificar" las normas según la conveniencia del momento: *Dura lex sed lex* indica el principio general del derecho, base del principio de legalidad.

Así, el fallo que mediante el presente se comenta justamente trata de la reivindicación del principio de legalidad, de comenzar a "leer" la norma interpretando sus palabras, convenga o no, a nuestro interés, y sin hacerle decir lo que esta no dice.

II. El fallo reivindica la aplicación del principio de legalidad en materia de defensa del consumidor

II.1. Los hechos del caso analizado

Usuarios y Consumidores Unidos, una asociación de consumidores, inició demanda dirigida contra la Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación alegando lesiones a derechos constitucionales, como la salud. Indicando que se estarían afectando intereses individuales homogéneos de los usuarios.

El inicio de esa demanda generó la interposición de varios planteos previos por parte de la demandada, como la falta de legitimación activa de la asociación de consumidores, el pedido de citación de terceros y la defensa de prescripción. El juez de grado desestimó la falta de legitimación activa y la citación de terceros y difirió el planteo de prescripción para el momento de dictar sentencia. Dicho decisorio fue apelado y el expediente fue remitido a la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (la "Sala II").

II.2. Lo resuelto en la sentencia analizada

En lo que a este artículo interesa nos centraremos en la excepción de falta de legitimación activa, dejando de lado los otros planteos realizados por la demandada. Así, la Obra Social de la Unión del Personal Civil basó el planteo de falta de legitimación activa en dos cuestiones centrales.

Por un lado, se alegó que no se encontraban configurados los presupuestos señalados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Halabi" para admitir el progreso de una acción colectiva, alegando que no se verificó una causa fáctica y jurídica en común, como así tampoco comprometido el acceso individual a la justicia. Por otra parte, la demanda se refirió a los extremos relativos a la constitución de la asociación de consumidores accionante y los alcances de su objeto social, los que indicó no se correspondían con la defensa de esa clase en particular.

Básicamente, se alega que en la demanda se planteó la legitimación procesal en función de beneficiarios de la medicina prepaga y luego se expandió la representación del grupo a los afiliados de la obra social en forma directa. Así, la demanda indica que existen diferencias entre estos grupos que hacen que no pueda hablarse de intereses individuales homogéneos (conforme lo requiere el precedente "Halabi") sino que, en cualquier caso las diferencias entre el sistema legal previsto para las obras sociales (leyes 23.660 y 23.661) y las empresas de medicina prepaga (ley 26.682) y los distintos mecanismos de financiación entre los afiliados obligatorios de la seguridad social y los beneficiarios o usuarios voluntarios/adherentes hacen que no pueda hablarse de relación de consumo en todos los casos.

En conclusión, la demandada sostiene que existen diferencias entre quienes se encuentran vinculados a un servicio de salud bajo el régimen de medicina prepaga o de afiliación obligatoria, indicando que estos últimos no se encuentran amparados por una relación de consumo y, por lo tanto, serían ajenos al régimen

(7) Conforme art. 1º del LCD.

de Defensa del Consumidor. Ello, en tanto la relación de estos usuario o beneficiario de la obra social o la entidad que lo presta, no es contractual, sino estatutaria o reglamentaria.

La Sala II analizó los argumentos de la falta de legitimación activa y determinó que "no existe óbice alguno para aplicar, en el caso, las previsiones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, como así tampoco la restante normativa que tutela los derechos de los consumidores y usuarios. Pese a las argumentaciones que al respecto ensaya la accionada en su pieza recursiva (v. punto II. 1. C) de fs. 1051 vta. 1053 vta.), tendiente a controvertir la existencia de una 'relación de consumo' con sus afiliados, no existe fundamento legal para prescindir del resguardo constitucional que le confiere el art. 42 de la CN a los afiliados a la obra social, en cuanto establece expresamente que 'todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud...'. Y, en ese sentido, no se encuentran justificadas las diferencias que la apelante pretende convalidar entre quienes se encuentran vinculados a un servicio de salud bajo el régimen de medicina prepaga o de afiliación obligatoria, intentando excluir a estos últimos del amparo de aquella regulación. Esa disquisición entre usuarios de la prestación de un servicio de salud —aun sin desconocer la génesis disímil de cada uno de los negocios jurídicos—, no surge del texto de la ley ni se encuentran motivos para efectuar la interpretación que la obra social propone en cuanto a los alcances que habría de conferírsele al término 'relación de consumo', circunscribiendo la aplicación del estatuto del consumidor únicamente a la existencia de un vínculo contractual".

Esto es, la Sala II aplica el principio general del derecho *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* para determinar que si la Ley de Defensa del Consumidor no hace una distinción referida a si el vínculo debe ser contractual o puede ser reglamentario, dicha distinción no tiene que ser realizada por el intérprete. Con ello, concluye que no existe impedimento para considerar a todos los usuarios representados por la demandada como incursos en una relación de consumo, sin importar si el origen de esa relación es contractual o reglamentaria.

III. Análisis del caso

Tal como se desprende de las transcripciones de la sentencia analizada, la Sala II no hace más que utilizar el método exegético para determinar si ciertos usuarios estaban o no dentro de una relación de consumo. Para ello, realizó una interpretación de las palabras y determinó que la ley, al hacer referencia a una relación de consumo, no realiza ninguna distinción en el origen de esa relación (esto es, no se diferencia entre origen contractual o reglamentario).

De esta manera, aplica el principio general del derecho: donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus).*

Ahora bien, y también por aplicación del principio de legalidad —*a contrario sensu*—, donde la ley sí distingue también debe hacerlo el intérprete.

Esto es importante en tanto si bien Defensa del Consumidor se encuentra en un proceso ampliatorio o expansivo (abarcar cada vez más supuestos y casos), lo cierto es que la ley sí realiza limitaciones y distinciones que no pueden ser soslayadas bajo el pretexto de la aplicación del principio de *in dubio pro consumidor* o el famoso "diálogo de fuentes".

¿A qué supuestos hago referencia cuando digo que la ley sí distingue y ello, sin embargo, es desoído por el intérprete?

Al art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, por ejemplo, que dispone —bajo el capítulo "Responsabilidad por Daños"— lo siguiente: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio (...)".

Elegí este artículo, ya que entiendo que se ha realizado un uso y abuso de la solidaridad que dispone, haciendo caso omiso a no solo que la solidaridad es excepción y no la regla (debiendo interpretarse de manera restringida) sino también a las "distinciones" que realizó textualmente el legislador.

Veamos por partes el artículo transcripto y las distinciones que fija el legislador:

- *"Si el daño al consumidor..."*. Esto es, la solidaridad que menciona la norma solamente puede nacer cuando haya un "daño al consumidor", no puede aplicarse frente a cualquier tipo de incumplimiento o infracción por más que quiera indicarse que las infracciones en materia de defensa del consumidor son "formales". Esto, en tanto el legislador específicamente requirió la existencia de un daño al consumidor.

- *El daño debe resultar "del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio ..."*. Así, no solamente es requisito que haya un daño al consumidor, sino que la causa de ese daño no puede ser otra que el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio. De este modo, estarían fuera los daños ocasionados por incumplimiento contractual o por infracción a la normativa aplicable.

Entonces, si bien, y como se indica en el fallo analizado, el legislador para fijar una relación de consumo no hace distinción en el origen de esa relación (esto es, si es contractual o reglamentaria), acá sí la hace y fija que la causa del daño que da origen a la responsabilidad solidaria debe ser el vicio y o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio.

- "*Responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio".* El legislador establece específicamente quiénes son los sujetos alcanzados por la solidaridad sin dejar margen a extensión alguna.

Es que, si el legislador hubiera querido extender a otros sujetos así lo hubiese hecho. Bastaría con que indique "y cualquier otro sujeto dentro de la cadena de comercialización" o similar que diera a entender que la enumeración es simplemente ejemplificativa y no taxativa. Pero no lo hizo; y siendo que "la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen" **(8)**, no puede más que sostenerse que los sujetos alcanzados por la responsabilidad solidaria son aquellos mencionados específicamente y no otros.

Refuerza esta postura el hecho de que la responsabilidad solidaria es la excepción y no la regla. Así, siendo que todas las excepciones deben interpretarse de manera restringida debe entenderse el presente artículo como taxativo y no enunciativo.

En cualquier caso, tampoco resulta justificable indicar que, en materia de Defensa del Consumidor, se debe aplicar el principio *in dubio pro consumidor*. Esto, en tanto para que resulte aplique ese principio se requiere estar en duda (*in dubio*) y, entonces, cabe preguntarse ¿cuál es la duda existente en el art. 40? La respuesta es ninguna.

Sin embargo, tal como adelanté, existen precedentes en los cuales se han soslayado las distinciones que realizó el legislador.

Así, por ejemplo, se estableció —en relación con una plataforma intermediaria de *e-commerce*— que por más de no estar mencionada por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor integraba la cadena de comercialización y, por lo tanto, era solidariamente responsable. Para ello, en forma vaga y casi con un "porque sí" se determinó: "Lo cierto es que *Mercado Libre* interviene —y, por ende, es responsable— desde el momento en que, creando una apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes. Y, precisamente, esa confianza constituye la fuente primaria de sus obligaciones. También lo es de sus ganancias. Sea cual sea el argumento que se tome, no es discutible que *Mercado Libre* es un intermediario que integra la cadena comercial y, siendo tal, será solidariamente responsable con los otros sujetos integrantes de esa red" **(9)**.

También, y a fin de poder incorporar a determinados sujetos no mencionados por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, se llegó al absurdo de modificar los hechos. Así, p. ej., se determinó que una plataforma de intermediación era un "distribuidor" cuando saltaba por su evidencia que no se configuraba un supuesto de distribución **(10)**.

(8) CS, Fallos 316:2732.

(9) CNCiv., sala K, "Claps, Enrique c. Mercado Libre s/ daños y perjuicios," año 2012, AR/JUR/55788/2012.

(10) Tal el caso de la resolución 83 dictada por la Dirección de Comercio e Industria de la Provincia de Río Negro el día 17 de marzo de 2016, en el marco del expediente 010836-DCI-2013, la cual afirma que "Mercado Libre SRL

Incluso se llegó a indicar que para hacer responsable a un sujeto bastaba con que este haya percibido un beneficio **(11)**. Sin embargo, la existencia o no de un beneficio o precio no se menciona en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor y ello es incluso, indiferente para la existencia de una relación de consumo.

Sin embargo, y tal como ocurre con el caso analizado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puesto un poco de luz en este aspecto aplicando el principio de legalidad. Así, en un caso del año 2004, expresó que era arbitraria la sentencia que responsabilizó al fabricante de automotores por el incumplimiento contractual de un concesionario debido a su insolvencia. Y para ello, consideró que el supuesto del incumplimiento contractual no estaba previsto en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, que solo incluye al vicio o riesgo de la cosa **(12)**.

En sentido similar, y en referencia a una plataforma de *e-commerce,* se dijo: "En consecuencia, si existió la prestación de un servicio del anunciador al anunciante, no hubo intermediación y, por ende, la accionada no quedó comprendida en la cadena de comercialización entre el anunciante (vendedor) y quien resultara comprador (el actor), siendo ajeno a aquella relación de consumo que existiera entre ellos en virtud del contrato de compraventa celebrada y ajeno al esquema de responsabilidad regulado por la LDC. 40" **(13)**.

En otro precedente se dijo que "... otro aspecto a ponderar es que, en todo lo relacionado con la solidaridad que correspondería a *Mercado Libre SRL* en lo que hace a los daños generados por quienes utilizan su sistema, cabe advertir que el alcance de dicha solidaridad se limita a la responsabilidad por daño; que no es este caso, donde lo que se analiza es el cumplimiento de las normas de defensa al consumidor y la existencia de eventuales infracciones que deben a cada comerciante en particular (...)" **(14)**.

En igual sentido, en el fallo "Vergara" **(15)**, referido también a las plataformas de *e-commerce,* se dispone que, si bien no hay dudas sobre la relación de consumo que existió entre las partes, aun así, no se dio en el caso un supuesto que haga atribuible frente a la plataforma una responsabilidad solidaria por el incumplimiento incurrido por otro de los proveedores (en el caso, la concesionaria vendedora). Esto es, no por encontrarse en una relación de consumo, la responsabilidad que le será atribuible a todos los "proveedores" será objetiva y solidaria, reivindicando de este modo que también existe la responsabilidad subjetiva en el régimen de Defensa del Consumidor.

Por su parte, la doctrina tiene dicho que "... pensar que el *shopping* online resulta integrante de la cadena de comercialización de los productos o servicios que ofrece su portal solo por el beneficio económico que obtiene en la publicación, llevaría a considerar lo mismo respec-

es un proveedor en los términos que lo define el art. 2º de la ley 24.240 (...) dentro del concepto de proveedor se incluye a los distribuidores de bienes y servicios. Es la actividad que permite poner al alcance de un número potencial de clientes los bienes y servicios que otros producen. El distribuidor es quien, sin ser productor o importador, se inserta en la red de comercialización organizada por estos para llevar sus productos al mercado, a fin de ponerlos al alcance de los consumidores y usuarios (...) Mercado Libre no está excluida de la categoría de proveedor". En el mismo sentido, la CNCiv., sala K, en el precedente citado de "Claps" al igual que "Grifassi" (C. Civ. y Com. Córdoba, sala IV) habían establecido confusión al otorgarle erradamente a las plataformas de comercio electrónico la calidad de distribuidores en las operaciones realizadas a través de internet, aun cuando era evidente la inexistencia de contacto o relación alguna entre ellos y los productos que allí se ofertaban.

(11) Ver, p. ej., TAMBUSSI, Carlos E., "Libertad y responsabilidad en el comercio electrónico", 29/05/2017, AR/DOC/1437/2017: "Allí donde hay un emolumento, también hay un deber, que es el de soportar jurídicamente los riesgos de su actividad, en contrapeso de los beneficios que se obtienen, debiendo contar con sistemas de organización, previsión y seguridad para que el consumidor no resulte dañado, que son suficientes para sustentar un sistema de responsabilidad objetiva, para el caso de daños al consumidor y que en el derecho administrativo sancionatorio se hace aplicable en cuanto las infracciones revisten carácter formal".

(12) CS, "Llop, Omar M. c. Autolatina Argentina SA", Fallos: 327:1907, 1 de junio de 2004.

(13) CNCom., "Gómez Maciel c. Dridco SA", año 2017, AR/JUR/8466/2017.

(14) JCiv. y Com. N.º 2, Río Gallegos, "Millán c. ML", año 2015.

(15) "Vergara, Graciela R. c. ENERGROUP SA (Motos del Sur) y otro s/ ordinario", Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2019 de la CNCom., sala E. En igual sentido, ver CNCom., sala D, "Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL", sentencia de fecha 22 de marzo de 2018, AR/JUR/1780/2018.

to de todos los medios que ofrecen clasificados. Este razonamiento no solo aparece como un supuesto lejano a lo pretendido por el legislador al sancionar el art. 40 de la LDC, sino que, además, seguramente llevaría a la desaparición inmediata de esos anuncios en perjuicio del mercado y del propio consumidor" **(16)**.

Este es uno de los tantos ejemplos que, junto con el concepto de relación de consumo del fallo analizado, provocan en defensa del consumidor amplitud de interpretaciones. Muchas de esas interpretaciones no siempre respetan los términos utilizados por el legislador, ni las distinciones (o ausencia de distinciones) del legislador.

(16) QUINTANA, Macarena, "Compraventa por Internet: Responsabilidad de los Shoppings Online", JA 2016-III, AP/DOC/563/2016.

IV. Conclusión

Me parece importante señalar que la importancia de este fallo está dada por el hecho de que reivindica el principio de legalidad en materia de defensa del consumidor. Para bien o para mal, nos convenga o no, estamos en un Estado de Derecho y como tal nos debemos sujetar a las leyes y no las leyes a nuestras pretensiones del momento.

Tal como indica el proverbio latín *dura lex sed lex* y no podemos apartarnos de ella salvo a modo *de lege ferenda* o si impugnamos su inconstitucionalidad. Pero hasta tanto la ley sea declarada inconstitucional en el caso concreto o se modifique debe acatarse y debe estarse a sus palabras.

RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DE ASESORAMIENTO GENÉTICO

Tratamiento de fertilización *in vitro* con gametos propios de la pareja. Niño nacido con fibrosis quística. Fallecimiento. Ausencia de responsabilidad civil del Centro de Fertilización y del médico.

Con nota de María Soledad Tagliani

La acción de daños derivados de la omisión de asesoramiento genético preconcepcional intentada por una pareja que tuvo un hijo con fibrosis quística tras un tratamiento de fertilización in vitro debe rechazarse, pues no recaía sobre la demandada el deber de llevar a cabo una pesquisa de esa enfermedad con anterioridad a la fecundación. Por un lado, porque ello no surge de una norma que así lo imponga específicamente para la generalidad de los casos y, por otra parte, porque en este supuesto concreto los accionantes no presentaban antecedentes personales, familiares o patológicos de riesgo que tornasen exigible la realización del mencionado estudio con carácter previo, ni previsible la transmisión de la enfermedad.

CNCiv., sala L, 19/10/2020. - M. R. F. y otro c. Centro de Fertilidad de Buenos Aires SA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/48313/2020]

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

Responsabilidad médica derivada de las técnicas de reproducción humana asistida a partir del nacimiento y la muerte de un hijo afectado con fibrosis quística

María Soledad Tagliani (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Derecho aplicable.— IV. Fibrosis quística.— V. Responsabilidad médica derivada de las técnicas de reproducción humana asistida.— VI. Responsabilidad del centro de salud y de la empresa de medicina prepaga.— VII. ¿Pueden las TRHA ser consideradas una actividad riesgosa en los términos del artículo 1757 del Código Civil y Comercial?— VIII. Palabras de cierre.

I. Introducción

Uno de los principales avances de la ciencia irrumpió en la tradicional forma de procreación humana, a través de lo que hoy se conoce como técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA). Se trata de todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye —aunque no está limitado a ello— la fecundación *in vitro*, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación por sustitución.

Con estos logros de la ciencia se produce un deslinde entre sexualidad y procreación, debido a que la reproducción humana deja ya de ser un proceso natural que únicamente se produce por el encuentro sexual de dos personas, para abarcar también un complejo proceso médico con intervención de profesionales de la salud que posibilita la procreación humana.

Sin embargo, la evolución científica referida precedentemente, del mismo modo que representa un gran avance en materia de salud reproductiva porque permite resolver no solo los problemas de infertilidad médica sino también los de infertilidad estructural **(1)**, genera nuevos desafíos en el derecho de daños.

Ello es así, principalmente, porque estas técnicas trabajan directamente en la interacción entre gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) de manera extracorpórea —fuera del cuerpo de las personas— a los efectos de formar un embrión para luego transferirlo al útero, con el objetivo de lograr un embarazo.

(*) Abogada, egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA); magíster en Derecho con orientación en Civil Constitucionalizado por la Universidad de Palermo (UP, tesis calificada como "sobresaliente"); especialista en Administración de Justicia (UBA); especialización en "Contratos y Daños" por la Universidad de Salamanca; profesora adjunta en las materias "Derecho de Daños" en la Universidad Abierta Interamericana (UAI) y "Derecho de las sucesiones" (UP).

(1) La que afecta a las personas solas o a las parejas del mismo sexo.

Ahora bien, en el transcurso de ese proceso pueden suceder diversos acontecimientos que pueden generar un daño a los pacientes y/o a la persona nacida como consecuencia de la realización de estas técnicas. Por ejemplo, la transmisión de una enfermedad genética hereditaria, ya sea por una fertilización homóloga **(2)** —como es el caso que seguidamente se comentará— o heteróloga **(3)**, el intercambio erróneo de embriones **(4)**, la conformación de embriones con material genético de un tercero ajeno a la pareja **(5)**, la pérdida de embriones *in vitro* por desperfectos técnicos **(6)**, entre otros, lo que conduce a analizar la responsabilidad de los involucrados en el acto médico, a saber: el/los profesional/es médico/s que tenía/n a cargo el tratamiento y/o que llevaron adelante el procedimiento, la clínica de fertilidad, la empresa de medicina prepaga, obra social, Estado nacional, provincial o municipal, según cada caso concreto.

II. El caso

La sentencia que motiva el presente comentario se sustenta en una demanda de daños y perjuicios incoada por los padres de una niña que nació con fibrosis quística y un año después de su nacimiento falleció. La demanda fue entablada contra la clínica de fertilidad, la profesional médica que llevó adelante el tratamiento de reproducción asistida, la empresa de medicina prepaga y sus respectivas compañías aseguradoras.

Los hechos sucedieron del siguiente modo: los actores, a raíz de un problema de infertilidad primaria femenina —obstrucción tubaria bilateral— y masculina —astenozoospermia—, realizaron un tratamiento de fertilización *in vitro* ICSI en la Clínica Pregna, del que resultó la formación y posterior transferencia de dos embriones, lo que dio lugar al nacimiento de dos hijos.

Uno de ellos fue diagnosticado con fibrosis quística —enfermedad genética hereditaria—, quien luego de atravesar por distintos tratamientos, finalmente y al cabo de un año, falleció.

Los demandantes sostuvieron que, a raíz de ello, y a los fines de comprender la naturaleza de la enfermedad, requirieron asesoramiento genético en otra clínica donde les efectuaron estudios moleculares tanto a ellos como a su otra hija, lo que les permitió comprender los riesgos que implica ser portadores de mutaciones de fibrosis quística.

En este contexto, imputaron responsabilidad civil a la profesional médica que dirigió el tratamiento por entender que omitió efectuar los estudios médicos que hubieran permitido evitar la transmisión de la enfermedad a su descendencia, al establecimiento donde se llevó adelante la práctica de fertilidad asistida, así como también a la empresa de medicina prepaga que brindó la cobertura del tratamiento. En síntesis, alegaron que los demandados incumplieron con su deber de brindar asesoramiento genético preconcepcional, lo que les hubiera permitido tomar una decisión reproductiva adecuada.

La demanda fue rechazada en primera instancia, decisión que fue confirmada por la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Para así decidir el tribunal, con sustento en la pericia médica practicada en la causa, entendió que no existió culpa en el obrar de la profesional médica, debido a que, conforme a los registros clínicos de ambos actores, ninguno contaba con antecedentes familiares de la enfermedad, tampoco pertenecían a ninguna etnia de riesgo y el factor masculino de esterilidad del actor no en-

(2) Aquella en la que se utiliza material genético correspondiente a la pareja.

(3) Aquella en la que se utiliza material genético masculino y/o femenino donado. En ese sentido, CNCiv., sala D, 26/10/2016, "G., A. M. y otros c. R., L. R. y otros s/ daños y perjuicios - resp. profesionales médicos y aux.", AR/JUR/70812/2016.

(4) Tribunal de Roma, 8/10/2014, citado en HERRERA, Marisa — SALITURI AMEZCUA, Martina, "Técnicas de reproducción humana asistida y responsabilidad civil", AR/DOC/1607/2016.

(5) Audiencia Provincial de Las Palmas, en su sent. 226/2016 de 16 de mayo, recurso 461/2013 (Diario La Ley, Boletín nro. 8855; 3/11/2016), citado en HERRERA, Marisa — SALITURI AMEZCUA, Martina, "Responsabilidad civil y técnicas de reproducción humana asistida", en HERRERA, Marisa (dir.), Técnicas de reproducción humana asistida, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2018, t. II, cap. IX, p. 471.

(6) Juzg. Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3º Turno de Montevideo, Uruguay, "Lemes Ferreyra, Mabel y otros c. Asociación Española Primera de Socorros Mutuos", cit. en HERRERA, Marisa — SALITURI AMEZCUA, Martina, ob. cit.

cuadraba como sospechoso en cuanto a la portación de la enfermedad. Es decir, no existían elementos que hubieran tornado exigible la realización de ningún estudio previo a los efectos de evitar la transmisión de la enfermedad.

Paralelamente y para reforzar la decisión, ponderaron que en el caso no se utilizaron gametos donados, sino que, por el contrario, el tratamiento se realizó con el material genético de la pareja, diferencia sustancial porque de otro modo y conforme la pericia, el estudio referido sí debería haberse efectuado.

En esa línea, y si bien la Cámara consideró aplicable la Ley de Defensa del Consumidor tanto respecto de la clínica de fertilidad como de la empresa de medicina prepaga, destacó que ello no modifica la decisión debido a que no se acreditó la conducta negligente de la profesional médica, por lo que confirmó el rechazo de la demanda con imposición de costas a los actores vencidos **(7)**.

III. Derecho aplicable

Tal como se sostuvo en ambas instancias, debido a la fecha en la que tuvo lugar el hecho que se invoca como generador de la obligación de reparar el daño (inicio del tratamiento reproductivo en enero de 2015), ninguna duda cabe en cuanto a que la controversia debía ser juzgada de conformidad con las normas contenidas en el Código Civil vigente en ese entonces (conf. art. 7º, Cód. Civ. y Com.).

IV. Fibrosis quística

Antes de ingresar en el análisis del caso, resulta imperioso conocer qué es la fibrosis quística (en adelante, FQ) y cuáles son los medios de prevención para evitar la transmisión de la enfermedad.

La fibrosis quística es una enfermedad genética de herencia autosómica recesiva, caracterizada por la disfunción de las glándulas de secreción exocrina **(8)**. Lo que sucede es que se presenta una alteración o mutación en el gen codificante CFRT **(9)** que regula la bomba de cloro, lo que genera acumulación de moco espeso y pegajoso en los pulmones, el sistema digestivo y otras áreas del cuerpo.

Básicamente, las personas que la padecen presentan desde su nacimiento diversas dificultades, que van desde infección pulmonar crónica —que provoca dificultades respiratorias que, en muchos casos, deriva en la necesidad de un trasplante pulmonar o en la muerte— hasta problemas nutricionales, porque ese mismo moco espeso puede también revestir al intestino, de manera que las sustancias alimenticias no pueden atravesarlo, lo que provoca que el alimento no llegue al organismo —la persona come, pero ese alimento no es absorbido—.

Por otra parte, el 90% de los hombres enfermos además son infértiles, porque durante el desarrollo intrauterino los conductos deferentes se tapan de moco **(10)**. Es decir, si bien los espermatozoides se forman, estos no tienen conducto necesario para llegar a la vesícula seminal (tendrán semen sin espermatozoides).

A los efectos de una mayor comprensión en orden a la transmisión de la enfermedad, corresponde decir que el cuerpo humano está compuesto por millones de células, donde en el núcleo de cada una de ellas se encuentran los cromosomas, que es el lugar en donde se almacena la información genética que se transmite de generación en generación **(11)**.

(7) CNCiv, sala L, 19/10/2020, "M. R. F. y otro c. Centro de Fertilidad de Buenos Aires SA y otros s/ daños y perjuicios", AR/JUR/48313/2020.

(8) COMITÉS NACIONALES DE NEUMONOLOGÍA, NUTRICIÓN, GASTROENTEROLOGÍA Y GRUPO DE TRABAJO DE KINESIOLOGÍA, "Guía de diagnóstico y tratamiento de pacientes con fibrosis quística", https://www.sap.org.ar/uploads/consensos/gu-iacutea-de-diagn-oacutestico-y-tratamiento-de-pacientescon-fibrosis-qu-iacutestica-actualizaci-oacuten.pdf, consultada el 7/11/2020.

(9) En 1989 se logró su aislamiento y caracterización, y a partir de ese momento se comenzó a comprender la estructura y función de la proteína codificada por este gen denominada reguladora de conductancia de transmembrana de fibrosis quística (CFTR), lo que posibilitó el desarrollo de nuevas estrategias de diagnóstico y tratamiento de la enfermedad.

(10) "Guía de diagnóstico...", ob. cit.

(11) Para una mayor explicación sobre esta temática, consultar TAGLIANI, María Soledad, "El diagnóstico genético preimplantacional. Una mirada desde la prevención del daño", LA LEY del 29/09/2020.

Entonces, el núcleo de cada célula normal cuenta con 46 cromosomas que se encuentran organizados en 23 pares de cromosomas; lo que implica que la información genética esté almacenada por duplicado, donde un ejemplar o alelo lo aporta el progenitor y el otro, la progenitora.

De este modo, las enfermedades genéticas hereditarias —como es el caso de la fibrosis quística— se producen cuando ocurre alguna mutación en uno o en ambos alelos aportados por los progenitores.

En ese orden de ideas, y circunscribiéndonos a la FQ, podemos decir que se trata de una enfermedad hereditaria recesiva, porque para que la enfermedad se exprese, es decir, para padecer sus consecuencias, se necesitan recibir ambos alelos mutados (uno de cada progenitor), lo que conlleva a concluir que, si hereda un solo cromosoma alterado, la persona será portadora sana de la enfermedad, esto es, la puede transmitir, pero no la va a padecer.

Sin embargo, esta última situación es de suma relevancia en lo que hace a la transmisión hereditaria de la enfermedad porque dos portadores sanos tienen una posibilidad del 25% en cada embarazo de transmitir su mutación y de tener un hijo afectado por la enfermedad, que es justamente lo que sucedió en el caso que nos ocupa, donde ambos pretensores eran portadores de la mutación del gen más común denominada F508.

IV.1. Detección y prevención

En el caso de los portadores sanos de la enfermedad que, como dijimos, son aquellos que no la padecen —supuesto aquí comentado—, la detección de la enfermedad se logra a través de un análisis molecular.

Ahora bien, lo relevante en cuanto a la indicación de ese estudio médico son los antecedentes familiares, lo que implica conocer si se cuenta con algún antecedente de la enfermedad en la familia, o si se conoce de algún portador sano. Otro dato importante es si se padece azoospermia obstructiva **(12)**, es decir, ausencia de espermatozoides en el eyaculado debido a la obstrucción de los conductos seminales.

La detección de portadores sanos **(13)** resulta de suma importancia porque ello permite que estén informados acerca de los riesgos de transmitir la enfermedad si su pareja o la persona con la que deciden procrear posee también alguna mutación de FQ, ello a fin de adoptar la conducta adecuada en orden a la planificación familiar.

Asimismo, resulta útil destacar que el gen de la fibrosis quística presenta, desde su descubrimiento en 1989 hasta la actualidad, casi 2.000 mutaciones, siendo la más frecuente la denominada F508 —presente en el 70% de los alelos a nivel mundial— **(14)**, que es la que presentan los actores.

En lo que hace a la prevención de la enfermedad, está básicamente relacionada con la asesoría genética a fin de evitar su transmisión a la descendencia, lo que se logra recurriendo a las TRHA, más concretamente, a la fecundación *in vitro*, asociada al diagnóstico genético preimplantacional —PGT-M **(15)**—. Se trata de un estudio médico donde, tras la obtención de óvulos y espermatozoides, se procede a la formación de embriones *in vitro*, para luego realizarles una biopsia embrionaria y así detectar la existencia del gen de FQ, a los efectos de transferir al útero de la persona solo los que hayan dado negativo en el análisis de la enfermedad.

V. Responsabilidad médica derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

Para comenzar el análisis de esta cuestión, lo primero que debe decirse —tal como lo hizo el magistrado de primera instancia— es que la responsabilidad del profesional de la medicina se juzga según las reglas de las obligaciones de hacer **(16)**.

Siguiendo esa línea, entiendo que cobra fundamental importancia dilucidar si la prestación

(12) "Guía de diagnóstico...", ob. cit.

(13) Una detección positiva significa que el laboratorio encontró un cambio en uno de los dos genes de FQ y que la persona es portadora.

(14) http://www.fibrosisquistica.org.ar/mutaciones_gen_cftr.html, consultada el 9/11/2020.

(15) Por sus siglas en ingles "Preimplantation Genetic Testing for Monogenics Disorders".

(16) Cuestión que ahora se encuentra expresamente receptada en el art. 1768, Cód. Civ. y Com.

médica comprometida —e incumplida según los actores— se trataba de una obligación de medios o de resultado **(17)**.

Ello es así porque, según una calificada doctrina, en las obligaciones de medios el deudor únicamente se compromete a realizar una actividad idónea y diligente en pos de satisfacer el interés final del acreedor, aunque sin asegurar o afianzar el logro del resultado anhelado por este. La no consecución del resultado esperado por el *accipiens*, pero no prometido por el *solvens*, no genera *per se* la responsabilidad de Este, quien se libera desplegando simplemente la idónea y diligente conducta prometida. En cambio, en las obligaciones de resultado o de fines el deudor se obliga a alcanzar el resultado esperado por el acreedor, le asegura o garantiza que habrá de conseguirlo, y de allí que su no obtención se traduce en un incumplimiento que origina, *per se*, la responsabilidad del deudor.

La verdadera trascendencia del distingo radica fundamentalmente en el factor de atribución y en la carga de la prueba. En las obligaciones de medios, el factor de imputación es la culpa y ella debe ser probada por el acreedor.

La responsabilidad del deudor es subjetiva y por lo tanto este se libera demostrando su no culpa o falta de culpa, es decir que obró diligentemente. Por el contrario, en las obligaciones de resultado, en las que la culpa carece de toda trascendencia, el factor de atribución es objetivo, y el deudor solo se libera demostrando que la no obtención del resultado obedece a una "causa ajena" que no le es imputable: hecho o culpa de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o el *casus* genérico de los arts. 513 y 514 del Cód. Civ. y Com. **(18)**.

De este modo, y salvo determinados supuestos de excepción en los que la prestación médica conlleva un deber de resultado, en la generalidad de los casos la obligación que asume el médico frente al paciente constituye un deber "de medios", donde se compromete a prestarle una asistencia médica prudente y diligente, ajustada a las reglas de la *lex artis*, siendo este el supuesto que comentamos. Veamos.

En el caso que nos ocupa, los actores se sometieron a una fertilización homóloga *in vitro* con técnica ICSI **(19)**, que dio lugar al nacimiento de mellizos.

En lo que hace a la obligación médica asumida en este tipo de tratamientos frente al paciente, es importante destacar que no se puede garantizar el resultado, es decir, no se puede asegurar el logro de un embarazo **(20)**. Es evidente que el procedimiento de técnica de reproducción asistida en sí es, como en la mayoría de los casos de responsabilidad civil médica, una obligación de medios. Ningún médico puede comprometerse a que una persona o pareja efectivamente tenga un hijo gracias a la intervención de la ciencia **(21)**.

Sin embargo, debe aclararse que en este tipo de tratamientos de fertilización asistida —al igual que en varias de las actividades médicas— existen obligaciones que conforman la prestación principal que sí son de resultado.

Es por ello por lo que, a nuestro modo de ver, en este entrecruzamiento entre responsabilidad civil y TRHA es muy importante poder delinear las distintas obligaciones que integran el plan médico-prestacional, donde algunas de ellas pueden configurar una obligación de medios y otras de resultado. Por ejemplo, y tal como se dijo, en estos tratamientos no se asegura el logro

(17) Ahora regulado en el art. 774, Cód. Civ. y Com.

(18) BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 489 y ss.; PICASSO, Sebastián, "Obligaciones de medios y de resultado", JA, cita online: 0003/001484; PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, 2004, t. 1, ps. 447-448; CALVO COSTA, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial. La actuación de los operadores del 'sistema de salud' analizada a través de la doctrina y la jurisprudencia", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, ps. 118 y ss.; SÁENZ, Luis R. J., "La responsabilidad del profesional liberal en el Código Civil y Comercial", en Tratado de Derecho de Daños, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. III, p. 392 y ss.

(19) Se trata de una tecnología de fertilización microasistida que consiste en la introducción de espermatozoides directamente dentro del citoplasma ovular (LANCUBA, Stella, "Las 101 respuestas sobre fertilidad", Editing, Buenos Aires, 2006, p. 105).

(20) HERRERA, Marisa — SALITURI AMEZCUA, Martina, ob. cit.

(21) HERRERA, Marisa — SALITURI AMEZCUA, Martina, "Responsabilidad civil...", ob. cit. p. 461.

del embarazo —obligación de medios—, pero sí configuran obligaciones de resultado, por ejemplo, la custodia y crioconservación de embriones; en un tratamiento homólogo, la obligación de que se conformarán embriones con el material genético de los integrantes de la pareja y no de un tercero ajeno; que luego se transferirán esos embriones y no otros genéticamente distintos, entre otras.

Ahora bien, en el caso que comentamos, el conflicto pasa porque, si bien los actores consiguieron un embarazo de mellizos que llegó a término, lo cierto es que uno de esos hijos nació con una enfermedad genética hereditaria que, al cabo de un año, le costó la vida.

En este contexto, el interrogante que se presenta es el siguiente: si se logra el embarazo, ¿la prestación médica comprometida implica además asegurar la salud de la persona nacida? Más concretamente, ¿se le garantiza al paciente que la persona no padecerá ninguna enfermedad genética hereditaria?

A nuestro criterio, la respuesta negativa se impone, máxime cuando se trata de un tratamiento homólogo donde el material genético fue provisto por los propios integrantes de la pareja.

Al respecto, vale recordar lo sostenido por Bueres en cuanto a que en los tratamientos de fertilidad homólogos la obligación de los médicos es de medios **(22)**.

Para concluir así, basta con señalar que si bien gracias al proyecto genoma humano **(23)** fue posible conocer el genoma humano de referencia, lo que ha posibilitado la identificación de numerosas enfermedades genéticas hereditarias, lo cierto es que cada persona humana tiene su propia conformación y variación genética que puede dar lugar a diversas patologías aún no conocidas en la actualidad, inclusive se puede ser más o menos propenso a desarrollar diversos tipos de cáncer, por ejemplo, de ahí la importancia y el avance que en la actualidad presenta la medicina de precisión.

De este modo, y aunque se efectúe un análisis genómico de cada progenitor antes de la conformación de cualquier embrión, la realidad es que ningún profesional de la medicina podría asegurar semejante resultado.

Aclarado ello, y acercándonos más profundamente al centro del debate, los demandantes sostuvieron que la profesional médica que dirigió su tratamiento omitió efectuarles los estudios médicos pertinentes que hubieran permitido evitar la transmisión de la enfermedad a su hijo, ello debido a que ambos actores eran portadores sanos de la mutación del gen de fibrosis quística.

Llegados a este punto, entonces, donde la obligación comprometida en el plan médico prestacional es de medios y, por ende, el factor de atribución subjetivo, lo que se debe responder es si, de acuerdo con el ejercicio de una buena práctica médica, la profesional responsable del tratamiento debió haberles efectuado un análisis genético tendiente a determinar si padecían la mutación para la fibrosis quística y, en caso afirmativo, brindarles el consejo genético pertinente.

Pensando el caso desde esta perspectiva y sobre todo considerando que los demandantes resultaron portadores de una enfermedad recesiva —tal como más arriba se explicó—, adelanto que a nuestro modo de ver la respuesta es negativa, coincidiendo en este punto central con lo decidido en ambas instancias.

Al efecto, lo decisivo en el caso no es la ausencia de obligatoriedad legal en torno a la práctica de análisis genéticos en los tratamientos de fertilidad, sino que no existía ningún elemento que pudiera ser indicativo, aunque más no sea de una sospecha, de que alguno de los actores era portador sano de la enfermedad, que hubiera ameritado la indicación del estudio molecular en cuestión o, en su defecto, de un eventual PGT-A en el embrión.

Como se sostiene en ambos pronunciamientos, de las constancias de la historia clínica no

(22) BUERES, Alberto J., ob. cit., p. 221.

(23) Proyecto internacional de investigación científica cuyo objetivo fundamental fue determinar la secuencia de pares de bases químicas que componen el ADN e identificar y localizar todos los genes de un genoma humano (https://www.genome.gov/breve-historia-del-proyecto-del-genoma-humano; https://genotipia.com/pgh/; páginas consultadas el 14/11/2020).

surgía ningún antecedente personal ni familiar de relevancia.

Sobre este aspecto, la perito médica designada de oficio, en concordancia con un informe emitido por el Ministerio de Salud de la Nación, fue contundente al explicar que el asesoramiento preconcepcional en orden a la pesquisa de fibrosis quística integra la prestación médica cuando existen los antecedentes referidos, cuando se forma parte de una etnia de riesgo o cuando existe un diagnóstico de ausencia bilateral de conductos deferentes en el varón o, como se dijo con anterioridad, cuando se padece azoospermia obstructiva, no encuadrando los actores en ninguno de estos supuestos.

Es más, la experta explicó que el diagnóstico de infertilidad del actor se correspondía con "astenozoospermia", que implica disminución en la movilidad espermática, lo que no constituye un factor de sospecha de la mutación de FQ.

Es en este punto donde cobra relevancia que el caso se trató de un tratamiento de fertilidad homólogo, donde los actores fueron quienes aportaron sus propios gametos y eran ellos quienes contaban con toda la información relativa a sus antecedentes familiares, no habiendo reportado —seguramente porque no lo conocían— ningún dato alarmante en tal sentido.

Entonces, al no existir datos personales ni familiares de importancia, nada hacía sospechar que hubieran podido ser portadores de la mutación del gen de la FQ, por lo que mal podía la profesional médica cargar con la obligación de buscar mutaciones genéticas de las que no tenía por qué sospechar.

De otro modo, todas las personas que realizan tratamientos de fertilidad homólogos deberían ser testeadas genéticamente a fin de averiguar si presentan algún gen mutado que pueda dar lugar a los cientos de enfermedades hereditarias descubiertas hasta el momento, situación que, si bien sería ideal, lo cierto es que nuestro sistema de salud, al menos por el momento, no podría sostener.

Siguiendo este lineamiento de ideas, referido a que la práctica del estudio médico hubiera debido indicarse de haber existido algún indicador de riesgo en los pacientes, a mayor abundamiento, puede decirse que inclusive en el art. 32 del proyecto de ley presentado el 5/4/2019 en el Congreso de la Nación sobre protección de embriones no implantados **(24)** (expte. 1541-D-2019) **(25)** se dispone expresamente el deber de información sobre las consecuencias de la condición hereditaria que se procura evitar en los casos en los que se indique el diagnóstico genético preimplantatorio (art. 32), el que justamente se prevé para aquellos supuestos donde existe un riesgo concreto de que el embrión puede presentar alguna anomalía genética **(26)**, y no en cualquier otro caso.

Pero además de lo expuesto, y tal como se destaca en ambas sentencias, la experta indicó que de las constancias del consentimiento informado del tratamiento surge que los actores fueron informados acerca de la posibilidad de un nacimiento con defectos genéticos, situación que por otro lado puede ocurrir en cualquier circunstancia, incluso si el embarazo se logra por medio de una relación sexual.

Sin embargo, distinta es la situación de los actores en la actualidad si pretenden encarar un nuevo tratamiento de fertilidad, porque al conocer que ambos son portadores de FQ, resulta im-

(24) Proyecto que, al momento, cuenta con la firma de Daniel Filmus, Laura Alonso, Cecilia Moreau, Mónica Macha, Brenda L. Austin, Lucila María De Ponti, Roberto Salvarezza, Daniel A. Lipovetzky, Mayra S. Mendoza, Analía Rach Quiroga, Araceli Ferreyra, María Fernanda Raverta, Victoria A. Donda Pérez, Ana Carla Carrizo y Claudia Najul.

(25) www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019, página consultada el 06/07/2019.

(26) Artículo 30: Finalidad. Los centros de salud especializados debidamente autorizados, pueden practicar técnicas de diagnóstico genético preimplantatorio para: a) la detección de condiciones hereditarias cuando existe un riesgo concreto de que el embrión pueda tener una anomalía genética, cromosómica o mitocondrial, que provoca que una persona con esa patología pueda desarrollar enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales; b) la detección de otras alteraciones como errores cromosómicos que puedan comprometer la viabilidad del embrión para mejorar los resultados reproductivos; c) la selección de sexo del embrión, solo cuando existe alto riesgo de que el embrión pueda tener una anomalía genética, mitocondrial o cromosómica ligada o restringida al sexo.

perativo que luego de la formación de embriones *in vitro* se les efectúe un PGT-A a fin de seleccionar para su transferencia aquel embrión libre de la enfermedad, y evitar de ese modo ocasionar un daño en la salud de la persona nacida.

Sobre este aspecto, en orden al deber de prevención **(27)**, los derechos humanos a la salud **(28)** y a gozar de los beneficios del progreso científico **(29)**, y considerando lo dispuesto por la ley 26.862 de acceso integral a las TRHA, junto al dec. regl. 956/2013, y sobre todo ponderando la reciente sanción de la ley 27.552 **(30)** de lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis (dec. 662/2020), que en su art. 1º no solo declara de "interés nacional" la lucha contra la enfermedad, sino que expresamente dispone qué se entiende por tal, entre otras cosas a su prevención **(31)**, el estudio referido debería ser cubierto por la empresa de medicina prepaga **(32)**.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos decir que distinto hubiera sido el escenario si el tratamiento se realizaba con uno o ambos gametos donados, porque en ese caso es la clínica la encargada de seleccionar a los donantes de todo o parte de ese material genético —según el supuesto— y de proveer ese material a los receptores, el que generalmente se obtiene de una persona ajena y desconocida por estos.

Tan así es que de la sentencia surge que la propia perito médica indicó que en esos supuestos sí se sugiere el estudio genético para FQ.

En esos casos entendemos que, en relación con el deber de prevenir la causación de un daño a la salud en la persona nacida, deben extremarse los recaudos tanto en lo que hace a la selección de ese material donado como en cuanto al deber de información. En este sentido, se sostiene que la responsabilidad del centro de salud se ve incrementada en cuanto al deber de diagnosticar y asesorar al o los comitentes en todo lo relativo al empleo de la técnica en sí, considerando especialmente el rol activo que detentan en el proceso de fundación y transferencia embrionaria, y el alto nivel de capacitación que requiere todo cuerpo médico interviniente en este tipo de tratamientos, lo que acentúa su responsabilidad frente a las consecuencias dañosas que pudieran derivarse de su aplicación **(33)**.

No obstante, no puede dejar de mencionarse que, sobre esta cuestión, un prestigioso sector de la doctrina es aún más severo, al entender que en los tratamientos de fertilidad heterólogos la obligación asumida por el médico es de resultado **(34)**.

Así, Messina de Estrella Gutiérrez entiende que se está frente a una obligación donde la onerosidad de la prestación, la calidad del bien jurídico involucrado y el carácter profesional de la actividad ponen a cargo del médico la carga de probar la falta de culpa para liberarse de la responsabilidad (obligación de resultado atenuada) **(35)**.

(27) Arts. 1708 y 1710 del Cód. Civ. y Com.

(28) Arts. 19, 42, 75, inc. 22, CN; art. 25, DUDH; art. 12.1, PIDESC; art. 5º, inc. 1º, CADH; art. 10, Protocolo Adicional a la CADH, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; al art. 5º, apart. e.iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño; el art. XI, DADDH; el art. 11, inc. 1º, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; OG 14/2000, Comité DESC, entre otros.

(29) Art. 27.1, DUDH de 1947; art. XIII, DADDH; informe de la relatora especial sobre los derechos culturales en relación con el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, emitido el 14/05/2012 en el ámbito del 20º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas; Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo vs. Costa Rica".

(30) BO del 11/08/2020.

(31) Art. 1º: Declárese de interés nacional la lucha contra la enfermedad de Fibrosis Quística de Páncreas o Mucoviscidosis, entendiéndose por tal a la detección e investigación de sus agentes causales, el diagnóstico, tratamiento, su prevención, asistencia y rehabilitación, incluyendo la de sus patologías derivadas, como así también la educación de la población respecto de la misma.

(32) TAGLIANI, María Soledad, ob. cit.

(33) GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Aplicación defectuosa de técnicas de reproducción humana asistida", RDD, "Daños en las relaciones de familia I", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, ps. 195 y 196.

(34) BUERES, Alberto J., ob. cit., ps. 221-222; MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, "La responsabilidad civil en la era tecnológica", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 273-275.

(35) Ibid., p. 273.

Por su parte, Bueres expone que cuando los gametos de terceros dadores son separados del cuerpo son cosas riesgosas o viciosas. En esta última hipótesis, sostiene que si la cuestión es ubicada en la órbita contractual existirá una obligación tácita de seguridad de resultado que debe el *solvens*, y si el asunto se emplaza en la esfera extracontractual podrá aplicarse el art. 1113, párr. 2º, último supuesto, que también conforma un deber de fines **(36)**.

La distinción entre ambos supuestos es fundamental y fue puesta de relieve en ambas sentencias, al explicar con acierto que la plataforma fáctica del caso difiere de la juzgada por la sala D de la Cámara Nacional en lo civil en el precedente dictado el 26/10/2016 **(37)**.

En conclusión, compartimos lo decidido en orden a que no existían elementos, ni siquiera indiciarios, que hubieran merecido la indicación por parte de la profesional de la realización de un estudio molecular sobre los actores o, eventualmente, sobre el embrión, a los efectos de descartar alguna patología genética hereditaria, por lo que el obrar médico no merece reproche en tal sentido.

VI. Responsabilidad del centro de salud y de la empresa de medicina prepaga

La sentencia de Cámara sostuvo que, si bien la responsabilidad de ambas entidades debía juzgarse conforme a la Ley de Defensa de los Consumidores, en tanto funcionan como proveedoras del servicio de salud a favor de los consumidores afiliados, entendieron no configurada su responsabilidad debido a que la fuente de la obligación no consistió en una acción u omisión imputable directamente a esas empresas, sino que se trató de un acto médico puro de la profesional. En tal sentido, dijeron que la configuración de la responsabilidad del ente asistencial requiere previamente la existencia de una conducta negligente del galeno, que es la que revelaría la violación de la obligación de seguridad debida al paciente por parte de la institución.

Como se sabe, el entramado de relaciones entre el profesional de la salud, los establecimientos asistenciales, las empresas de medicina prepaga y las obras sociales ha sido un tema muy discutido —temática que, por su extensión, no será abordada con profundidad en este comentario—, el que ha generado básicamente dos grandes posturas.

La postura clásica —sostenida, aunque sin decirlo, por la sentencia comentada—, cuyo principal exponente es Bueres, que sintéticamente dispone que entre el paciente, el médico y el sanatorio existe una estipulación a favor de terceros (conf. art. 504, Cód. Civ., actual art. 1027, Cód. Civ. y Com.), por la cual entre el establecimiento asistencial —estipulante— y el médico —promitente— se celebra un contrato en favor del paciente —beneficiario—. En síntesis, se generan dos relaciones contractuales simultáneas donde el ente asistencial responderá en forma objetiva con fundamento en la obligación de seguridad. Sin embargo, y cuando se trata de obligaciones de medios, para que nazca la obligación de la clínica deberá previamente haberse configurado un obrar culposo del médico **(38)**.

(36) BUERES, Alberto J., ob. cit., p. 222.

(37) CNCiv., sala D, 26/10/2016, "G., A. M. y otros c. R., L. R. y otros s/ daños y perjuicios - resp. profesionales médicos y aux.", AR/JUR/70812/2016, fallo que además mereció diversos comentarios, entre ellos: HERRERA, Marisa — SALITURI AMEZCUA, Martina, ob. cit., ps. 505-522; OCANTOS, Jorge, "¿Responsabilidad civil por existir?", LA LEY, 2017-A, 413, AR/DOC/3901/2016; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Daños y perjuicios derivados de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida", LA LEY, 2017-A, 405, AR/DOC/3899/2016; BRIOZZO, Soledad, "Responsabilidad por los daños causados en el marco de un tratamiento de fertilidad", DFyP, 2017 (mayo), p. 273; RCCyC, 2017 (julio), p. 128; AR/DOC/956/2017.

(38) BUERES, Alberto J., ob. cit., p. 314 y ss.; mismo autor en, "Responsabilidad civil de las clínicas", cit. en LORENZETTI, Ricardo L., "La empresa médica", Ed. Rubinzal-Cuzoni, Santa Fe, 1998, p. 333; BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, t. 1; LÓPEZ MESA, Marcelo J. — TRIGO REPRESAS, Félix A., "Responsabilidad civil de los profesionales", Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, cits. en PICASSO, Sebastián, "Interesantes cuestiones de responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS 2006-548, AR/DOC/2640/2006; BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", cit. en CALVO COSTA, Carlos A., "La responsabilidad civil médica. Aspectos relevantes", Tratado de derecho de daños, ob. cit., ps. 449-452; BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", cit. en SÁENZ, Luis R. J., "Defensa del consumidor y los centros asistenciales", LA LEY, 2013-F-505, cita online AR/DOC/4404/2013.

La postura bipartita o moderna, sostenida, entre otros por Lorenzetti, Picasso, Sáenz, y ahora Calvo Costa **(39)**, entiende que el paciente no es un tercero sino parte, y es por ello por lo que, en virtud de la estructura del vínculo obligatorio, la clínica responde contractualmente y en forma directa, aunque la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella.

Según esta corriente, entonces, el plan prestacional que desarrolla el profesional constituye en realidad la ejecución de la obligación principal a cargo del establecimiento, razón por la cual su inexacto incumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último, pero no por el incumplimiento de una obligación de seguridad sino por el de la mencionada obligación principal, y es allí donde adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta **(40)**.

En este sentido, Lorenzetti aclara que la responsabilidad del deudor directo (clínica) exigirá imprescindiblemente el incumplimiento de la obligación asumida. De este modo, la responsabilidad de la clínica será directa y proviene del incumplimiento contractual, mientras que la imputación subjetiva será a título culposo y reflejo. Es decir, no hay culpa directa sino refleja; la imputación se ubica en la extensión o proyección de la culpa del dependiente de la entidad sanatorial, y es por lo tanto refleja **(41)**.

Por otro lado, de comprobarse el defectuoso cumplimiento de la prestación médica, resulta aplicable a las empresas médicas el estatuto de la defensa del consumidor, con la aclaración de que cuando lo que está en juego son prestaciones puramente médicas, esto es, obligaciones de medios, no sería lógica la aplicación del art. 10 bis de la ley 24.240, que conduce a objetivar la responsabilidad de los centros médicos. En conclusión, para comprometer la responsabilidad de la clínica debe acreditarse previamente la culpa del médico en el desarrollo de la prestación médica **(42)**.

En ese orden de ideas, Sáenz sostiene que la norma referida debe ser interpretada en el sentido de que confiere las facultades que allí se estipulan a favor del consumidor una vez que ha mediado el incumplimiento por parte del proveedor. Y dicho incumplimiento se patentizará, en las obligaciones de resultado, por la no obtención del interés perseguido por el acreedor, y en las obligaciones de medios, por el desarrollo de un plan de conducta negligente por parte del *solvens*. De este modo, si se encuentra probado que el establecimiento actuó diligentemente, entonces habrá cumplimiento exacto, y la obligación se extinguirá por el pago **(43)**, tal lo que sucede con el caso comentado.

En síntesis, en el escenario descrito, ya sea que se adopte una postura o la otra, lo concreto es que, al haberse encuadrado la prestación de la profesional médica como una obligación de medios, donde no se acreditó un obrar culpable de su parte en el ejercicio del plan prestacional, no puede atribuirse responsabilidad alguna ni a la clínica ni a la empresa de medicina prepaga.

VII. ¿Pueden las TRHA ser consideradas una actividad riesgosa en los términos del artículo 1757 del Código Civil y Comercial?

El impresionante avance de la ciencia y la tecnología, sobre todo en materia de biotecnología, conduce a indagar si la utilización de material genético para el despliegue de una actividad médica, como los son las técnicas de reproducción humana asistida, puede ser entendida como una actividad riesgosa o peligrosa.

Lo primero que corresponde aclarar es que este interrogante cobra relevancia en orden al análisis de la responsabilidad de los establecimientos de salud, obras sociales y empresas de medicina prepaga, ello por cuanto la actividad de los médicos se encuentra expresamente excluida de esta calificación. Así lo dispone el art. 1768 en su parte pertinente: "La actividad del profesional

(39) El mencionado autor antes se inscribía en la postura clásica y en la actualidad participa de la posición doctrinaria moderna (CALVO COSTA, Carlos A., "La responsabilidad civil médica...", ob. cit., ps. 461 y 462).

(40) Ibid., ps. 459 y 460.

(41) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., ps. 342 y 343.

(42) CALVO COSTA, Carlos A., "La responsabilidad civil médica...", ob. cit., ps. 460 y 461.

(43) SÁENZ, Luis R. J., "Defensa del consumidor...", ob. cit.

liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757".

El fundamento de la exclusión radica justamente en la existencia de un alea inherente a este tipo de actividad **(44)**. En efecto, Calvo Costa sostiene que la medicina es una ciencia en la cual el riesgo está siempre latente **(45)**.

En este orden de ideas, se afirma que la actividad del médico no puede ser considerada una actividad peligrosa en general, calificada *ex ante* **(46)**, de otro modo, la responsabilidad del facultativo reconocería siempre como factor de atribución objetivo el riesgo creado **(47)**.

Sin embargo, esta exclusión solo atañe al médico, pero no a los establecimientos asistenciales ni obras sociales o empresas de medicina prepaga, de modo que si se entiende que las TRHA constituyen una actividad riesgosa o peligrosa, como lo considera un prestigioso sector de la doctrina **(48)**, en un caso como el de autos, tanto la clínica como la empresa de medicina prepaga, hubieran sido responsables en orden al factor de atribución objetivo que dimana del art. 1757 **(49)**.

En este sentido, Mosset Iturraspe y Piedecasas son contundentes al expresar: "El estado actual de la ciencia, de la biogenética, nos permite calificar la labor médica de selección, conservación y utilización del material genético como actos peligrosos o riesgosos. Y sobre esa base se ha de construir esa imputación. No nos parece necesario entrar a calificar los gametos separados del cuerpo como 'cosas riesgosas o viciosas'; ni tampoco trasladar la imputación objetiva a la 'aparatología viciosa o riesgosa', a su indebido empleo. El tema es de fondo y tiene que ver con la actividad cumplida" **(50)**.

Sobre esta cuestión, y sin ánimo de arribar a una conclusión definitiva en esta materia, que por su complejidad amerita un desarrollo propio, nos parece interesante dejar planteados algunos interrogantes que podrían colaborar a profundizar el debate: ¿qué diferencia existiría entre las TRHA y cualquier otro tratamiento médico o intervención quirúrgica?; ¿cuáles son las características o implicancias que conllevan estas técnicas, que no estarían presentes en las demás prácticas, por ejemplo, un trasplante de órganos, para considerar a las primeras como actividades "peligrosas" o "riesgosas" y no a las mencionadas en segundo término?; ¿qué consecuencias jurídicas conlleva esta calificación?

Otro punto para tener en cuenta en la mentada discusión es distinguir con claridad que las TRHA no implican necesariamente la utilización de ingeniería genética, al menos, en la actualidad.

La ingeniería genética puede ser entendida como el conjunto de técnicas destinadas a cortar y confeccionar genes **(51)**. Sin embargo, en el presente, este tipo de intervenciones en línea germinal, es decir, aquellas cuyas modificaciones genéticas se transmiten a la descendencia, no se encuentran permitidas en nuestro país —conf. art. 57 **(52)** del Cód. Civ. y Com. **(53)**—.

(44) HERRERA, Marisa — SALITURI AMEZCUA, Martina, "Responsabilidad civil...", ob. cit., p. 427.

(45) CALVO COSTA, Carlos A., "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial...", ob. cit., p. 203.

(46) SÁENZ, Luis R. J., "La responsabilidad del profesional liberal...", ob. cit., p. 411.

(47) BUERES, Alberto J., ob. cit., p. 430.

(48) HERRERA, Marisa — SALITURI AMEZCUA, Martina, "Responsabilidad civil...", en Técnicas de reproducción humana asistida, ob. cit., p. 430; MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS, Miguel A., "Responsabilidad por daños", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2016, p. 37; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Daños y perjuicios...", ob. cit.

(49) "Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención".

(50) MOSSET ITURRASPE, Jorge — PIEDECASAS, Miguel A., ob. y p. cit.

(51) YANCHINSKI, Stephani, "Hacer trabajar a los genes. La nueva era industrial de la biotecnología", Ed. Sudamericana Planeta, cit. en MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, ob. cit., p. 242.

(52) Art. 57: "Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia".

(53) En concordancia con lo dispuesto por el art. 13 del Convenio de Oviedo que expresa: "No podrá realizarse in-

De manera que, en la práctica actual de las TRHA, no se realiza intervención alguna en gametos ni en embriones, sino que se procede a su conformación *in vitro* y luego se los selecciona a fin de transferirlos al útero de una persona.

Siguiendo ese norte y, según nuestro criterio, la conclusión arribada por unanimidad en las *Jornadas Nacionales de Derecho Civil* celebradas en 2015 en Bahía Blanca, en cuanto a que "[e]n el caso de transmisión de enfermedades por intervención sobre los genes, debe responder el laboratorio y quienes intervinieron en el proceso que desencadenó la activación del gen o genes deletéreos. El factor de atribución es objetivo" **(54)**, está referida a la práctica de ingeniería genética y no a las TRHA en su desarrollo actual.

VIII. Palabras de cierre

El caso comentado constituye un claro reflejo del entrecruzamiento entre el derecho de daños y las TRHA, el que se irá ampliando y complejizando aún más con el incesante avance de la ciencia y la tecnología en este campo.

En lo que hace puntualmente al análisis de esta temática vinculada con la responsabilidad médica, nos parece sumamente importante efectuar una delimitación entre las distintas obligaciones que integran el plan médico prestacional, ya que algunas de ellas pueden ser de medios y otras de resultado, situación que genera consecuencias jurídicas muy distintas en orden al factor de atribución implicado.

Por otro lado, el progreso científico permanente en esta materia juega un rol fundamental y debe ser considerado al tiempo en el que se desarrollan los hechos que se analizan, debido a que lo que en el presente puede considerarse como un acontecimiento evitable y predecible, al tiempo del evento quizá no lo era.

Finalmente, entendemos importante efectuar una interpretación coherente del ordenamiento jurídico conforme a lo dispuesto por los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., cuando se analiza el complejo entramado de relaciones entre el paciente, el médico, el establecimiento de salud y obra social o empresa de medicina prepaga, sobre todo considerando la redacción del actual art. 1768 y la Ley de Defensa del Consumidor, a los fines de brindar una solución justa.

---

tervención alguna sobre el genoma humano, si no es con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos y a condición de que no tenga por objetivo modificar el genoma de la descendencia".

(54) Conclusión aprobada por unanimidad en la Comisión 3 "Daños en las relaciones de familia", en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca, los días 1, 2 y 3 de octubre de 2015, disponibles en https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-03.pdf, consultada el 13/11/2020.

Jurisprudencia

DAÑOS SUFRIDOS POR AERONAVE

Accidente en aeroclub. Daño generado a aeronave. Legitimación pasiva. Zona donde se produjo el siniestro. Responsabilidad del dueño por el riesgo de la cosa.

1. — El propietario del aeroclub es responsable por los daños padecidos en la aeronave del accionante en los términos del art. 1113, segundo párrafo del Cód. Civil, por cuanto se encuentra demostrado que la tapa del hidrante que provocó el siniestro no estaba asegurada y sus bisagras estaban rotas y corroídas, siendo esa condición la que provocó que, cuando la aeronave pasó por encima de la tapa, esta se desplazara y la rueda del vehículo cayera en el receptáculo. Es claro que la tapa en cuestión presentaba vicios o defectos que la volvían impropias para su destino y, por ende, riesgosa para terceros.

2. — Debe rechazarse la responsabilidad del aeroclub por los daños generados en la aeronave del accionante, ya que el área donde ocurrió el siniestro —plataforma de hangares— no forma parte de los espacios otorgados al beneficiario del permiso. Máxime cuando el Estado nacional, en su carácter de propietario del Aeródromo y concedente del Permiso, en ningún momento endilgó responsabilidad alguna al aeroclub, así como tampoco le atribuyó un incumplimiento de sus deberes como permisionario. Ello ratifica lo expresado, en cuanto a que el área donde ocurrió el accidente no se encontraba a cargo del aeroclub.

3. — No resulta acertada la atribución de "culpa concurrente" que ha realizado el magistrado de la anterior instancia, por cuanto esa decisión se basó en una supuesta "adecuada señalización de las zonas del aeródromo y de la prohibición de transitar en marcha en la plataforma de hangares", que no fue tal, a tenor de lo expresado por la JIAAC en su Informe Final.

4. — Todo lo concerniente al negocio aeronáutico —valor de aviones, servicio de reparaciones, repuestos, tarifas, etc.—, al igual que lo que acontece en el comercio marítimo, aun cuando pueda llegar a ser expresado en pesos, encuentra en la plaza local su real manifestación ya sea en dólares estadounidenses o en su equivalente en moneda nacional según el tipo de cambio vigente en el mercado.

5. — La sola privación del vehículo afectado a un uso particular produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria que debe ser resarcida como tal, sin necesidad de prueba específica.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de aviación.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Daños varios: Privación de uso: $12.000

CNFed. Civ. y Com., sala I, 27/11/2020. – Mendizábal, Martín c. Aero Club Marcos Juárez y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/61742/2020]

COSTAS

Se imponen a la demanda vencida y, respecto la falta de legitimación pasiva, se imponen por su orden.

INTERESES

Se aplica la tasa vencida que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones habituales de descuento a treinta días.

Causa N° 12.698/2006/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 27 de 2020.

El doctor *Gusman* dijo:

I. La sentencia de fs. 898/908 admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Aero Club Marcos Juárez, con costas a cargo del actor. A su vez, hizo lugar parcialmente a la demanda deducida por el señor Martín Mendizábal contra el Estado Nacional - Administración Nacional de Aviación Civil (en adelante, la ANAC)—, condenándolo a pagar, en la forma prevista por el art. 22 de la Ley N° 23.982, la suma de pesos sesenta y siete mil ciento setenta y siete con ocho centavos ($67.177,08), con más los intereses indicados en el Considerando VII. Las costas de esa relación procesal fueron impuestas en el orden causado.

Para resolver de tal modo, el *a quo* tuvo por acreditado que el actor es propietario de la aeronave Beechcraft, modelo V-35-B, número de serie ..., matrícula ..., desde el 17 de marzo de 1997. También tuvo por probado que el 30 de noviembre de 2004, en el Aeródromo Marcos Juárez, Provincia de Córdoba, el accionante con la ayuda de otra persona ubicó manualmente la aeronave en la plataforma frente a la zona de hangares privados y del aeroclub y, luego de poner en marcha el motor e iniciar rodaje, pasó la rueda de nariz de la aeronave por sobre la tapa de un hidrante e hizo que la rueda se introdujera en el alojamiento de la manguera para la carga de combustible. Ello provocó que la hélice hiciera contacto con la superficie de hormigón y sufriera daños de importancia, lo que a su vez habría generado daños al motor.

Para admitir la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por el Aero Club de Marcos Juárez, sostuvo que de los permisos N° 70/75 y 05/04 no se verificaba que esa parte dispusiera del uso de la zona donde ocurrió el siniestro ni tampoco que tuviera a cargo el mantenimiento de la plataforma de hidrantes. Las costas de la relación aeroclub-actor fueron impuestas a este último.

En cuanto a la responsabilidad del Estado Nacional (representado inicialmente por la Fuerza Aérea Argentina y luego por la ANAC), el Magistrado de la anterior instancia consideró que resultaba de aplicación al caso el art. 1113, segundo párrafo, última parte, del Cód. Civil. Luego, analizó la prueba rendida en autos —en especial, la investigación técnica de accidentes de aviación civil y la inspección ocular realizada por el Juez Federal de Bell Ville en el aeródromo—, y concluyó que se encontraba suficientemente probada la culpa concurrente de ambas partes. Ello, por cuanto consideró que había existido una adecuada señalización de las zonas del aeródromo y de la prohibición de transitar en marcha (lo que evidenciaba el actuar negligente del actor), pero también que se verificaba una falta de mantenimiento de la tapa del hidrante (lo que determinaba la responsabilidad del Estado Nacional, en su calidad de guardián o dueño de la cosa). Por último, estimó que la responsabilidad por el daño generado a la aeronave debía ser soportada en partes iguales.

En cuanto a la extensión del resarcimiento, destacó que las pruebas arrimadas a la causa bastaban para tener por acreditado el adecuado nexo causal que existió entre el evento ocurrido y la erogación de los gastos para la reparación de los daños causados al avión. Por tal razón, otorgó por aquel concepto la suma de $38.115,56 y, por la desvalorización del avión, el monto de $29.061,52, cantidades que fueron fijadas teniendo en cuenta la culpa concurrente establecida en partes iguales (50%). Finalmente, desestimó lo peticionado en concepto de "privación de uso" por falta de prueba.

II. Dicha sentencia fue materia de apelación por la actora a fs. 921, quien expresó agravios a fs. 940/948, los que fueron replicados por parte del Aero Club Marcos Juárez a fs. 954/959 y del Estado Nacional a fs. 960/962. Asimismo, el Estado apeló el fallo mediante el recurso de fs. 922 y expresó sus quejas a fs. 936/939, las que originaron la contestación de la demandante a fs. 965/972 y del Aero Club de Marcos Juárez a fs. 953. También, median recursos contra los honorarios a fs. 916, 918/920 y 926.

Las quejas de la accionada se refieren, en sustancia, a que:

a) No resulta acertada la atribución de responsabilidad a su parte, pues el actor realizó una conducta que se encontraba prohibida, ya que no contaba con autorización para realizar la maniobra de la que derivó el siniestro. Entiende que esa circunstancia la exime de la responsabilidad que se le imputa como "guardián de la cosa", de conformidad con lo prescripto por el artículo 1113 del Cód. Civil.

b) Se agravia de que se le haya atribuido el 50% de responsabilidad por el hecho, toda vez que si se hubieran acatado las indicaciones, a pesar de no encontrarse fijas las tapas de los hidrantes, los daños no se habrían provocado o habrían tenido menor magnitud.

Por su parte, las quejas de la demandante se refieren, en sustancia, a que: a) La fundamentación del decisorio omite palmariamente la prueba relevante —expediente de investigación técnica— y prescinde de analizar y considerar el informe final cuya aprobación y remisión fue dispuesta por el Presidente de la Junta de Investigaciones de Accidentes de Aviación Civil (en adelante, JIAAC); b) Se queja de la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Aero Club de Marcos Juárez, pues el Magistrado omitió considerar que tanto el personal del aeródromo como los miembros de la comisión directiva manifestaron a la JIAAC que los surtidores, hidrantes y el expendio de combustible estaban a cargo del Aero Club, circunstancia que también surgiría del Permiso de Uso N° 70/95. Asimismo, entiende que el Aero Club fue plenamente responsable por el accidente ya que reviste la calidad de guardián de la cosa que produjo el daño; c) El *a quo* estableció la culpa concurrente siendo que del expediente de investigación como del informe final, la JIAAC dictaminó que el señalamiento en la zona del siniestro era inadecuado; d) El accidente no se produjo por no estar adaptado para desempeñarse como piloto, ya que el siniestro se habría producido de la misma manera en función del mal estado de las tapas de los hidrantes. Para el caso

que este Tribunal entienda que existe culpa del actor, solicita se morigere su grado de participación culpable; e) Se queja de que el rubro desvalorización de la aeronave haya sido traducido a pesos a la fecha de la realización de la pericia técnica toda vez que lo perjudica económicamente e implica desconocer que, en el mercado, las aeronaves cotizan en moneda extranjera. Solicita la conversión de ese rubro a la cotización del dólar estadonidense a la fecha de la liquidación y, en subsidio, que se realice a la fecha de dictado de la sentencia; f) Yerra el *a quo* al rechazar el rubro "privación de uso", pues durante el lapso de 5 meses y 11 días se vio privado de utilizar la aeronave por su reparación; y, finalmente, g) Cuestiona la imposición de costas a su parte por la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Aero Club Marcos Juárez y la distribución en el orden causado y los honorarios de los peritos en el 50% en la relación con el Estado Nacional. Peticiona que, en el caso de que no prosperen sus agravios, se impongan las costas al Estado Nacional en razón de que se encontró obligada a accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de las indemnizaciones reclamadas.

III. En primer lugar, pongo de relieve que no ha sido puesto en tela de juicio la existencia del hecho generador del daño, pues las demandadas no discutieron que el accidente denunciado por el actor efectivamente acaeció. Ello limita el conocimiento de esta Alzada a aquellas cuestiones vinculadas a la responsabilidad derivada del hecho dañoso ya que tanto los agravios del Sr. Mendizábal como los del Estado Nacional se encuentran dirigidos a cuestionar el rol asignado a cada una de las partes en la sentencia de grado (arg. arts. 271 y 277 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Un orden lógico me lleva a analizar en segundo lugar la queja vinculada al acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por el codemandado Aero Club Marcos Juárez.

Adelanto que coincido con la solución adoptada por mi colega de la anterior instancia dado que el análisis de diversas pruebas aportadas a la causa revela que la zona en la cual se produjo el siniestro era ajena al ámbito de incumbencia del aeroclub demandado.

En efecto, al momento de los hechos se encontraba vigente el Permiso de Uso N° 70/95 (Disposición de Aprobación N° 83/95), por el cual se facultó al Aero Club Marcos Juárez a ocupar determinados espacios del Aeródromo de esa ciudad (cfr. fs. 777/784). Es cierto lo que indica el accionante, en cuanto a que dicho acto administrativo coloca sobre el permisionario el deber de reparar y conservar los edificios otorgados, así como de adoptar todas las medidas de seguridad que resulten aconsejables para reducir al mínimo los riesgos de accidentes en el aeródromo (v. cláusulas N° 14 y N° 16). Sin embargo, ese dato no conduce necesariamente a la imputación de responsabilidad hacia el aeroclub demandado, pues de la disposición citada no surge que el área donde ocurrió el siniestro (plataforma de hangares) forme parte de los espacios otorgados al beneficiario del permiso.

De hecho, al observar los croquis elaborados por la JIAAC en el marco de su investigación (cfr. fs. 15 y 17 del Expte. N° 2.364.002, reservado y que tengo a la vista), constato que las tapas de los hidrantes para la carga de combustible se encuentran ubicadas en una zona próxima a los "hangares privados". Esa área es ajena al Aero Club Marcos Juárez y —al menos a la época del siniestro— habían sido concesionados a terceros que no fueron demandados en este pleito (en este sentido, ver inspección ocular del Sr. Juez Federal de Bell Ville, que luce fs. 12 del Expte. 9-O-10, el cual se encuentra reservado y también tengo a la vista).

Más allá de lo expuesto, considero relevante mencionar dos cuestiones que me convencen de que la solución adelantada es la correcta.

Por un lado, como oportunamente fue señalado por el *a quo*, surge de este expediente que, unos meses antes de que ocurriera el accidente, la Fuerza Aérea había realizado tareas de pintado de pista, plataforma y calles de rodaje del aeródromo (cfr. informe de fs. 806/814; esp. fs. 809, 811 y 813). Ese hecho es relevante porque, al hacerse cargo de tales labores de mantenimiento en la zona del siniestro, el propio concedente evidenció que no se trata de una de las locaciones de incumbencia del aeroclub demandado.

Por el otro lado, me interesa poner de resalto que el Estado Nacional, en su carácter de propietario del Aeródromo y concedente del Permiso, en ningún momento endilgó responsabilidad alguna al Aero Club Marcos Juárez por los hechos de autos, así como tampoco le atribuyó un incumplimiento de sus deberes como permisionario. Ello ratifica lo expresado, en cuanto a que el área donde ocurrió el accidente no se encontraba a cargo del aeroclub.

En consecuencia, entiendo que corresponde desestimar el agravio formulado por la parte actora en este punto y admitir el acogimiento de la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por la codemandada Aero Club Marcos Juárez.

IV. Establecido lo que antecede, me ocuparé del análisis de la responsabilidad imputada a la codemandada Estado Nacional —ANAC—, ya que ambas partes expresaron agravios por el modo en que el Magistrado de grado resolvió ese aspecto de la pretensión.

IV.1. Comenzaré por aclarar que considero acertado aplicar al caso el supuesto de responsabilidad objetiva previsto por el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Cód. Civil derogado.

En efecto, entiendo que la norma referida es aplicable al pleito, por cuanto se encuentra demostrado que la tapa del hidrante que provocó el siniestro no estaba asegurada y sus bisagras estaban rotas y corroídas (en este sentido, ver las fotografías reservadas en sobre blanco), siendo esa condición la que provocó que, cuando la aeronave pasó por encima de la tapa, esta se desplazara y la rueda del vehículo cayera en el receptáculo (cfr. Informe Final de la JIAAC que en copia luce a fs. 389/398, esp. ptos. 1.10.7, 2.1.4, 3.2, 4.2.2). En tales términos, es claro que la tapa en cuestión presentaba vicios o defectos que la volvían impropias para su destino (cubrir la cavidad) y, por ende, riesgosa para terceros.

En este sentido, debo aclarar que el hecho de que el receptáculo y su tapa sean cosas inertes no constituye obstáculo alguno para considerarlas "riesgosas". Conforme lo ha resuelto recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el carácter inerte de la cosa no obsta a la aplicación del artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Cód. Civil, siempre y cuando la víctima demuestre la existencia del vicio o riesgo y la relación de causalidad entre uno u otro y el perjuicio. En palabras del Alto Tribunal, "...el damnificado debe probar que la cosa jugó un papel causal, acreditando —cuando se trata de cosas inertes— la posición o el comportamiento anormales de la cosa o su vicio, pues en el contexto del 2° párrafo, última parte, del artículo 1113 del Cód. Civil, son tales circunstancias las que dan origen a la responsabilidad del dueño quien podrá eximirse total o parcialmente de esta, acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder" (CSJN, causa "Bergerot, Ana M. c. Salta, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", del 12/12/2019).

En el caso, tales presupuestos han sido debidamente acreditados mediante diversas pruebas rendidas en la causa (especialmente el informe de la JIAAC arriba citado), lo que —en principio— torna operativa la responsabilidad objetiva del Estado Nacional, en tanto dueño de la cosa viciosa y riesgosa.

Hasta este punto, considero acertada la solución alcanzada por el *a quo*, quien atribuyó responsabilidad a la accionada con sustento en argumentos similares.

IV.2. Ahora bien, tal y como lo refiere la Corte Suprema en el pasaje antes citado, el art. 1113 del Cód. Civil permite que el dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa se exima total o parcialmente de su responsabilidad si acredita la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Corresponde, entonces, determinar si la demandada ha demostrado tales extremos a fin de liberarse, cuanto menos parcialmente, de la responsabilidad que se le imputa.

Al respecto, es importante recordar que el Magistrado de primera instancia estableció la culpa concurrente de ambas partes, a razón de 50% en cabeza de cada una; es decir, que consideró que existían razones para eximir parcialmente a la demandada de su responsabilidad, con fundamento en el hecho de la propia víctima.

Para resolver de esa forma, hizo mérito de diversas pruebas habidas en la causa (en particular, el Informe Final de la JIAAC, la inspección ocular realizada por el Juez Federal de Bell Ville en el Aeródromo de Marcos Juárez y los testimonios recabados en la Ciudad de Bell Ville en el marco de los Exptes. 8-O-10 y 9-O-10). A partir de tales evidencias, concluyó que se encontraba suficientemente acreditado el actuar negligente del señor Martín Mendizábal, sustancialmente por dos motivos: En primer lugar, consideró que había existido una adecuada señalización de las zonas del Aeródromo y de la prohibición de transitar en marcha en la plataforma de hangares. En segundo término, tuvo en cuenta que el actor no estaba adaptado para desempeñarse como piloto al mando desde octubre de 1998.

Esta decisión también ha sido motivo de agravio, tanto por parte de la actora —quien reclama que se la revoque y se decrete la responsabilidad total del Estado por el hecho de marras—, como de la demandada —quien peticiona que se la exima íntegramente de la responsabilidad atribuida—.

En uso de las atribuciones que me confiere el art. 386 del Código Procesal, debo señalar que la apreciación de la prueba producida por las partes me lleva a una conclusión distinta en torno al rol que tuvo el hecho de la víctima en el suceso de autos. En este sentido, observo que no se han valorado en toda su dimensión las conclusiones a las que arribó la JIAAC en el Informe Final antes referenciado. Así lo pienso porque el *a quo* interpretó que había existido una adecuada señalización de las zonas del Aeródromo y de la prohibición de transitar en marcha en la plataforma de hangares, pese a que de las conclusiones de la investigación, entiendo que surge lo contrario.

En efecto, en el punto 1.10.6 del informe se expresó: "La plataforma de hangares, aeroclub y privados, no tiene el señalamiento que indique desde y hasta dónde se pueden operar las aeronaves con los motores en marcha". A su vez, en el punto 2.2.1 se asentó: "De las comprobaciones realizadas en el lugar, se evidencia falta de señalamiento claras, estableciendo

si es o no una plataforma para el estacionamiento de aeronaves". Seguidamente, en el punto 2.2.2, se señaló que "Al no existir carteles de advertencia entre el área de movimiento del aeródromo y el ingreso al sector privado/aeroclub, los pilotos no están debidamente alertados de los obstáculos o peligros latentes en el lugar de circulación en ese sector, durante las maniobras en tierra". En el mismo sentido, en el punto 2.2.3 el Director de Investigaciones de la JIAAC expresó que, "Si bien el cartel de 'Prohibido transitar en marcha sobre la plataforma de hangares - gracias' es bien visible en la plataforma del aeroclub, no lo es hacia el sector privado, pudiendo crear dudas de interpretación en los pilotos que no operan normalmente en el aeródromo de Marcos Juárez". Como conclusión, en el punto 2.2.4, la junta de especialistas sostuvo: "Por lo expresado es posible considerar que existe una situación confusa sobre si el espacio frente a los hangares es o no una plataforma, para el tránsito y estacionamiento de aeronaves".

De esta manera, lejos de considerar que la zona donde ocurrió el siniestro estaba debidamente señalizada (como lo resolvió el *a quo*), la JIAAC dictaminó que el "inadecuado señalamiento de la zona frente a los hangares" había operado como un factor contribuyente del accidente protagonizado por el actor (ver punto 3.2).

A esta altura, debo aclarar que no paso por alto que el *a quo* basó su decisión en otros elementos del expediente, tales como la inspección ocular del Juez Federal de Bell Ville y las declaraciones testimoniales recabadas en la Provincia de Córdoba. Sin embargo, a la hora de valorar si la señalización habida en el aeródromo era "adecuada", parece razonable reconocerle una mayor eficacia convictiva a las conclusiones de la JIAAC, por tratarse del organismo técnico encargado de llevar a cabo la investigación de los accidentes de aviación de aeronaves civiles (art. 185 del Código Aeronáutico y art. 1° del Decreto N° 934/1970). Dicho cuerpo se expide sobre cuestiones técnicas específicas que, por cierto, exceden los conocimientos exigibles a quienes integramos la magistratura. En respaldo de esa solución, cabe poner de resalto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que las constancias de los expedientes de la JIAAC "resultan decisivas" y su "valor probatorio es de primera importancia" (CSJN, causa "Marino, Rosario Nélida c. Provincia de Buenos Aires", del 26/05/1977). Ello refuerza lo dicho, en cuanto a que debe reconocerse un mayor peso a la opinión de la Junta, frente a otros elementos de prueba que, sin ánimo de menospreciarlos, no están dotados del mismo rigor técnico que aquel ente especializado.

En definitiva, no resulta acertada la atribución de "culpa concurrente" que ha realizado el Magistrado de la anterior instancia, por cuanto esa decisión se basó en una supuesta "adecuada señalización de las zonas del Aeródromo y de la prohibición de transitar en marcha en la plataforma de hangares" (cfr. fs. 905 vta. *in fine*) que no fue tal, a tenor de lo expresado por la JIAAC en su Informe Final.

IV.3. En el mismo sentido, entiendo que el hecho de que el accionante no estuviera adaptado para desempeñarse como piloto al mando de la aeronave (cfr. fs. 906) tampoco puede constituirse como un argumento para atribuirle responsabilidad por el accidente ocurrido.

En esta línea, surge del mismo Informe Final de la JIAAC antes citado que "...es posible asumir que el accidente no [estuvo] relacionado con la operación de la aeronave" (punto 2.1.7), así como que "...el accidente no [estuvo] relacionado directamente con el cumplimiento de las exigencias establecidas en las NOCIA" (punto 4.1.1). En otras palabras, el siniestro se habría producido de igual modo aun cuando el actor hubiese cumplido con la reglamentación citada, lo que me lleva a descartar algún vínculo causal adecuado entre la omisión de realizar sus adaptaciones como piloto y el evento que produjo los daños.

En conclusión, considero que en el caso la conducta desplegada por la víctima no tiene aptitud para eximir al demandado, ni total ni parcialmente, de la responsabilidad que se le imputa. Por tal razón, corresponde acoger los agravios formulados por la actora con relación a este punto, desestimar los planteados por la demandada y modificar la sentencia de la anterior instancia en tanto le imputó "culpa concurrente" a Mendizábal por el siniestro ocurrido, atribuyéndole al Estado Nacional la totalidad de la responsabilidad por el accidente que experimentó el demandante.

V. En lo relativo al agravio formulado por la actora en relación a la suma otorgada en concepto de "desvalorización de la aeronave", corresponde señalar que, en principio, la labor judicial debe ceñirse a la apreciación pericial. Pero también debe valorar su contenido de acuerdo a la competencia del experto, los principios científicos en que se funda el informe, la aplicación de las reglas de la sana crítica a sus conclusiones y fundamentos, las observaciones o impugnaciones que se hagan al dictamen y el contenido de los demás elementos de convicción que se desprendan de la causa que corroboren o controviertan aquel (cfr. art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). De manera tal que, en tanto la materia sometida a peritación —por su naturaleza eminentemente técnica— excede los conocimientos propios de un juez, el apartamiento de sus conclusiones requiere razones serias y elementos objetivos que acrediten la existencia de errores de entidad que justifique prescindir de sus datos

(cfr. Palacio, L. "Derecho Procesal Civil", 4ª reimpresión, T. IV, p. 720).

Pues bien, al consultarse al experto acerca de si el accidente ocurrido producía una desvalorización en el precio de venta de la aeronave, el perito sostuvo que "luego del accidente el precio de reventa del avión conlleva una depreciación estimada en el 5%" (cfr. fs. 662, ratificada a fs. 680/681).

A partir de ese dictamen, para determinar la suma indemnizatoria del presente rubro, el Magistrado de primera instancia tuvo en cuenta que el ingeniero Cafaro informó que, a la fecha de presentación de la pericia (20/05/2015), el valor de mercado de la aeronave del actor era de U$S 130.467 (cfr. fs. 663). Sobre ese monto, calculó el 5% de depreciación del vehículo y pesificó el resultado de acuerdo al valor del dólar a esa fecha. Con esos elementos, el capítulo de "desvalorización de la aeronave" fue tasado en la suma total de $58.123,04, la que luego fue reducida en un 50% en razón de la culpa concurrente decidida en la sentencia.

Con relación a las quejas de la actora (individualizadas como agravio "d"), es del caso señalar que según los usos y costumbres propios del campo en que ambienta este litigio, todo lo concerniente al negocio aeronáutico —valor de aviones, servicio de reparaciones, repuestos, tarifas, etc.—, al igual que lo que acontece en el comercio marítimo, aun cuando pueda llegar a ser expresado en pesos, encuentra en la plaza local su real manifestación ya sea en dólares estadounidenses o en su equivalente en moneda nacional según el tipo de cambio vigente en el mercado (conf. esta Cámara, Sala II, causa N° 1508/98 "Alas del Sur SA c. Estado Nacional - Fuerza Aérea Argentina s/ daños y perjuicios", del 12/08/2008; en el mismo sentido, esta Sala, causa N° 8726/2008 "Estado Nacional Estado Mayor Gral. de la Fuerza Aérea c. Scroppo Francisco y otro s/ daños y perjuicios", del 16/05/2017).

Los cálculos realizados en la sentencia de primera instancia se condicen con lo expresado precedentemente, ya que, para establecer la indemnización, el Sr. Juez tomó en cuenta el valor de la aeronave en dólares estadounidenses y la convirtió a moneda nacional de acuerdo a la cotización que consideró aplicable al caso. De tal modo, no encuentro motivo para apartarme de la decisión de expresar la condena en moneda nacional, más aun teniendo en cuenta que el reclamo de autos fue expresado en ese mismo signo monetario por el propio reclamante (cfr. fs. 66 vta./67).

Tampoco encuentro razones para modificar la fecha que ha tomado el Juez de grado para convertir los dólares a moneda nacional. En ese sentido, parece razonable el momento elegido por el sentenciante (esto es, la fecha del informe pericial), ya que el valor de la aeronave fue tasado precisamente a esa época; y es presumible que, en el transcurso de los últimos cinco años, haya mermado en su valor. Por ende, no puede pretender el recurrente que se le reconozca el valor del vehículo conforme una tasación que data del año 2015 y, a la vez, que se aplique la cotización del dólar que rige en la actualidad.

Por lo demás, la solución criticada luce como equitativa, toda vez que no tuvo en cuenta el valor del dólar a la fecha del episodio (30/11/2004) sino a la de la última tasación de la aeronave que surge del expediente (20/05/2015).

Por lo expuesto, corresponde desestimar los agravios del actor en este aspecto.

VI. En cuanto a la queja del accionante por no haberse admitido el rubro "privación de uso", adelanto que no comparto lo resuelto por el *a quo* en cuanto entendió que la prueba rendida en la causa era insuficiente para admitir ese capítulo indemnizatorio.

En este sentido, considero que la sola privación del vehículo afectado a un uso particular produce por sí misma una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria que debe ser resarcida como tal, sin necesidad de prueba específica (en este sentido, aunque referido a un automotor, CNCom., Sala D, causa "Riggio, Rosario y otro c. Ford Argentina SA s/ ordinario", del 23/10/2012). Y ello es así, porque en general quien es dueño de una aeronave la tiene para utilizarla y la privación indica la necesidad de reemplazo. Ante ello, la sola indisponibilidad basta para demostrar el daño (conf. esta Sala, causa N° 8726/2008 antes citada), por tratarse de una consecuencia ordinaria del hecho o la omisión que causó el daño.

En tales términos, lo que debe examinarse es si el accionante ha acreditado que se vio impedido de utilizar su vehículo, pues en tal caso, el menoscabo resultante de la privación podrá ser presumido aun si no logra ser demostrado.

Entiendo que en autos aquel extremo puede ser corroborado mediante ciertas pruebas de la causa que dan cuenta de las reparaciones que debieron realizarse a la aeronave, ya que tales arreglos necesariamente acarrean cierto lapso de indisponibilidad del vehículo. En este sentido, el perito ingeniero mecánico aeronáutico informó al tribunal que "existen registros de reemplazo de hélice y desarmado y armado de motor" (cfr. fs. 660, respuesta "b"); así como que "los daños del avión y las reparaciones del mismo se corresponden al siniestro de autos" (cfr. respuesta "c"). A su vez, expresó que, para su reparación, la aeronave debió ser trasladada desde Marcos Juárez (Provincia de Córdoba) hacia Don Torcuato (Provincia de Bue-

nos Aires), a cuyos efectos debió ser acondicionada por personal habilitado por la Autoridad de Aplicación (cfr. respuesta d).

La misma impresión me causa la lectura de la declaración testimonial del señor J. M. S., quien trabaja para la empresa que se encargó de realizar parte de la reparación de la aeronave (Cielo SA). El testigo expresó que luego del accidente revisó el avión y lo desarmó para llevarlo al taller y arreglarlo. Agregó que la empresa para la cual trabaja hizo la preparación del avión, una vez desarmado y trasladado desde el aeroclub de Marcos Juárez a Don Torcuato. A su vez, dijo que en el taller se preparó para reparar las partes dañadas y el posterior armado del avión (cfr. fs. 427/428). En el mismo sentido se expidió el testigo J. A. C., quien detalló las condiciones en las que se llevó a cabo el traslado de la aeronave desde el aeroclub de Marcos Juárez hasta los hangares de la empresa Cielo SA (cfr. fs. 429).

Finalmente, cabe hacer referencia a las diversas facturas que fueron aportadas al expediente, que evidencian las reparaciones realizadas al avión y permiten tener una idea de cuánto tiempo insumieron dichas tareas, en razón de las fechas asentadas en cada uno de los documentos (en este sentido, ver la reseña de documental realizada por el *a quo* en el consid. VI de su sentencia). El último de los arreglos facturados data del día 11/05/2005 (cfr. fs. 45), de modo que es razonable concluir que el accionante se vio impedido de utilizar el vehículo, por lo menos, hasta esa fecha. Por ende, teniendo en cuenta que el siniestro de autos data del día 30/11/2004, puede estimarse válidamente que por el hecho el Sr. Mendizábal se vio privado del uso de su aeronave durante un plazo aproximado de cinco meses y medio.

En definitiva, el conjunto de pruebas reseñadas me permite tener por acreditada la existencia y extensión aproximada de la alegada "privación de uso" del vehículo.

Establecido lo que antecede, debo resaltar que el reclamante no ha aportado elementos probatorios que permitan realizar una cuantificación certera de la indemnización a la que tiene derecho. Esto no obsta a la procedencia de su reclamo, pero sí produce que la reparación sea justipreciada con un criterio restrictivo y sujeto a las pautas de prudencia que derivan del art. 165, último párrafo, del Código Procesal).

En función de todo lo expuesto, estimo razonable fijar por este concepto la suma de $12.000 (doce mil pesos). Se deja constancia de que la acción fue sujeta a lo que en más o menos surja de las probanzas a producirse en autos (cfr. fs. 58 vta.).

El monto reconocido devengará intereses desde el momento de la verificación del evento dañoso (es decir el 30/11/2004), hasta el efectivo pago de la condena, de acuerdo a la tasa vencida que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones habituales de descuento a treinta días.

Por las razones expuestas, considero que corresponde admitir el agravio de la actora en este aspecto.

VII. Resta analizar el agravio de la accionante referido a la imposición de costas a su parte por la admisión de la falta de legitimación pasiva opuesta por Aero Club Marcos Juárez.

Con relación a este punto, considero que en el caso existen razones para apartarse del principio objetivo de derrota (conf. art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal), pues si bien la parte actora ha resultado vencida en aquella relación, no puedo desconocer que por la complejidad y particularidades del caso, pudo creerse con derecho a reclamar los daños al aeroclub demandado. Lo mismo sucede con los gastos causídicos de Alzada.

Por lo tanto, entiendo que las costas de ambas instancias, en la relación actora-Aero Club Marcos Juárez, deben ser distribuidas en el orden causado.

VIII. Finalmente, en cuanto a las costas en la relación actora-Estado Nacional, considero que tanto las devengadas en primera como en segunda instancia deben imponerse en su totalidad a la parte vencida, de conformidad con el principio general consagrado en el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, del cual no encuentro motivos para apartarme (conf. art. 279 de la misma norma).

IX. Por todo lo expuesto, propongo: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora y rechazar el deducido por la codemandada Estado Nacional —Administración Nacional de Aviación Civil— y, en consecuencia:

1) Confirmar lo resuelto en la anterior instancia en cuanto se acogió la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada Aero Club Marcos Juárez;

2) Modificar parcialmente lo decidido en cuanto se atribuyó culpa concurrente a la parte actora y establecer que la totalidad de la responsabilidad por el hecho de autos —y por ende, de la condena que se dicta— pesa sobre la parte demandada;

3) Confirmar el monto reconocido por el *a quo* en concepto de desvalorización de la aeronave;

4) Condenar a la demandada a pagar, en los términos de la Ley N° 23.982, la suma de pesos doce mil

($12.000) en concepto "privación de uso", con más los intereses establecidos en el Considerando VI;

5) Modificar el modo en que fueron impuestas las costas de primera instancia en la relación procesal actora-Aero Club Marcos Juárez e imponerlas en el orden causado. Asimismo, propongo distribuir del mismo modo las costas de Alzada;

6) Imponer las costas de ambas instancias, en la relación actora— Estado Nacional, a cargo de este último (conf. art. 68, primer párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

7) Dejar sin efecto, en los términos del art. 279 del Código Procesal, los honorarios regulados a la anterior instancia y diferir la fijación de los estipendios de los profesionales que han intervenido hasta tanto medie en autos liquidación aprobada conforme a las pautas de esta sentencia.

El doctor *Antelo* adhiere al voto que antecede.

En mérito a lo debatido y a las consideraciones del Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora y rechazar el deducido por la codemandada Estado Nacional —Administración Nacional de Aviación Civil— y, en consecuencia: 1) Confirmar lo resuelto en la anterior instancia en cuanto se acogió la excepción de falta de legitimación pasiva de la codemandada Aero Club Marcos Juárez; 2) Modificar parcialmente lo decidido en cuanto se atribuyó culpa concurrente a la parte actora y establecer que la totalidad de la responsabilidad por el hecho de autos —y por ende, de la condena que se dicta— pesa sobre la parte demandada; 3) Confirmar el monto reconocido por el *a quo* en concepto de desvalorización de la aeronave; 4) Condenar a la demandada a pagar, en los términos de la Ley N° 23.982, la suma de pesos doce mil ($12.000) en concepto "privación de uso", con más los intereses establecidos en el Considerando VI; 5) Modificar el modo en que fueron impuestas las costas de primera instancia en la relación procesal actora-Aero Club Marcos Juárez e imponerlas en el orden causado. Asimismo, se distribuyen del mismo modo las costas de Alzada; 6) Imponer las costas de ambas instancias, en la relación actora— Estado Nacional, a cargo de este último (conf. art. 68, primer párrafo, del Cód. Proc. Civ. y Comercial). 7) Dejar sin efecto, en los términos del art. 279 del Código Procesal, los honorarios regulados a la anterior instancia y diferir la fijación de los estipendios de los profesionales que han intervenido hasta tanto medie en autos liquidación aprobada conforme a las pautas de esta sentencia. El doctor Fernando A. Uriarte no interviene por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). Regístrese, notifíquese y devuélvanse los autos. — *Alfredo S. Gusman.* — *Guillermo A. Antelo.*

RESPONSABILIDAD DEL CONSORCIO

Árboles muy próximos a la medianera. Avance de raíces sobre heredad vecina. Declaración testimonial. Prueba pericial. Procedencia.

1. — Debe admitirse la demanda de daños contra el consorcio demandado, ya que la totalidad de las pruebas producidas corroboran la versión fáctica introducida en la demanda. La declaración de los cuatro testigos y la informativa remitida por la Dirección General de Guardia de Auxilio y Emergencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires corroboraron la existencia de los daños denunciados en la demanda y la presencia de raíces en las cañerías de la vivienda, como así también la proximidad de los álamos a la medianera. A la par, la prueba pericial ilustró respecto de las características propias de crecimiento de estos árboles, señalando que los daños descriptos en la demanda resultaban concordantes con el posible avance de las raíces de los árboles.

2. — Aun en el hipotético caso de suponer que las cañerías existentes en la vivienda se hubiesen encontrado fisuradas, ello no se transforma en una causal de exoneración que permita al dueño de los árboles desprenderse del deber de responder por los daños causados por las raíces en la propiedad vecina.

3. — Si las raíces de los álamos siempre buscan extenderse en distintas direcciones, debió haberse previsto una situación como la que acabó sucediendo. Sencillamente, si su intención era realizar un arreglo paisajístico en su patio, debió plantar los árboles en forma más lejana a la medianera, de modo tal de conjurar la posibilidad de que se entrometieran en la propiedad vecina.

CNCiv., sala A, 10/12/2020. - Teixeira, Andrea Carina c. Cons. de Prop. Jaramillo 1838 s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/65921/2020]

COSTAS

Se imponen en un 80% al demandado y en un 20% a la actora.

Expte. N° 32.683/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 10 de 2020.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Li Rosi* dijo:

I. La sentencia de fs. 325/338 hizo lugar a la demanda entablada por Carina Andrea Teixeira y condenó al Consorcio de Propietarios Jaramillo 1838/48 de esta Ciudad, a abonarle a la actora en el término de diez días la suma de pesos trescientos catorce mil ochocientos ($314.800), con más sus intereses. Ello, con costas a cargo del vencido.

Contra este pronunciamiento, el 4 de septiembre de 2020 se alzaron los agravios del Consorcio de Propietarios Jaramillo 1838/48, que fueron contestados por el accionante en la pieza electrónica del 6 de octubre.

El 17 de septiembre presentó su expresión de agravios la accionante, los que merecieron la réplica de la parte demandada, de fecha 23 de septiembre.

II. Previo a abocarme al tratamiento de los agravios, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/04/1996; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., Sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., Sala I, ED, 115-677, LA LEY, 1985-B, 263; CNCom., Sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, entre otras).

III. Atento el pedido de deserción formulado por la accionante respecto del recurso introducido por el consorcio demandado, debo destacar que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. En este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubiere incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto - Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial, Anotado, Comentado y Concordado", T. I, ps. 835/7; CNCiv. esta Sala, libres N° 37.127 del 10/08/1988, N° 33.911 del 21/09/1988, N° 587.801 del 28/12/2011, N° 003013/2012/CA001 del 19/09/2017, entre muchos otros).

Bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15/11/1984, LA LEY, 1985-B, 394; íd. Sala D, 18/05/1984, LA LEY, 1985-A, 352; íd. Sala F, 15/02/1968, LA LEY, 131-1022; íd. Sala G, 29/07/1985, LA LEY, 1986-A, 228; esta Sala L. N° 587.801 del 28/12/2011; íd. L. N° 003013/2012/CA001 del 19/09/2017 entre otros).

Desde esta perspectiva, debería coincidirse en que los pasajes a través de los cuales el demandado pretende fundar sus quejas alcanzan —al menos mínimamente— los requisitos antes referidos.

De este modo, y a efectos de resguardar el debido derecho de defensa de las partes, propondré al acuerdo desestimar el pedido de la accionante.

IV. Previo a avocarme a dar respuesta a los agravios formulados por las partes, creo conveniente realizar un breve recuento de los antecedentes fácticos del pleito.

Andrea Carina Teixeira, en su carácter de propietaria del departamento 3° del inmueble de la calle ..., demandó al Consorcio de Copropietarios Jaramillo 1838 reclamando la reparación de una serie de daños y perjuicios que se habrían producido en su unidad. Indicó que en el patio del inmueble vecino se habían plantado tres álamos a menos de un 1,20 mts. de la medianera, cuyas raíces habrían avanzado hasta su heredad provocando los daños por cuya reparación reclama.

El consorcio demandado reconoció haber plantado los mencionados árboles, pero negó la existencia de los daños por los que se reclama. Su posición defensiva se basó en sostener que no pudo verificar la ocurrencia de los perjuicios y su origen, dado que la primera noticia que recibió del reclamo de la actora fue al ser citados a mediación, momento para el cual ya se habían realizado las reparaciones pertinentes. Además, agregó que si las raíces ingresaron a las cañerías de la vivienda, esto se debió a que las mismas se encontraban fisuradas provocando que las raíces de los álamos se vieran atraídas por la humedad.

Producida la totalidad de la prueba ofrecida por las partes, la Sra. Magistrada de la anterior instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda en los términos previamente apuntados.

Para así decidir, entendió que la existencia de los daños se encontraba acreditada por las declaraciones testimoniales rendidas en autos y por el informe técnico realizado por los dependientes del GCBA el 22 de febrero de 2016. A su vez, sobre la base de la prueba pericial rendida, consideró que el avance de las raíces a la heredad vecina era la causa eficiente de los daños.

V. En esta Alzada, no se encuentra discutido que en el patio trasero del consorcio demandado se plantaron los 3 álamos a los que se hizo referencia. Tampoco se negó la relación de vecindad existente entre las partes, ni se cuestionó el encuadre jurídico fijado por la Sra. Juez de Grado.

En este contexto fáctico y normativo, el demandado objetó el tratamiento de la responsabilidad realizado por la anterior sentenciante, argumentando que: 1) los daños por los que se reclama no fueron constatados pericialmente, puesto que la actora ya había realizado las reparaciones para la fecha en que se realizó la mediación; 2) las antiguas cañerías existentes en la propiedad de la actora tenían fisuras, que provocaron el avance de las raíces en búsqueda de humedad; 3) las cañerías fueron modificadas de manera irregular y clandestina; y 4) se infirió, sin fundamentación técnica, que las raíces de los álamos tienen capacidad suficiente para perforar las cañerías.

Para dar respuesta a las cuestiones traídas a debate, procederé a analizar las constancias probatorias.

En lo que hace a la cuestión relativa a la prueba de los daños y su origen, más allá de que el planteo efectuado resulte reiterativo de lo argumentado en sus anteriores presentaciones, advierto que el temperamento adoptado por la Sra. Juez de Grado resulta acertado. Sobre el punto, resultan ilustrativas las declaraciones testimoniales de S. M. P. y D. E. R. D., quienes tuvieron oportunidad de visitar la vivienda de la accionante, y coincidieron en que a principios del año 2016 se había producido una serie de daños en la pared medianera que linda con edificio de Jaramillo 1838 y distintos inconvenientes en las cañerías y tuberías, vinculando tales circunstancias al avance de raíces provenientes de los árboles plantados en el fundo vecino. En cuanto a los trabajos de reparación, indicaron que las tareas se extendieron desde febrero o marzo de 2016 hasta el mes de mayo, siendo durante esos trabajos que lograron advertir que el camino de las raíces halladas iba en dirección a la propiedad lindera. Al describir las tareas, enunciaron que la accionante debió reemplazar todos los caños de agua y gas, para lo cual fue necesario romper el piso y rehacerse el contrapiso. Al dar razón de sus dichos, D. E. R. D. precisó que concurrió a la casa de la accionante durante el tiempo en que se estaban realizando las reparaciones, por lo que pudo ver como la casa de la accionante se transformó en un gran pozo, generando que los habitantes mudaran todos sus enceres de ambiente en ambiente a medida que las reparaciones avanzaban. Fue allí cuando advirtieron que, al seguirse el camino de las raíces que se encontraban en los caños, estas se dirigían a la pared medianera que linda con el edificio.

En igual sentido declaró F. J. G., quien indicó ser allegado a la pareja de la actora, y que por su carácter de ingeniero civil había concurrido a la vivienda para ver el trabajo que se estaba realizando en las cañerías. Posicionó temporalmente su visita en el verano de 2016 y coincidió con las anteriores declarantes en la existencia de fisuras en las paredes del lado de la medianera con el consorcio, agregando que en tal momento la casa tenía todos los pisos de living, cocina y baño levantados, ya que los obreros estaban comenzando a romper las cañerías, de las cuales "salían unos manojos de raíces, que tapaban prácticamente el total de la cañería... tanto de la parte cloacal como de la parte pluvial...". El mencionado testigo agregó que desde la terraza pudo observar los álamos de tipo piramidal que estaban plantados en el patio del edificio, especie a la cual conocía dado que él mismo tenía uno en su vivienda. Respecto a ellos, destacó: "estaban bastante cerca de la medianera... entre ochenta centímetros o un metro... los árboles superaban la pared de la propiedad, deberían tener diez metros de alto, eran árboles adultos...". Seguidamente, retomando el recuerdo de su visita a la vivienda, añadió: "...En el manto del piso, se veía cómo iban apareciendo las raíces, del lado de la medianera con el edificio, dentro de la casa de Teixeira, del lado en que estaban los árboles... lo que yo observe fue todo el cambio de cañerías, pluviales y cloacales...".

También tuvo oportunidad de declarar el Sr. C. R. I., quien dijo ser electricista e indicó que también tuvo oportunidad de visitar la vivienda de la Sra. Teixeira en el momento en que se produjeron los daños, situándolos temporalmente en los primeros meses del año de 2016. El mencionado testigo abonó la existencia de las rajaduras en las paredes y aberturas y manifestó que cuando ya habían comenzado las reparaciones pudo ver como las cañerías estaban tomadas por las raíces de los árboles provenientes del inmueble vecino, el cual "estaba pegado a la casa". Además, dijo saber que por esta situación la Sra. Teixeira debió llamar a una dependencia del Gobierno de la Ciudad.

Cabe aquí resaltar que la idoneidad de los testigos no fue cuestionada y que la valoración de la prueba testimonial constituye una facultad propia de los Magistrados, quienes pueden inclinarse hacia aquellas declaraciones que les merecen mayor fe para iluminar los hechos de que se trate. La concordancia que puede descubrirse entre el mayor número y, en definitiva, las reglas de la sana crítica han de señalar caminos de interpretación del juzgador (conf. Falcón, Enrique, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, concordado y anotado", T° III, p. 365 y sus citas).

Luego, considero que la prueba testifical fue debidamente apreciada en la instancia de grado.

Asimismo, esta prueba concuerda con la informativa de la Dirección General de Guardia de Auxilio y Emergencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con la que se probó la autenticidad del informe técnico acompañado con la demanda, que fue labrado el 22 de febrero de 2016 por el Arq. D. M. De su lectura se desprende: "Se trata de una vivienda familiar constituida entre medianeras en buen estado de conservación. Al momento de la inspección ocular, se observó diferentes tipos de rajaduras y grietas en varios sectores. También se pudo apreciar las raíces de los álamos provenientes aparentemente de la propiedad lindera, produciendo obstaculización de los desagües de todo el departamento. Se dejó ver con facilidad ya que dicha patología se encontraba en etapa de reparación..." (ver fs. 198/215).

Como queda a la vista, las pruebas de mención resultan suficientemente esclarecedoras y no dejan lugar a dudas en punto a la existencia de los daños por los que se reclamó y el origen de los mismos.

En suma, el informe pericial rendido por la Arq. S. G. L. comprobó que en la vivienda de la actora se habían realizado reparaciones en paredes, pisos de la sala de estar, baño, cocina y patio y en los dinteles de las ventanas del patio, que eran "coincidentes con los daños denunciados en la demanda y con los que pueden provocar las raíces de los árboles, considerando que los álamos son especies que alcanzan gran tamaño y en poco tiempo y necesitan tener unos buenos pies que los sustenten, echando raíces a gran distancia. Además necesitan mucha agua y si no la tienen la buscan...". En cuanto a esto último, agregó "los álamos prefieren condiciones húmedas y se entierran en fosas sépticas y tuberías de agua en su búsqueda de humedad..."; por ello consideró posible que "las cañerías existentes tuvieran alguna filtración de agua que sirviera de atracción a las invasivas raíces..." y añadió que "las fotos ilustran la cantidad de raíces que había en los caños y en la tierra que eran de distintos tamaños". Respecto a las precauciones que deben tomar quienes pretenden plantar un ejemplar de estas características, refirió: "antes de plantar un árbol es aconsejable saber qué tipos no pueden convivir con la instalación de agua, para esto se puede consultar una lista de árboles que producen daños en las instalaciones sanitarias, pozos, cámara sépticas y de inspección (el álamo está en esa lista), habiendo consultado foros ad-hoc en internet como los de la facultad de ciencias agrarias...Hay que considerar que estos árboles se deben colocar al menos a 100 o 200 pies de distancia de tuberías y cámaras de inspección o sépticas (cfr. fs. 275).

Por último, en cuanto al avance de las raíces en el fundo vecino, explicó: "hay que considerar que estos árboles (los álamos) el principal efecto adverso que pueden provocar con raíces es afectar la cimentación de una pared y provocar la rotura por el efecto cuña, produciéndose fisuras y grietas...".

No paso por alto la impugnación formulada por el consorcio demandado, vinculada a que la experta se apoyó en las fotografías adunadas con la demanda, expresamente desconocidas al contestar el emplazamiento. Pero su argumentación no encuentra asidero, por cuanto estas imágenes eran la única constancia ilustrativa de la situación conflictiva, dado que al momento en que la experta concurrió a visitar los dos inmuebles (20 de septiembre de 2018), las reparaciones ya habían sido realizadas, pero los álamos también habían sido removidos por el consorcio (cfr. 274 vta.). Tampoco escapa a mi análisis que el informe realizado por la consultora técnica del consorcio también se apoyó en estas fotografías. Corresponde aquí poner de resalto que la Arq. C. E. P., después de constituirse en ambos fundos linderos y analizar sus características, concluyó: "Luego del análisis de la información recibida, puede concluirse que efectivamente hubo un ingreso de raíces de los álamos plantados por la unidad vecina al interior de la vivienda. Se trata de especies de rápido crecimiento que buscan la humedad del terreno, por lo que su expansión pudo ingresar a la vivienda afectada...". En el desarrollo de su informe, corroboró que esta especie de árboles desarrolla sus raíces en búsqueda de humedad, pero indicó que solo podía llegar a introducirse en las cañerías si tenían alguna fisura que generara su atracción (cfr. fs. 292).

Llegado a este punto, aclararé que la calidad del peritaje es de suma importancia, ya que en el informe que brinda el especialista, ya sea oral o escrito, el inicial o el definitivo, se basará la Autoridad Judicial como eventual elemento de prueba para considerar y dictar sentencia. Este estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Existen dos motivos para la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar. El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. Virginia Berlinerblau - Claudia Moscato, "Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración" en "La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales", ps. 44/45; Academia Judicial Internacional; LA LEY, 2006).

De este modo, en esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia adquiere singular trascendencia, de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser acepta-

dos por el Sentenciante salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (conf. esta Sala, voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro publicado en LA LEY, 1991-A, 358; Palacio - Alvarado Velloso, "Código Procesal..." tomo 8, 538/9 y sus citas; Morello-Sosa - Berizonce, "Códigos Procesales..." T. V-B, p. 455 y sus citas; Falcón, "Código Procesal...", p. 416 y sus citas, entre otros).

En definitiva, entiendo que la totalidad de las pruebas producidas corroboran la versión fáctica introducida en la demanda. La declaración de los cuatro testigos precitados y la informativa remitida por la Dirección General de Guardia de Auxilio y Emergencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires corroboraron la existencia de los daños denunciados en la demanda y la presencia de raíces en las cañerías de la vivienda, como así también la proximidad de los álamos a la medianera. A la par, la prueba pericial ilustró respecto de las características propias de crecimiento de estos árboles, señalando que los daños descriptos en la demanda resultaban concordantes con el posible avance de las raíces de los árboles. Resumidamente, no encuentro acertadas las objeciones por el apelante.

Aun en el hipotético caso de suponer que las cañerías existentes en la vivienda se hubiesen encontrado fisuradas, ello no se transforma en una causal de exoneración que permita al dueño de los árboles desprenderse del deber de responder por los daños causados por las raíces en la propiedad vecina.

De hecho, existe un dato que no es menor y que el accionado parece haber soslayado en su esfuerzo por rebatir la imputación de responsabilidad: los árboles de que se trata se encontraban muy próximos a la medianera. Así lo indicaron los testigos, que tuvieron oportunidad de declarar en la causa, y así se desprende de las fotografías acompañadas al informe técnico de su propia consultora técnica.

En consecuencia, siendo que las raíces de los álamos siempre buscan extenderse en distintas direcciones, debió haberse previsto una situación como la que acabó sucediendo. Sencillamente, si su intención era realizar un arreglo paisajístico en su patio, debió plantar los árboles en forma más lejana a la medianera, de modo tal de conjurar la posibilidad de que se entrometieran en la propiedad vecina.

Sobre el particular, más allá de que el Cód. Civil no resulte aplicable al supuesto, considero que la norma establecida en el art. 2628 del Cód. Civil es una pauta interpretativa que debe ser considerada. Durante su vigencia, disponía: "El propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino a distancia de tres metros de la línea divisoria con el vecino, o sea la propiedad de este predio rústico o urbano, esté o no cercado, o, aunque sean ambas heredades de bosques...". Al sancionarse el Cód. Civ. y Com. de la Nación, el legislador omitió fijar una limitación al dominio de esta índole, pero convalidó la pauta del art. 2629, en el nuevo art. 1982, al establecer: "El dueño de un inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble, el propietario puede cortarlas por sí mismo". Bajo esta disposición, el legislador le brindó al dueño del inmueble en el que penetran raíces de un árbol vecino, la posibilidad de ejercer "justicia por mano propia", autorizándolo directamente a cortar las raíces. Sin embargo, claro está, ello no importa entender que si en el avance de tales raíces se hubieren generado daños, quien plantó el árbol no sea responsable de su reparación.

En base a lo dicho, considero que la hipotética fisura de los caños de la demandada (cuestión alegada de manera liviana como una supuesta culpa de la víctima), no se traduce en una causal de exoneración que permita liberar de responsabilidad al dueño del objeto riesgoso introducido en el medio. Aquí cobra relevancia que el demandado no controvirtió el encuadre jurídico fijado por la sentenciante de grado (arts. 1757 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Por tanto, al no comprobarse ningún eximente, no existen razones para apartarse de la presunción objetiva de responsabilidad fijada por la norma. Ello importa, a mi criterio, confirmar la decisión de grado.

Aclaro que no me detendré en las alegaciones referentes a las posibles modificaciones irregulares o supuestamente clandestinas que se habrían realizado en la unidad de la accionante, puesto que —en este caso en particular— no revisten relevancia. En su caso, ello respondería a una falta administrativa que eventualmente debería ser analizada en un ámbito totalmente distinto a este pleito. Aunque se verificara dicha situación, y se comprobara que las modificaciones realizadas hubieran sido las que generaron la atracción de las raíces de los árboles, ello no importa autorización alguna para que el árbol dispuesto de manera tan próxima al fundo vecino pueda crecer hacia la propiedad de la accionante y generar distintos daños a su paso sin que su dueño sea responsable.

Tampoco resulta relevante determinar si las raíces de los álamos tienen capacidad para fracturar los caños o si la única forma en que pudieron haber ingresado es mediante una fisura preexistente. Es que, sea de una manera o de otra, lo que resulta dirimente para la imputación de responsabilidad es que las raíces hayan efectivamente avanzado hasta el fundo vecino, generando con su crecimiento los distintos daños evidenciados por los testigos, cuyo monto de reparación se fijó en la instancia de grado y no fue controvertido.

En resumen, me encuentro convencido de que la decisión adoptada en la instancia de grado resulta acertada, por lo que propondré al acuerdo su confirmación.

VI. Fijado lo anterior, avanzaré a dar respuesta a las quejas de la actora. En este sentido, del desarrollo de su expresión de agravios solo surge una única objeción vinculada a la partida reconocida en la instancia de grado por daño moral. Al respecto, advierto que los escasos ocho párrafos dedicados al punto solo se limitan a citar brevemente la prueba producida en autos y a ilustrar respecto de las fuentes jurisprudenciales que receptan la procedencia de la partida, para luego solicitar que "se aumente el quantum indemnizatorio correspondiente al rubro daño moral otorgado por la sentenciante". Ello, sin dedicar un solo párrafo a precisar por qué resultaría desacertado el monto reconocido a su favor.

En el particular, la partida ya había sido estimada en la instancia de grado, por lo cual no resultaba necesario realizar mayores argumentaciones relacionadas con la procedencia del rubro. Si su intención era que en esta Alzada reconociera a su favor un monto superior, debía efectuar la crítica concreta y razonada que impone el art. 265 del Código Procesal, a efectos de enunciar por qué el temperamento adoptado por la anterior sentenciante a la hora de enjugar la partida resultaría desacertado.

Luego, dado que la apelante no recorrió tal camino, considero que corresponde aplicar la sanción dispuesta en el art. 266 del citado Código y declarar desierto su recurso.

VII. En cuanto a las costas de alzada, atento el resultado obtenido y la importancia económica de las pretensiones, deberían imponerse en un ochenta por ciento (80 %) a cargo del consorcio vencido, debiendo la actora soportar el veinte por ciento (20 %) restante (art. 68 y 71 del Código Procesal).

VIII. En consecuencia, si mi opinión resulta compartida, debe confirmarse el pronunciamiento en crisis en todo lo que decide y fue objeto de agravios.

Las costas de Alzada deberían imponerse en un ochenta por ciento (80 %) a cargo del consorcio demandado, debiendo la actora soportar el veinte por ciento (20 %) restante.

El doctor *Picasso* votó en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Li Rosi.*

La vocalía N° 2 no interviene por hallarse vacante.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: Confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue objeto de agravios. Las costas de alzada se imponen en un ochenta por ciento (80 %) a cargo del consorcio vencidos, debiendo la actora soportar el veinte por ciento (20 %) restante (art. 68 y 71 del Código Procesal). Atento lo decidido precedentemente corresponde entender en los recursos de honorarios fijados en la anterior instancia. Ello así, valorando la extensión e importancia de los trabajos realizados en autos por los profesionales intervinientes, monto comprometido, etapas cumplidas y lo establecido por los artículos 1, 3, 16, 19, 20, 21, 22, 29 y 59 de la ley arancelaria, corresponde modificar la regulación de honorarios y fijar los emolumentos del Dr. D. M. B., que a la fecha de esta resolución equivalen a ... UMA pesos ... ($ ...). Asimismo, se confirma la regulación de honorarios a favor del Dr. G. C., de la Dra. L. D. por el alcance del recurso, del Dr. N. H. C., de la perito S. G. L. y de la mediadora L. O. M. Finalmente, por su labor en la alzada que diera lugar a la presente sentencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley 27.423, se fijan los honorarios del Dr. D. M. B. en ... UMA pesos ... ($ ...) y de la Dra. L. D. en ... UMA pesos ... ($ ...). Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/2011, 38/2013 y concordantes de la CSJN, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. — *Ricardo Li Rosi.* — *Sebastián Picasso.*

LESIONES EN EL INTERIOR DE UN SUPERMERCADO

Consumidor o usuario. Destinatario final. Persona humana o jurídica. Cliente de supermercado. Usuario. Daño psíquico. Cuantificacion del daño. Procedencia de los gastos de farmacia.

1. — La persona humana o jurídica que no actúe con la finalidad manifiesta de adquirir bienes o servicios para obtener una ganancia mediante su posterior enajenación, o emplearlos en un proceso de producción o comercialización de bienes o servicios destinados al mercado, ha de ser considerada consumidor o "destina-

tario final", sea cual fuere el destino posterior que les dé, en tanto no los utilice con el fin de su comercialización cada vez que adquiera un bien o servicio.

2. — La persona que transita dentro de las instalaciones de un supermercado es un usuario involucrado en una típica relación de consumo, por tanto, resultan aplicables en el caso las disposiciones de la citada ley 24.240, reformada por la 26.361.

3. — La lesión de la psiquis y en el cuerpo no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente, toda vez que en ambos casos se trata de lesiones que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente mensurables, lo que en definitiva constituye el daño resarcible.

4. — La aplicación obligatoria y en términos absolutos de fórmulas matemáticas como pauta orientativa a los fines de la cuantificación del daño, lleva ínsito el riesgo de desoír el mandato que impone el art. 2° del Cód. Civ. y Com. cuando exige interpretar la ley teniendo en cuenta los principios y valores jurídicos y de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico, y afectar el principio de la reparación plena —arts. 1740 del Cód. Civ. y Com., arts. 16, 17, 19 y 33 de la Constitución Nacional—.

5. — El hecho de que la víctima sea afiliada a una obra social, no es razón para rechazar o limitar la reparación por gastos farmacéuticos, toda vez que es de público conocimiento que ellas no cubren la totalidad de los servicios y que a lo sumo se logra un descuento, pero no la gratuidad en la compra de remedios.

CNCiv., sala I, 29/12/2020. - Soto, Angélica c. Inc. SA y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/68064/2020]

Expte. N° 53.095/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 29 de 2020.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Rodríguez* dijo:

I. La sentencia dictada en esta causa hizo lugar a la demanda entablada por Angélica Soto, contra "INC. SA" y la citada en garantía "Compañía de Seguros HDI Seguros SA" —en la medida del seguro—, por la suma de $268.000 con más sus intereses y costas del proceso.

Contra dicha sentencia apelaron todos los intervinientes, quienes expresaron sus agravios en formato digital en el sistema Lex 100.

II. Responsabilidad de INC. SA:

En lo que hace a la normativa aplicable, autorizada doctrina ha señalado que los hechos cumplidos están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron y, a su vez, que el nuevo ordenamiento no se proyecta atrás ni altera el alcance jurídico de las situaciones y consecuencias de los hechos y actos realizados y agotados en un momento bajo un determinado dispositivo legal. Respecto a las normas del derecho del consumo, la regla se invierte puesto que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le son aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata. No dispone la aplicación retroactiva de la ley sino su implementación inmediata a los contratos en curso de ejecución (Kemelmajer de Carlucci, Aída; La aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, ps. 30/31, y 60/61).

Cabe resaltar que el art. 3° de la ley 24.240, reformada por la ley 26.361, define a la relación de consumo como "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario". Las partes de este vínculo jurídico son las que como "consumidor o usuario" se definen en el art. 1°, y como "proveedor", en el art. 2°.

Como es dable observar, la relación de consumo se edifica a partir de una concepción bipolar que contrapone a la figura del consumidor o usuario, la del proveedor, que comprende a toda persona humana (art. 19 Cód. Civ. y Com. de la Nación) o jurídica (art. 141 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), de naturaleza pública o privada, que cumpla con alguna de las actividades que menciona, u otras de similar significación, de manera profesional, aun ocasionalmente.

Adviértase que la ley no expresa "haciendo de ella su profesión", sino de "manera profesional", lo cual significa que una persona reviste esta condición cuando ejerce una actividad con relevante capacidad y aplicación para lograr óptimos resultados. Esta actividad puede desempeñarse como profesión habitual del sujeto u ocasionalmente (conf. Farina, Juan M.: "Defensa del consumidor y del usuario", p. 84).

Consumidor o usuario, en los términos de la referida Ley, que habla de "destinatario final" para referirse a esas categorías, es el sujeto de derecho que adquiere bienes o servicios sin intención de obtener una ganancia mediante su posterior enajenación, ni de emplearlos en un proceso de producción o comercialización de bienes o servicios destinados al mercado. La persona física o jurídica que no actúe con esta finalidad manifiesta ha de ser considerada consumidor o "destinatario final", sea cual fuere el destino posterior que les dé, en tanto no se los utilice con el fin de su comercialización cada vez que adquiera un bien o servicio.

En definitiva, el "consumo final", alude a una transacción que se da fuera del marco de la actividad profesional de la persona, ya que no va a involucrar el bien o servicio adquirido en otra actividad con fines de lucro, o en otro proceso productivo (ver Picasso-Vázquez Ferreyra: p. 30).

La persona que transita dentro de las instalaciones de un supermercado, es un usuario involucrado en una típica relación de consumo. Así, la propia Constitución Nacional, en su artículo 42, adopta la expresión "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios.

El que se moviliza dentro de un negocio de esa índole es, en definitiva, un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; y la entidad es un típico proveedor de servicios: al consumidor o usuario le son aplicables los principios "in dubio pro consumidor", el deber de información, de seguridad y demás pautas de la Constitución Nacional y de los arts. 5, 6, y 40 de la ley 24.240 (ver: Álvarez Larrondo, Federico M., "Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361", LA LEY, 2008-D).

Por tanto, resultan aplicables en el caso las disposiciones de la citada ley 24.240, reformada por la 26.361, que deben ser integradas en particular con los normas del Cód. Civil de Vélez, vigente cuando ocurrieron los hechos, y con las del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en materia de consumidores, en los términos y con los alcances del art. 7°, última parte, del novel ordenamiento, según cuál sea la disposición que más favorezca al consumidor, principio cardinal enunciado al comienzo, que constituye el verdadero pilar en derredor del cual debe girar la interpretación de todos estos ordenamientos.

Resulta oportuno precisar que el mencionado art. 5 de dicha ley prescribe: "Las cosas o los servicios deben ser suministrados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

Explicado ello, cabe recordar que esa obligación de seguridad que en cumplimiento del ya referido mandato constitucional (art. 42) recepta la Ley de Defensa del Consumidor, desborda aquí su tradicional campo de acción, escapando a la rigidez del contrato e ingresando en la noción más amplia y flexible de la relación de consumo.

En cuanto a su contenido, la obligación de seguridad importa una garantía de inocuidad lo cual supone que el producto o el servicio no generen daños en condiciones de utilización normales o razonablemente previsibles. Por tanto, no toda carencia podrá considerarse defecto de seguridad; lo será cuando el producto o servicio resulte dañoso en condiciones normales o razonables de uso o cuando el consumidor carezca de la posibilidad de prever los riesgos por ausencia de información suficiente (Picasso-Vásquez Ferreyra: "Ley de defensa del consumidor", T. I, ps. 88/9).

Las normas constitucionales y legales involucradas, en suma, ponen en cabeza del proveedor —en el caso el supermercadista— una obligación de "seguridad-resultado", como consecuencia de lo cual cualquier daño sufrido por el consumidor en el ámbito de esa relación jurídica compromete la responsabilidad objetiva del proveedor.

Así las cosas, quien suministra productos y servicios, en definitiva, debe velar por el desenvolvimiento regular de la circulación en los corredores del supermercado, lo que no es una obligación accesoria, extraña a la empresa, sino propia de la índole del servicio. El deber de custodia es lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños, el control ininterrumpido de los mecanismos, y toda otra medida que dentro del deber de custodia pueda caber a los efectos de resguardar la seguridad, la estructura y fluidez de la circulación.

Luego de la reforma introducida a la ley de defensa del consumidor por la ley 24.999, que reincorporó el vetado art. 40, es menester preguntarse acerca de la vinculación existente entre este y el mencionado art. 5°. Se ha dicho que este último está dirigido a preservar la vida, la salud y la integridad física de los individuos, imponiendo a los proveedores la obligación de suministrar cosas y servicios inocuos para la salud e

integridad física de los consumidores; mientras que el art. 40 consagra la responsabilidad de todos los integrantes de la cadena de comercialización por los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa o prestación del servicio. Se trata de nociones que guardan una fuerte interrelación en tanto es evidente que el art. 5° constituye uno de los fundamentos de la responsabilidad consagrada en el art. 40, siendo ambas regulaciones concreciones de las exigencias de seguridad impuestas por la Constitución Nacional en el ámbito de las relaciones de consumo (Picasso-Vázquez Ferreyra: "Ley de defensa del consumidor", T. I, ps. 92/3).

El riesgo o vicio involucran dos conceptos distintos, ya que el primer término responde a la eventualidad posible de que una cosa llegue causar un daño (CSJN, 09/11/1991: "O Mill, Alam c. Prov. Del Neuquén", JA, 1992-II-153 y Fallos: 314:1512). Se refiere al perjuicio derivado del empleo de una cosa que por su naturaleza, estado o modo de conservación engendra peligros para terceros (ver Pizarro, Ramón Daniel: "Responsabilidad civil por el riesgo creado y la empresa", p. 73 y sigtes.). En tanto que el vicio alude al defecto de fabricación o funcionamiento que hace a la cosa impropia para su destino normal (conf. Belluscio-Zannoni: "Código Civil, Comentado, Anotado y Concordado", T. 5, p. 459).

Doctrinariamente, se discute si una cosa inerte puede ser generadora de riesgo. Borda, ejemplifica con un supuesto como el que se analiza, una escalera que es inerte y normalmente no peligrosa, puede excepcionalmente tener un peligro estático si sus escalones fuesen resbalosos o se hallasen en mal estado de conservación. Lo mismo puede decirse de la calzada o de la vereda (conf. Bustamante Alsina, J. "Teoría general de la responsabilidad civil", 9ª edic. ampliada y actualizada, ps. 414/5 J 1123/003297). La opinión mayoritaria sostiene que el carácter inerte de la cosa no es un elemento que habrá de excluir su carácter riesgoso, pues el análisis de dicha condición no pasa por la determinación de si la misma se presenta inerte o, por el contrario, en actividad, sino que, más bien, es la conclusión, a partir del estudio de las características de la cosa, respecto de si "ofrecía un riesgo especial, intrínseco, anormal o extraordinario" (Zavala de González M.: "Responsabilidad por riesgo. El nuevo art. 1113", ed. Hammurabi, p. 42).

Se ha dicho, en concordancia con lo ya señalado, que la calificación de riesgosa que puede corresponder a una cosa, no depende únicamente de su peligrosidad intrínseca, sino también de su aptitud potencial para producir el daño, de donde, además de aquellas que podrían considerarse como riesgosas en sí misma, por cuanto es factible que, por su dinámica, escapen al dominio del hombre, existen algunas que, por su sencillez o estado inerte carecen naturalmente de esa virtualidad, pero en conjunción con otras, o en determinadas circunstancias, resultan aptas para producir daños (conf. CNC, Sala L, "Rojas González c. Telefónica de Argentina SA, 11/10/1996; CNC, Sala J; "Izaguirre, Juan D. c. Mastellone Hermanos SA s/ daños y perjuicios" del 30/10/1997; esta Sala, Expte. N° 112.009/01; íd., íd., autos "S., J., H. c. K., W. s/ daños y perjuicios). Por ello, el concepto debe ser ponderado en cada caso, teniendo en cuenta el papel que el objeto adoptó en el supuesto en particular (Bueres, Alberto J.: "Código Civil y Comercial de la Nación", T. 3-F, p. 605, con cita de Garrido-Andorno: "El art. 1113 del Código Civil; Comentado y anotado, Hamurabi, Buenos Aires, 1983, p. 305).

En cuanto a los agravios, en primer lugar, y por una cuestión de orden metodológico, habré de referirme a los de la demandada en lo tocante a la atribución de responsabilidad. Dicha parte, considera errónea la interpretación de la prueba colectada. Sostiene que su parte ha negado la existencia del accidente invocado, y que el material probatorio existente es escaso y casi nulo. Así, refiere que el sentenciante se limitó a valorar la declaración de R. E. D. —testigo único—, cuyo relato no alcanza para la acreditación de los extremos invocados en el escrito de inicio.

En principio cabe hacer hincapié en que si bien la demandada y citada en garantía refieren haber negado el hecho en estudio, a fs. 186, mencionan que: "el día 16 de marzo de 2015 la actora fue hallada caída en el establecimiento mencionado en la demanda; que fue socorrida por personal de su parte, quien requirió el auxilio médico contratado y que la reclamante fue atendida por la Dra. Graciela Serino de Ayuda Médica, pero se retiró por sus propios medios; niegan la mecánica del accidente relatada por la accionante, las consecuencias dañosas del evento que ella afirma y el incumplimiento del deber de seguridad que atribuye".

Con lo expuesto, no caben dudas que la actora el día 16 de marzo de 2015, entre las 8:15 y 8:30 horas aproximadamente, se encontraba en el Supermercado Carrefour, explotado por la demandada - arts. 163 inc. 5, 386 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En cuanto a la mecánica del accidente, a fs. 355/356 el testigo R. E. D. refirió —bajo juramento de decir verdad—: "...que conoce a la accionante por ser vecina de su madre e informó circunstanciadamente que dos años antes del testimonio que brinda, a fines de febrero o principios de marzo, cuando entró a comprar junto con su esposa al negocio Carrefour de José León Suárez se encontró con Don Carlos, el marido de la aquí reclamante, quien en estado de angustia le comentó que Angélica se cayó, señalándole el lugar en

que ocurrió el hecho y donde había unos pallets de reposición y unos nylon en el piso y aquel le informó que Nucha (Angélica Soto) patinó y se golpeó la pierna. Que le preguntó a Don Carlos y a la supervisora si habían pedido una ambulancia, a lo que le respondieron que sí, que estaba viniendo".

Continuó su relato diciendo que: "...Cuando llegó la ambulancia, después de treinta o cuarenta minutos —continúa relatando el testigo—, la médica que revisó a la actora les dijo que era posible que tuviera una quebradura en la rodilla golpeada, porque estaba inflamada. Ante lo cual la paciente le pidió que la llevara en la ambulancia a la clínica de la que es socia, contestándole la médica que no podría evadir el protocolo y que debía trasladarla a la clínica de la empresa de emergencias a cual la profesional pertenecía y que quedaba a cuanto kilómetros aproximadamente. Al preguntarle la actora por qué iba a hacer cinco kilómetros si a diez cuadras estaba el Hospital de Boulogne, le respondió la profesional que no podía cambiar de jurisdicción y que lo único que podía hacer era llevarla a otro lado. Ante ello, para agilizar el trámite el testigo asciende a su automóvil particular a la Sra. Soto y la lleva al Hospital de Boulogne, donde les comunicaron que no había traumatólogo y que no funcionaba la máquina de Rayos X, indicándoles que fueran al Hospital de San Isidro."

También dijo que "...van a ese nosocomio e ingresan a la actora en una silla de ruedas; se hace cargo un camillero y el testigo espera afuera del hospital. Luego de una hora u hora y media, regresa la esposa del declarante, que se había quedado adentro con la demandante y sus familiares y le dice que Angélica efectivamente estaba fracturada y que una vez que le dieran el alta, una ambulancia la iba a trasladar a su domicilio". Por último, mencionó que visitó a la actora en su hogar y vio que estaba enyesada.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 456 del Código Procesal la apreciación de la prueba testimonial se encuentra subordinada a las reglas de la sana crítica, lo que por otra parte no constituye sino una aplicación puntual del principio general que sienta el art. 386 del ordenamiento adjetivo. La doctrina y la jurisprudencia, por su parte, han enunciado diversas directivas cuya observancia facilita una adecuada valoración de las declaraciones y permite, por ende, el enjuiciamiento más exacto posible acerca de su credibilidad y eficacia, teniendo en cuenta las circunstancias personales del testigo, la naturaleza de los hechos sobre los cuales declara, la razón de ciencia enunciada como fundamento de su declaración, y la concordancia de sus respuestas (Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, T. IV, ps. 650/651; sala A, L 361.186, del 16/04/2003, voto del Dr. Molteni; ídem, 27/12/2012, "W., E. B. c. Metrovías SA s/ daños y perjuicios", L. N° 608.775).

Yendo más específicamente al supuesto sometido a revisión, vale primero aclarar que la máxima *testis unus testis nullus* que posee una larga tradición histórica, ya que fue consagrada en el Deuteronomio, no tiene cabida en nuestro derecho. Empero, por tratarse de una sola declaración ella debe ser apreciada con mayor rigor, dada la imposibilidad de cotejar la coherencia de sus manifestaciones con otros testimonios.

En el caso, lo dicho por el deponente encuentra sustento con la constancia de fs. 208/210, brindada por el Hospital Central de San Isidro, mediante la cual se adjunta copia certificada del folio 473 del libro de traumatología (fs. 210), de donde se desprende que Angélica Soto, de 76 años de edad, fue atendida el día 16/03/2015, se le realizaron estudios Rx de rodilla izquierda que informaron fractura de rótula; fue enyesada y se le prescribieron analgésicos y reposo. Es por ello, que en la sumatoria del material probatorio existente en autos, el valor del testimonio debe ser aceptado, pues permite tener por acreditado el accidente de la actora dentro del supermercado explotado por la demandada.

A mayor abundamiento, es oportuno recordar que, el artículo 53 de la Ley 24.240 dispone: "Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio", cuya carga no fue asumida por las apelantes.

Asimismo, conforme el régimen jurídico aplicable al caso, a diferencia de lo que postula la apelante, acreditado el daño en el ámbito de la relación de consumo, es suficiente para presumir la responsabilidad del proveedor que es de corte objetivo, al margen de que el testigo brindó otros detalles de relieve, que guardan armonía con los antecedentes médicos y restantes vestigios probatorios colectados en la causa, para develar de manera más precisa la forma de ocurrencia del accidente y respaldar la versión de la actora, no desvirtuada por otros elementos de juicio idóneos o confiables.

En base a los fundamentos precedentes, coincido plenamente con el resultado de la valoración de la prueba a la que arriba la colega de la instancia de grado, que no fue conmovida o desvirtuada por las razones esgrimidas en los agravios, que, por lo señalado, no pueden tener favorable recepción.

III. Resuelta de tal manera la cuestión atinente a la responsabilidad, me detendré a examinar los rubros

que integran el reclamo. No sin antes señalar que la obligación de resarcir es una relación jurídica que se establece entre la víctima y el responsable, en razón de la ley, cuando se reúnen los requisitos y presupuestos de hechos necesarios para que ella se configure. Uno de los presupuestos básicos es el daño (material o moral), sin el cual, la obligación de resarcir no nace. No es la consecuencia sino la causa constitutiva de la relación (ver Kemelmajer de Carlucci, Aída: "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", p. 101).

Por tanto, en la medida que los daños, y por ello los distintos capítulos que componen la indemnización solicitada, no constituyen una consecuencia de la relación jurídica, sino que la integran a partir de su origen, que queda fijada en su dimensión desde esa misma oportunidad, considero que no resulta de aplicación el nuevo código a ninguno de esos aspectos, más que como una valiosa pauta interpretativa. Ello, no obstante señalar que se trata de una cuestión más bien de corte académico, puesto que las soluciones a las que se arriba de aplicar uno u otro ordenamiento en un caso como el sometido a revisión son similares.

a) Daño físico, daño psíquico —incapacidad sobreviniente— y tratamientos:

En la sentencia apelada, fueron tratados en forma conjunta los reclamos efectuados en concepto de incapacidad sobreviniente, tratamiento psíquico y kinésico. Si bien no comparto este temperamento, dado que no median agravios sobre el punto, corresponde abordar en este acápite de igual forma.

Ante todo, es preciso recordar que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral. (Conf. CNCiv., Sala H, en autos "Boroni, José J. R. y otros c. González, Mariano E. y otros s/ daños y perjuicios").

La lesión de la psiquis y en el cuerpo, entonces, no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente. Se trata, en ambos casos, de lesiones —causadas en la estructura psíquica o el cuerpo de la víctima— que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente mensurables. Es esta merma, que resulta en una disminución patrimonial (un lucro cesante), lo que en definitiva constituye el daño resarcible.

En sentido concorde, se ha dicho que las consecuencias de la incapacidad física y las de la lesión psíquica deben ser valorados en forma conjunta, porque los porcentajes de incapacidad padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos ya que, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (Conf. CNCiv., Sala H, en autos "Boroni, José J. R. y otros c. González, Mariano E. y otros s/ daños y perjuicios", entre muchos otros, 18/02/2014, "G., J. M. c. L. P., N. y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 37.586/2008; ídem, 22/10/2013, "C., C. M. c. Sanatorio del Valle y otros s/ daños y perjuicios", L. N° 589.623; ídem, 12/03/2013, "H., R. A. c. Empresa Ciudad de San Fernando y otros s/ daños y perjuicios", L. N° 610.399; ídem, 19/06/2012, "G., J. c. Transporte Escalada SAT y otro s/ daños y perjuicios", L. N° 598.408; ídem, 23/02/2012, "G., V. Y. c. M., P. y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY, 18/06/2012, 9).

Sentado ello, la incapacidad sobreviniente puede ser aprehendida en un doble aspecto, en tanto lesión a la persona, la incapacidad se percibe ante todo desde una perspectiva intrínseca: como menoscabo a la integridad psicofísica del sujeto, que con mayor o menor alcance lo invalida en realizaciones existenciales o productivas. En este último sentido desde un punto de vista genérico, puede ser definida como inhabilidad o impedimento, o bien dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales. (Zabala de González Matilde: "Tratado de Daños a las Personas - Disminuciones Psicofísicas", Tomo II, p. 1). Se toman en cuenta de modo predominante las condiciones personales de la víctima y para que exista es necesario que se verifique luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencias, y cuando no se ha logrado su total restablecimiento.

Más específicamente, se entiende por lesión toda alteración de la contextura física o corporal, como una contusión, escoriación, herida, mutilación, fractura, entre otros ejemplos, y todo detrimento del organismo, sea por un empeoramiento del desempeño de

la función o un desempeño más gravoso, y cualquier perjuicio en el aspecto físico de la salud, aunque no medien alteraciones corporales, en suma, cuando se habla de daño físico, se alude a la pérdida anatómica y a la afectación funcional, extremos que pueden darse de manera conjunta o independiente.

En tanto que por daño psicológico se entiende los disturbios que afectan el comportamiento general del individuo, con connotaciones de índole patológica que disminuyen sus aptitudes para el trabajo o inciden en la vida de relación. Importa una merma o disminución en el rendimiento o capacidad psíquica, por alteración profunda de la estructura vital de la personalidad de la víctima.

Supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava un desequilibrio precedente (Zabala de González M.: "Daños a la Persona", p.193, Hammurabi SRL, 1990).

Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista "naturalístico" (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, N° 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima.

Este último aspecto no puede subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral, al que hoy el código menciona como consecuencias no patrimoniales —artículo 1741— (Conf. CNCiv., Sala H, en autos "Boroni, José J. R. y otros c. González, Mariano E. y otros s/ daños y perjuicios").

En consecuencia, el análisis a efectuar en el presente acápite debe circunscribirse a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa, de que la integridad psicofísica no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., T. 4, p. 305).

A fs. 208/211 obra la constancia de la atención que recibió la accionante en el Hospital Central de San Isidro, habiéndosele realizado al ingreso estudios de Rx de rodilla izquierda, y donde además se informó sobre fractura de rótula, y que la actora fue tratada con yeso y analgésicos.

También, debe hacerse mención al certificado obrante en copia a fs. 171 —cuya autenticidad fuera reconocida a fs. 169 y que no impugnaron las accionadas—, que da cuenta que la actora realizó 10 sesiones de FVT (kinesiología) de rodilla izquierda por gonalgia. En tanto que a fs. 157/160 informa el Sanatorio de la UOM que la accionante, al día 03/04/2015 presentaba antecedente de trauma con fecha 16/03/2015 con diagnóstico de fractura de rótula izquierda y yeso bien tolerado, que se le indicó retirar el 27/04/2015 (conf. fs. 158 vta.).

A fs. 358/361 la perito médica designada de oficio, Dra. Patricia Loianno, realizó su informe pericial, donde señaló que: "se evidencia un aumento de tamaño de la rodilla izquierda en relación a la contra lateral (derecha 36 cm., izquierda 37,5 cm., diferencias en la motilidad activa y pasiva de ambas rodillas, evaluada mediante la técnica de goniometría, siendo en la izquierda flexión 0° a 100° y extensión 0° a 0°."

Refiere la experta, en base a los antecedentes que detalla, que "la actora presentó una fractura de rótula y explica que, en términos generales de la ciencia médica, esta fractura obedece a un traumatismo directo en la parte anterior de la rodilla, o a un traumatismo indirecto por la intensa tracción ejercida por el cuádriceps, que la fractura; frecuentemente el mecanismo es mixto, indirecto e indirecto."

La perito indicó, además que por las alteraciones en la motilidad de rodilla, la accionante presenta una incapacidad parcial y permanente del 7%, calculada teniendo en vista la tabla de incapacidades del Decreto 1290/1994 (Norma para la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez), el Decreto 659/1996, Decreto 49/2014 y el Baremo para el Fuero Civil de los Dres. Altube-Rinaldi.

Señaló la experta que dado el tiempo transcurrido desde el evento dañoso hasta la fecha (el informe pericial fue presentado el 28/08/2017), el tratamiento propuesto es la kinesiología en series de 12 sesiones cada una a repetir dos veces por año, a los fines de mantener la motilidad alcanzada y como tratamiento de analgesia.

Sobre el referido informe, a fs. 363/vta. la parte actora requirió que la perito explique si la lesión que informa produce dolores y de qué intensidad, y que si con la lesión sufrida puede seguir realizando la actividad recreativa que refiere (baile folklórico). En tanto que la parte demandada y su aseguradora, a fs. 388/vta. impugnaron el dictamen y solicitaron que experta

aclare cuál es la movilidad activa y pasiva y gradúe la incapacidad de acuerdo a esta última.

A fs. 369 la perito médica, respondió al referido requerimiento, informando que la accionante refiere dolores en momentos de esfuerzo o sobrecarga de la articulación, no pudiendo la especialista inferir la intensidad en cada uno de ellos y agrega que no hay agravamiento de las lesiones, ya que estas se encuentran consolidadas, siendo que el aumento de los dolores articulares a la edad de la actora tienen multicausalidad fundamentalmente por la presencia de artrosis y osteoporosis. Agregó, a ello que la demandante utiliza bastón, por lo que es lógico que todas las actividades las practique con esa ayuda a los fines de mantener una adecuada deambulación y equilibrio.

En cuanto al planteo efectuado por las accionadas, a fs. 400 la experta se remitió a su informe pericial al decir "habiendo evaluado la motilidad y activa y la pasiva, al no haber encontrado diferencias entre ambas informó el valor hallado, el que ratifica, así como las conclusiones y el porcentaje de incapacidad sugerido.".

En el aspecto psíquico, a fs. 314/320 se encuentra glosada la experticia realizada por la Lic. Ana Inés Lo Presti, quien luego de haber entrevistado a la demandante informó que: "atraviesa de acuerdo al DSMIV —Manual de Trastornos Mentales— un cuadro psicopatológico de Estrés Post-Traumático. Ha sido víctima de un acontecimiento traumático que amenazó su integridad física y psíquica... experimenta temores al no poder transitar sola en la vía pública, por lo cual debe ser acompañada. Padece trastornos del sueño, pues revive recurrentemente lo acontecido, por lo que debe ser medicada con Clonazepan para descansar."

Agregó la licenciada que "estos indicadores tienen nexo causal con el accidente vivenciado por la actora. Además este actuó como un factor desestructurante psíquico, sobre todo teniendo en cuenta que ella es una persona de edad avanzada y de escasos recursos intelectuales. Esto le causó cambios y perjuicios en su vida cotidiana y de relación."

Señaló que la actora tiene una estructura de base psíquica histerio de con presencia de rasgos fóbicos y obsesivos.

Por lo expuesto, concluyó en que la accionante padece una discapacidad evaluable en un rango del 5%, tomando como eje de diagnóstico el baremo neuropsiquiátrico para valorar incapacidades neurológicas y daño psíquico de los Dres. Mariano Castex y Daniel Silva en el marco de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

Por último, indicó que los trastornos psicológicos son susceptibles de mejoría con la realización de tratamientos psicoterapéuticos y sugiere para la examinada la realización de una terapia de aproximadamente cinco meses, una vez por semana, a fin de elaborar el trauma y los perjuicios ocasionados, derivados del accidente.

En resumen, de las aclaraciones requeridas a fs. 327/vta. por la parte actora y de la impugnación y pedido de aclaraciones realizados a fs. 340/341 por la parte demandada y su aseguradora, a fs. 343/344, la experta ratificó lo expuesto a fs. 343/344 al decir que "la actora padece de un cuadro de Estrés post-traumático. En tanto que en respuesta al planteo efectuado por las encartadas, sostiene y ratifica la experta a fs. 414/415 que la personalidad histeroide con rasgos obsesivos y fóbicos de la actora, no es incapacitante por sí misma y si bien estas características son preexistentes al suceso de autos, el mismo tuvo un efecto desestructurante en la salud psíquica de ella, provocando un trauma. Toda esta tensión psíquica es concausal con el acontecimiento de su caída".

Asimismo, reiteró que el tratamiento psicoterapéutico indicado tiene como finalidad restablecer la homeostásis de su aparato psíquico y poder elaborar el trauma.

Con arreglo a las pautas del art. 477 del Código Procesal, concuerdo en suma con el resultado de la valoración de los informes periciales y sus contestaciones a los pedidos de explicaciones y/o impugnaciones, al que se arriba en la sentencia apelada, bien sustentado en fundamentos que no han sido eficazmente rebatidos, ni antes, en lo pertinente, con las impugnaciones, ni ahora en las quejas.

En lo que hace a la cuantía, desde hace tiempo, y con su anterior composición, esta Sala acude como pauta orientativa a criterios matemáticos para su determinación, si bien tomando los valores que arrojan esos cálculos finales como indicativos, sin resignar las facultades que asisten al órgano judicial para de adecuarlos a las circunstancias y condiciones personales del damnificado, de modo de arribar a una solución que concilie lo mejor posible los intereses en juego. Criterios semejantes, aunque resistidos por muchos, distan de ser novedosos (cfr. Iribarne, Héctor en "Derecho de Daños", primera parte, Directores Trigo Represas, Stiglitz, Ed. La Roca, Bs. As, 1996, p. 191 y ss.).

En muchos precedentes que se reiteran han descartado diversos mecanismos y en esa línea se ha precisado que "...la determinación del daño impone evaluar las circunstancias personales de la víctima, cuáles eran sus concretas condiciones precedentes al hecho dañoso, el grado de desarrollo de sus dones

o habilidades, sus efectivas actividades, los requerimientos familiares, etc. De lo contrario solo podrá tenerse por probado una suerte de incapacidad existencial genérica que por lógica prescindirá de esas condiciones personales de la víctima. También hemos resuelto que debían ponderarse los ingresos que la víctima obtenía y que frente a la ausencia de una prueba concreta acerca de su monto, se considera útil tomar como pauta de referencia los valores que compone el salario mínimo vital y móvil (Expte. 55.244/2011 del 2 de julio de 2015, 101.411/2010 del 2 de junio del 2015, entre otros)".

Este temperamento resulta compatible con las directrices sobre las que se asienta la nueva normativa en la materia (arts. 1745, 1746) a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación se orientan en tal sentido, ya que introducen en realidad una fórmula de matemática financiera (Alterini, Jorge Horacio, "Código Civil y Comercial..., T. VIII, p. 278 y ss., Ed. LA LEY). En razón de ello esta Sala viene considerando desde hace ya tiempo que parece útil —en sintonía con esos nuevos postulados— explicitar las bases objetivas y variables en juego que se toman en cuenta para arribar a los montos indemnizatorios. Ello aún cuando esa nueva normativa no sea —reitero— aplicable en virtud de lo dispuesto por el art. 7 del mencionado código; es que explicitar el temperamento para su determinación sin duda contribuye a la transparencia en la medida en que obliga al magistrado a exponer y permite a las partes controlar el desarrollo que precede a la determinación en concreto de la indemnización, ya que al expresar cada una de las variables a tener en cuenta— ingresos, tasa de descuento, período de la vida a computar— "obliga a expresar de un modo transparente (y por exigencias generales de fundamentación, justificado) qué valor se entiende acreditado o aplicable al caso (Garrido Cordobea, Borda, Alferillo, en "Código Civil y Comercial...", T. 2, p. 1072 y ss.; Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015" y entre otros CNCiv. esta Sala, "Peloche Velazco, Miguel H. c. Hidalgo, Claudio A. y otros s/ daños y perjuicios" voto del a Dra. Guisado del 28/03/2018)".

Aunque acepto la destacada utilidad que el empleo de fórmulas matemáticas ofrece como pauta comparativa u orientativa a los fines de la cuantificación del daño, considero que una aplicación obligatoria y en términos absolutos de esos esquemas matemáticos, se manifiestan insuficientes para dar respuestas razonables y justas en todos los supuestos, y ello de rondón lleva ínsito el riesgo de desoír el mandato que impone el art. 2 del Título Preliminar, del Cód. Civ. y Com. de la Nación —utilizable como pauta interpretativa—, cuando exige interpretar la ley teniendo en cuenta los principios y valores jurídicos y de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. También, por defecto o por exceso, de afectar el principio de la reparación plena que impacta a nivel constitucional y se enmarca en el proceso de constitucionalización del derecho civil patrimonial y de los derechos humanos fundamentales (arts. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, arts. 16, 17, 19 y 33 de la Constitución Nacional).

La realidad vital asume en diversos supuestos variantes y peculiaridades, difíciles de subsumir en un cálculo o fórmula matemática, en los términos absolutos con que lo propone algún sector de la doctrina —al menos con las variables y constantes con que han sido alimentadas hasta ahora las más difundidas—, y que por ello muchas veces demanda de una suerte de análisis artesanal del caso, con sujeción al material probatorio reunido en el expediente.

En consecuencia, el análisis a efectuar en el presente acápite debe circunscribirse a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa, de que la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., T. 4, p. 305).

Con estas precisiones, que no resultan incompatibles con la solución que viene aplicando este Tribunal en el tema, entiendo que, en el caso concreto, la aplicación de la fórmula arroja un monto irrazonable, motivo por el cual seguidamente paso a explicitar las pautas mediante las cuales ella resulta aplicable.

Lo expuesto no excluye reconocer las integrales proyecciones económicas adversas para una jubilada o pensionada que queda incapacitada. Esta situación, puede también adquirir trascendencia material nociva en ámbitos distintos del directamente dinerario o laboral, —que también pueden sufrir afectación si continuaba con algún trabajo—, como en actividades útiles no retributivas, aspecto donde es indiferente que el jubilado hubiese dejado de trabajar por completo a cambio de ingresos previsionales (ver Zavala de González, Matilde: "Disminuciones Psicofísicas", ps. 444/5).

En ese orden de ideas, estimo adecuado valorar que el accidente acaeció cuando la actora tenía 76 años, que, por ser jubilada, utilizaré el haber jubilatorio y su evolución, una tasa de descuento del 5% anual que en la actual coyuntura económica entiendo adecuada y que representaría el adelanto por las sumas futuras, equivalente a la que se podría obtener de una inversión a largo plazo, la incapacidad a las que hice referencia precedentemente.

Pues bien, aceptado lo informado en las peritaciones médicas y psíquicas, con arreglo a las pautas esbozadas, datos de conocimiento general y valores usuales, considero que las cifras fijadas en la sentencia por tratamiento psicoterapéutico $24.000, es razonable, así como daño psíquico ($40.000) y daño físico ($110.000), que también resultan adecuadas, por lo que propongo al Acuerdo rechazar los agravios de las condenadas y de la accionante y en consecuencia confirmar lo resuelto por la "*a quo*" en estos ítems. Con la salvedad del tratamiento kinesiológico que por lo informado en la pericia y el lapso que puede razonablemente computarse, ponderando también la edad de la accionante, entiendo prudente elevarlo a la suma de $20.000.

b) Daño moral:

La magistrada de grado estableció la cuantía de $70.000 por este rubro.

La accionante se queja de la suma establecida por considerarla insuficiente.

Por su parte las accionadas solicitan su reducción por entender que el monto referido resulta excesivo.

El daño moral se halla configurado por la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes.

Mediante la indemnización peticionada se procura reparar la lesión ocasionada a la persona en alguno de aquellos bienes que tienen un valor principal en su vida, y que son la paz, la integridad física, la tranquilidad de espíritu, el honor, y los demás sagrados afectos que se resumen en los conceptos de seguridad personal y afección legítima; y cuya violación determina la modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, que resulta anímicamente perjudicial.

La reparación del daño moral está determinada por imperio del art. 1078 del Cód. Civil, que con independencia de lo establecido por el art. 1068, impone al autor del hecho ilícito la obligación de indemnizar sin exigir prueba directa de su existencia.

Es claro que lo no patrimonial no tiene traducción dineraria. Y que toda fijación de un monto resarcitorio por daño moral tiene algo de caprichoso o arbitrario. Aún admitiendo que el derecho es una ciencia blanda. En este derrotero, Lafaille, predicaba, como criterio a la hora de cuantificar el daño moral, atender al costo de las necesidades a satisfacer con ese dinero, a los "placeres complementarios" (ver Rubinzal-Culzoni Editores: "Código Civil de la república Argentina, Explicado", T. III, ps. 625/6).

Esta opinión, se encuentra en línea con lo que al respecto ahora propone el art. 1741, última parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, utilizable como pauta interpretativa. Se ha dicho así, que queda superado ahora el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba el "precio al dolor" para aceptarse que lo resarcible es el "precio del consuelo", que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias. Se trata de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado y por esa vía facilitar el acceso a gratificaciones viables, confrontando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea, proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena (ver Lorenzetti, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", T. VIII, p. 1741).

Si bien el cálculo económico del dolor se presenta como una tarea de dificultosa realización, nada impide apreciarlo, con criterios de razonabilidad y justicia, en su intensidad y grado, para de esa manera estar en condiciones de definir una cuantía que resulte idónea o suficiente para compensar las angustias, tristezas y toda clase de padecimientos derivados del evento dañoso, con la adquisición de bienes y contratación de actividades sociales, culturales y de esparcimiento o recreación en general, aptos para posibilitarle al damnificado situaciones de disfrute, distracción y deleites suficientes para alcanzar los objetivos que expresa el dispositivo.

Ello no obsta a señalar que se trata de perjuicios donde a la hora de la apreciación económica, a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial, la subjetividad tiene un rol destacado, porque nadie más que el damnificado está en mejores condiciones de definir la intensidad de su padecimiento y lo que pecuniariamente necesita para adquirir bienes o acceder a actividades que razonablemente lo compensen. De ahí que, salvo aquellos casos donde sobrevienen consecuencias que lo agravan y que se desconocían cuando fue cuantificado, resulta difícil como regla, sin violentar el principio de congruencia, exceder la propia estimación o precio de consuelo definido por el mismo afectado en la demanda.

A tal fin, valoro, las características del hecho, la edad que tenía al momento del accidente (76 años), y todo lo descripto al tratar la incapacidad sobreviniente en cuanto a la atención medica recibida, en el trasladó al Hospital de San Isidro, la atención en consultorios externos, la utilización de silla de ruedas, de bastón —tal lo describió la médica interviniente—, el

yeso que tuvo que soportar, los tratamientos que deberá encarar y las secuelas permanentes con las que deberá convivir.

Ahora bien, no se necesita ir demasiado lejos en el análisis para presumir, la angustia, tristeza, preocupación y retracciones que pueden generar en el ánimo de la actora las consecuencias que le toca padecer, así como la intensidad de esos estados que una situación como la generada pueden provocar, del mismo modo que cierta preocupación de enfrentar la vida con esas menguadas. Como ejemplo de lo que las secuelas arrastran vale mencionar el hecho de tener que dejar de concurrir al centro de jubilados a practicar folclore con su grupo de danzas nativas.

Ello no obsta a señalar que se trata de perjuicios donde a la hora de la apreciación económica, a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial, la subjetividad tiene un rol destacado, porque nadie más que el damnificado está en mejores condiciones de definir la intensidad de su padecimiento y lo que pecuniariamente necesita para adquirir bienes o acceder a actividades que razonablemente lo compensen.

En base a ello, teniendo en cuenta lo expuesto, entiendo que en este caso, sumado a lo que se resuelve con posterioridad en materia de intereses, el monto otorgado resulta reducido, por lo que propongo al Acuerdo rechazar los agravios de las condenadas y hacer lugar a los de la actora, elevando la cuantía de este ítem a $200.000, tal como fuera solicitado en la demanda.

c) Gastos médicos, asistenciales y de movilidad:

Por este ítem, la magistrada preopinante fijó la suma de $12.000.

La demandante pretende su incremento por considerarlo insuficiente.

El resarcimiento de los gastos médicos, de medicamentos y traslado debe ser admitido aun cuando no se encuentren documentalmente acreditadas las sumas irrogadas, cuando —como en el caso—, por la naturaleza de las lesiones padecidas, es presumible que tales desembolsos se hubieran producido. En efecto, no es necesaria la prueba acabada de su existencia mediante la presentación de recibos o facturas, en atención a su razonabilidad. Basta la acreditación de la adecuada relación con la patología sufrida para su reembolso, el que quedará librado al prudente arbitrio judicial.

En tal sentido, vale aclarar que, el hecho de que la actora sea afiliado a una obra social no es razón para rechazar o limitar la reparación por gastos farmacéuticos puesto que es de público conocimiento que ellas no cubren la totalidad de los servicios y que a lo sumo se logra un descuento, pero no la gratuidad en la compra de remedios.

Los gastos de traslado, solicitado por la víctima lesionada, a raíz de un accidente, son procedentes en tanto, indudablemente, quien sufrió tal clase de evento dañoso necesita un medio de transporte adecuado para concurrir al nosocomio donde lo asisten

De las constancias de autos surgen gastos médicos esgrimidos por la accionante, aunque como bien indicó la *a quo*, fue puntualmente negada en su autenticidad por la citada en garantía (fs. 147/vta.) y por la parte demandada (fs. 185 vta./186), sin embargo a fs. 251/253; 258/260; 261/268 y 270/273, Ortopedia Ezemi de Alberto Daniel Rillo; Óptica-Ortopedia Green de Andrea Uva; Abastecer Ortopédico de Mará de los Angeles Marta Vázquez y la Licenciada Mirta M. González informaron sobre la autenticidad de algunos de esos comprobantes.

Por otro lado, la fractura de rótula de la pierna izquierda —sufrida por la accionante—, hace presumir la necesidad de traslados al hospital, clínica o consultorio médico.

Asimismo, a la perito médica a fs. 358/360; dio cuenta de los medicamentos y calmantes que le deben haber recetado a la accionante por la lesión sufrida.

En base a lo expuesto hasta aquí, propongo al Acuerdo rechazar los agravios en estudio, y confirmar la suma de $12.000 por este ítem.

d) Daño punitivo del art. 52 bis de la Ley 24.240:

La juez de la anterior instancia, resolvió que "Habida cuenta lo expuesto, y más allá del reproche que merece el dejar abandonado un pallet con cintas de nylon; es decir, la forma en que la demandada/proveedora ha cumplido (o incumplido) con el deber de seguridad a su cargo; entiendo que no se dan en el caso los especiales presupuestos exigidos, y sobre los que me he explayado precedentemente, para imponer una multa civil a la demandada/proveedora, ello por cuanto no se ha logrado acreditar que haya existido en el caso, por parte de inc. SA —o sus dependientes - un actuar con grave menosprecio hacia los derechos de la consumidora involucrada. Por ello, rechazo la aplicación de la multa civil prevista en el art. 52 bis de la Ley 24.240 pedida por la parte actora".

La demandante pretende que se deje sin efecto esta parte del decisorio aplicando una sanción punitiva a

fin de que prevenga en el futuro daños como el que acá ha ocurrido evitando situaciones similares y perjuicios a los consumidores.

Los "daños punitivos" han sido definidos como aquellos "otorgados... para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro". También se los define como "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 (conf.: Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en "Derecho de Daños", segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 291/292; citado en Picasso, S., "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor" publicado en Suplemento especial LA LEY, "Reforma a la ley de defensa del consumidor", abril de 2008).

Este instituto, tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares. De esta manera, se ha sostenido que se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente. Coincidentemente con lo expuesto, los Fundamentos del Proyecto de Ley y del Dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados destacan que "Con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad". La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompensatoria —la multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria— (conf.: Irigoyen Testa, Matías; ¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?, publicado en Revista de Responsabilidad civil y seguros, LA LEY, N° X, octubre de 2009).

Existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad o, en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S. - Pizarro, Ramón D. en "Reformas a la ley de defensa del consumidor", publicado en LA LEY, 2009-B, 949).

Uno de los caracteres propios de la figura de los daños punitivos, que hace a su procedencia, es el particular reproche de conducta que se exige en cabeza del agente dañador. En otros términos, los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño (Nallar, F. "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", LA LEY, 2009-D, 96).

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, bajo estos lineamientos, que enfatizan el carácter excepcional del daño punitivo. Cabe señalar que en la especie no se vislumbra una conducta negligente, injustificada y desaprensiva de la demandada, con las notas de gravedad exigibles, cuestión que de haber sido probada (art. 377 del CPPC), hubiera variado la suerte del agravio, por lo que propongo al Acuerdo rechazar los fundamentos sobre el punto y en consecuencia confirmar lo resuelto por la magistrada de grado en este ítem.

IV. Intereses

La jueza de grado estableció que los accesorios deberán liquidarse desde la fecha del hecho ilícito hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, de conformidad con la doctrina plenaria sentada en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios", ello con excepción de los correspondientes a las sumas otorgadas para responder a los tratamientos kinesiológico y psicoterapéutico, que por tratarse de gastos futuros, se devengarán a la tasa mencionada a partir de la fecha de este pronunciamiento.

La accionante solicita la aplicación de la doble tasa activa y la capitalización de intereses. A su vez se queja sobre el punto de partida de los accesorios correspondientes a los tratamientos.

Las condenadas, pretenden que se disponga que las sumas indemnizatorias lleven intereses liquidados a la tasa pura del 6% desde el momento de que se produjo cada perjuicio hasta la fecha del dictado del pronunciamiento definitivo y, desde entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina,

Cabe señalar que esta Sala comparte el criterio de fijar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (CNCiv. en pleno, en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos Setenta SA") —o una similar— solo a partir del pronunciamiento de primera instancia cuando los valores son establecidos a esa fecha y se encuentran libres

hasta entonces de todo deterioro a causa de la desvalorización monetaria. En esos casos, aplicar la tasa activa desde el hecho importaría, —dada su composición— compensar un deterioro, inexistente, incrementando en forma indebida el significado económico de la condena. Así lo ha resuelto esta Sala en numerosos casos análogos (conf. exptes. N° 59.408/03 el 5 de noviembre de 2009; 19.835/06 del 15 de octubre de 2009, 99.575/06 del 26 de marzo de 2010 entre otros).

En cuanto al comienzo del cómputo de los intereses, tiene dicho esta Sala a partir del precedente "Gómez, Alicia c. Rojas, Francisco R. s/ daños y perjuicios" del 02/09/2008, que los intereses deben computarse desde el momento del hecho causante del daño toda vez que es allí en que se originó el perjuicio y desde el cual nace la obligación de resarcir y así habrá de decidirse en esta causa.

Respeto de las quejas de la accionante en relación al punto de partida en particular de los accesorios respecto de los tratamientos futuros, considero que deben ser admitidas. Esta sala en en reiteradas oportuniades ha decidido en el sentido de que los intereses sobre gastos futuros deben computarse desde el momento del hecho causante del daño que requiere ese tratamiento (ver mis votos en los expedientes acumulados N° 29.737/2016 y N° 29.735/2016; id "Cuadra, Dardo H. c. Insaurralde, Adrián G. y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 40.490/2011, del 08/09/2020, ente muchos otros). Desde antaño, en los autos "Gómez, Alicia c. Rojas, Francisco R. s/ daños y perjuicios", del 02/09/2008, la Sala I, con primer voto de la Dra. Patricia Castro, concluyó de la manera expuesta, con sustento, entre otros conceptos en que no se trata de un daño futuro sino de uno actual, ya producido aunque subsista —materialmente hablando— sin reparar (Expte. 66.558/04 "Dota SA Transporte Automotor c. Línea 17 SA" del 28/03/2007 y "Wagner, Irene y otro c. Gutiérrez, Eduardo s/ daños y perjuicios", del 28/02/2007, CN Ap. Civil, Sala H)".

En lo atinente a la tasa de interés aplicable entonces, cabe señalar que de conformidad con la doctrina establecida por la Cámara en pleno en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" en los acuerdos del 14 de octubre y 11 de noviembre de 2008 y la inteligencia atribuida a esa doctrina por esta Sala en casos como el presente (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), comparto el criterio mantenido por este Tribunal en cuanto a que desde la producción del perjuicio 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 fija a valores actuales al momento del pronunciamiento recurrido y desde allí y hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Esa interpretación ha sido recientemente sostenida en doctrina (cfr. Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación, T. V, p. 158, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2015). Ello con la salvedad del daño moral, tratamientos kinesiológico y psicoterapéutico en que el computo de la tasa activa, deberá retrotraerse a la fecha en que se cristalizan los valores, esto es, al momento de la interposición de la demanda para el primero y desde la fecha de los correspondientes informes periciales —para los tratamientos— y hasta que se honre la deuda.

Respecto a los moratorios equivalentes a dos veces la tasa activa en caso de demora en el pago de la condena, este Tribunal se ha expedido en autos "Greggi, Aldo J. c. Trinidad, Catalino y otros s/ daños y perjuicios (Expte. N° 106.070/2008)" y "Rec Tax SRL s/ Trinidad, Catalino y otros s/ daños y perjuicios (Expte. N° 48.731/2009)" (Sala "I" del 11/09/2015).

Con relación a ello cabe remitirse a las fundadas razones expuestas en el voto de la Dra. Guisado. Allí expresó que, según la función económica que desempeñan, los intereses pueden ser compensatorios y moratorios. Los primeros son los que se pagan por el uso del capital ajeno, mientras que los segundos responden al concepto del perjuicio sufrido por el acreedor por el retardo incurrido por el deudor en el incumplimiento de sus obligaciones. Va de suyo entonces que los que se fijan en las sentencias de condena mal pueden configurarse como compensatorios. Más aún tampoco existen en el supuesto intereses compensatorios pactados entre las partes, por lo que solo cabe entonces establecer los intereses que se deben para el caso de incumplimiento de la manda judicial.

En ese marco de consideración, no cabe sino concluir que los estipulados cubren dicha circunstancia, por lo que no corresponde fijar el equivalente a otro tanto de la tasa activa por este concepto.

Al respecto, es oportuno abundar que el art. 771 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que se cita en las quejas, faculta a los magistrados para intervenir en las tasas de interés aplicables, cuando resulten objetivamente desproporcionados, pues la mutabilidad y fluidez de las tasas de interés motiva que el juez deba intervenir para asegurar, en definitiva, que el deudor pague lo que realmente debe, ni más ni menos.

En el caso, aplicar el doble de la tasa activa establecida en el plenario "Samudio de Martínez, Lasislao c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y per-

juicios", además de la capitalización que se propone, no haría más que producir una desproporción en el monto de condena, en la medida en que se han establecidos a valores actuales como regla. Al margen de que tal temperamento carece de todo sustento normativo.

En función de ello, propongo rechazar en general los agravios de la actora, salvo respecto de los tratamientos futuros, y hacer lugar parcialmente a las quejas de las condenadas, con el alcance señalado y disponer que los intereses corran desde la producción del perjuicio hasta el pronunciamiento apelado a la tasa del 8% anual, y desde allí y hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina y con las excepciones mencionadas.

V. Planteo de inconstitucionalidad de las normas que prohíben la actualización monetaria, indexación o repotenciación de deudas (fs. 68 vta./69 vta.):

La declaración de inconstitucionalidad de una ley se rige por un principio hermenéutico de carácter restrictivo, criterio reiteradamente puesto de resalto por nuestro más Alto Tribunal (conf. CNCiv., Sala A, R. 178.739 del 20/11/1995 y citas). Constituye un acto de "suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, y por ello, debe ser considerada como la "última ratio" del orden jurídico, y solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable y que ha de preferirse aquella interpretación que las armonice y deje a todas con igual validez" (conf. CSJN, Fallos: 302:457; 311:394; 312:435, 314:407; 315:923; 322:842; 1681; entre muchos otros).

En cuanto al pedido de aplicación de mecanismos de indexación de precios o actualización monetaria, la Sala F de esta Excma. Cámara, ha señalado que a partir de la entrada en vigencia de la ley 23.928 se encuentran prohibidos, la que aún subsiste en la actualidad, toda vez que la modificación introducida por la ley 25.561 no derogó la disposición que prohíbe la indexación (CNCiv., Sala F, marzo 31/2014, L. Expte. N° 99.815/2009, "Juárez, Lucas J. c. Alejandría, Armando y otros s/ daños y perjuicios"). La mera invocación de inconstitucionalidad de la ley 23.928 es manifiestamente improcedente, máxime en el caso de indemnizaciones derivadas de hechos ilícitos si se tiene en cuenta que la determinación del resarcimiento en la mayoría de los rubros se efectúa a valores actuales a la fecha del pronunciamiento, por lo que resultan inaplicables los mecanismos de indexación vedados por la legislación mencionada.

Más allá de ello, dicho al paso como un simple lineamiento general, lo cierto es que la actora en sus agravios se limita a remitirse a un cálculo de lo que se ha depreciado el valor del dinero en este país a lo largo de 5 años, y le achaca al juzgado no haber realizado el análisis de ello, y de no haber fundamentado, amén de no valorizar los montos con los que indemniza. Todo ello de manera por demás genérica, sin un ataque puntual y concreto a los argumentos en que se sustenta lo decidido, todo lo cual me convence de que en este aspecto el recuro debe ser declarado desierto, por carecer del grado de concreción mínima e indispensable para superar el test del art. 265 del Código Procesal, y por tratarse de un tema como la inconstitucionalidad de una ley, que se rige por los restrictivos criterios mencionados al principio.

VI. En consecuencia, si mi criterio fuera compartido, correspondería rechazar los agravios de la demandada y su aseguradora en cuanto a la responsabilidad atribuida y, confirmar la sentencia en lo principal que decide. Asimismo, hacer lugar a los de la parte actora solo en cuanto a los montos fijados por "daño moral" y "tratamiento kinesiológico", que se elevan a las sumas $200.000 $20.000, respectivamente, y rechazar el resto de los planteos y declarar la deserción del recurso con el alcance señalado. Por otro lado, se hace lugar parcialmente a los agravios de ambas partes respecto a los intereses, los que deberán calcularse de conformidad con el considerando IV. Con costas de alzada a las condenadas, en atención a la naturaleza de los planteos, la forma como se decide y a que, en el análisis integral, resultaron vencidas (art. 68 del Código Procesal).

La doctora *Guisado* dijo:

Que me adhiero al voto que antecede por razones análogas en la medida de los agravios vertidos por las partes.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: Rechazar los agravios de la demandada y su aseguradora en cuanto a la responsabilidad atribuida y, confirmar la sentencia en lo principal que decide. Asimismo, hacer lugar a los de la parte actora solo en cuanto a los montos fijados por "daño moral" y "tratamiento kinesiológico", que se elevan a las sumas $200.000 $20.000, respectivamente, y rechazar el resto de los planteos y declarar la deserción del recurso con el alcance señalado. Por otro lado, se hace lugar parcialmente a los agravios de ambas partes respecto a los intereses, los que deberán calcularse de conformidad con el considerando IV. Con costas de alzada a las condenadas. En atención a lo precedentemente decidido y de conformidad con lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal y el art. 30 de la ley 27.423, déjense sin efecto

las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia dictada en la instancia de grado y su aclaratoria. En consecuencia, atento lo que surge de las constancias de autos, cabe considerar la labor profesional desarrollada apreciada en 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, 54 y concordantes de la ley de arancel 27.423. Teniendo ello en cuenta, regúlense los honorarios de la letrada de la parte actora Dr. Adriana Laura Virginillo en la cantidad de ... UMA que representan al día de hoy la suma de pesos ... ($ ...). Asimismo, regúlense en conjunto los honorarios de la dirección letrada de la parte demandada y citada en garantía Dres. Mariano Nicolás Solari, Federico Martín Fiorda y Norma Catalina Strella en la cantidad de ... UMA que representan a la fecha la suma de pesos ... ($ ...). Considerando los trabajos efectuados por los expertos, las pautas la ley de arancel precedentemente citada y el art. 478 del Código Procesal regúlense los honorarios de los peritos, médica Patricia Loianno y psicóloga Ana Inés Lo Presti en la cantidad de ... UMA ... que representa a hoy la suma de pesos ... ($ ...) para cada uno de ellos. Teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 2536/2015 y lo dispuesto en el punto g), del art. 2°) del anexo III) del Decreto 1467/2011, fíjense los honorarios de la mediadora Dra. Silvina Laura Caprile en la suma de pesos ... ($ ...). Por la actuación en la alzada, atento el interés debatido en ella y las pautas del art. 30 de la ley 27.423, regúlense los honorarios de la Dra. Adriana Laura Virginillo en la cantidad de ... UMA que representan a hoy la suma de pesos ... ($ ...) y los del Dr. Federico Martín Fiorda en la cantidad de ... UMA que representan a hoy la suma de pesos ... ($ ...). 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. La doctora Patricia E. Castro no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 34 inc. c] del Régimen de Licencias). Regístrese, notifíquese y 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 15/2013 y 24/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.*

RESPONSABILIDAD DE EMPRESA CONCESIONARIA DE PEAJE

Señalización deficiente de una obra. Obligación de seguridad del concesionario. Daño moral. Franquicia del seguro.

1. — La empresa concesionaria del peaje de una ruta o autopista tiene a su cargo la construcción y conservación de las obras, entre las que se encuentra el deber de seguridad, que no debe ser confundido con la obligación tácita de seguridad, sino que aquel está referido a la adopción de las medidas de seguridad necesarias tendientes a evitar que se produzcan accidentes a consecuencia del mal estado del pavimento, roturas, baches, o falta de señalización, iluminación o demás elementos que ordinariamente posibilitan la normal circulación de automotores.

2. — La empresa demandada debió extremar las medidas de prevención a los fines de alertar a los conductores de la reducción de calzada y del vallado existente en razón de las obras. Sin embargo, ni siquiera adoptó la colocación de iluminación artificial adicional, precisamente, en una zona que sabía o debía saber que en horas de la noche resultaba más dificultosa la visibilidad para los conductores.

3. — La concesionaria vial debió haber arbitrado en la ocasión las medidas de seguridad adecuadas para evitar accidentes como el que aquí se analiza, sea señalizando de forma lumínica preventivamente el tramo de la autopista reducida por obras, o sea, brindado mayor iluminación en dicha traza y con la colocación de carteles de advertencia sobre dicha reducción.

4. — El daño moral por la muerte del esposo cabe apreciarlo no solo por el dolor que trae la muerte un ser querido, sino también por la situación espiritualmente disvaliosa que significa la viudez, como ruptura de un plan de vida y frustración de un elenco de expectativas futuras.

5. — La contratación de seguros con franquicias o descubiertos elevados implica una desnaturalización del instituto que no puede ni debe ser amparado.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 66 años.

Estado civil: Casado.

Actividad: Fletero.

Observaciones: Los reclamantes son la esposa y los hijos de la víctima.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $400.000 para la cónyuge y $200.000 para cada uno de los hijos.

Daño psicológico: $150.000 para la cónyuge supérstite; $90.000 para la hija de la víctima y $ 50.000 para su hijo. Tratamiento psicológico: $48.000 para cada uno de los reclamantes.

Daño patrimonial

Valor vida: $300.000

Daños varios: Gastos de farmacia y de movilidad: $5.000; gastos de sepelio: $15.000

CNCiv., sala F, 22/12/2020. - Schivo, María Elena y otros c. Autopistas del Sol s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/67574/2020]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. 78.294/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 22 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Posse Saguier* dijo:

I. La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda incoada, y condenó a Autopistas del Sol SA al pago de la suma de $420.500 para María Elena Schivo, la de $250.500 para Noelia Verónica Santoro y la de $230.500 para Gabriel Santoro, con más intereses y costas. Hizo extensiva la condena contra Nación Seguros SA en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Apelaron todas las partes presentando sus respectivos memoriales, los que fueron contestados.

II. En primer lugar, razones de orden metodológico me llevan a examinar los agravios de la demandada que apuntan a cuestionar la responsabilidad que se le atribuye a Autopistas del Sol SA, a raíz del accidente ocurrido el 13 de noviembre de 2012.

Ante todo, cabe ponderar que dada la fecha de la ocurrencia del hecho, tanto la responsabilidad como las consecuencias derivadas de ella deberán ser analizadas en orden a las previsiones contenidas en el anterior Cód. Civil (conf.: art. 7 del Cód. Civ. y Comercial ley 26.994, esta Sala en autos caratulados: "Benítez, Pamela L. N. c. Arrieta, Roberto S. y otros s/ daños y perjuicios" sentencia del 15 de diciembre de 2015, entre otras).

No está en discusión que en la fecha indicada, alrededor de las 23.30 horas, H. H. S. circulaba a bordo de su camioneta, marca Fiat, modelo Ducato por el carril derecho de la ruta 9, Autopista Panamericana, en dirección a Capital Federal, a la altura del Km 57, produciéndose el siniestro al intentar esquivar unos conos allí colocados que provocaron que perdiera el dominio del rodado ingresando a una fosa allí existente para luego volcar sobre la mencionada ruta y, en razón de las graves lesiones padecidas, hicieron que perdiera su vida.

Ahora bien, sobre el particular, debo adelantar que ya he tenido oportunidad de pronunciarme con respecto a la responsabilidad que cabe asignar a las concesionarias con relación a los daños provocados por accidentes ocurridos en las autovías. Así, señalé en anteriores ocasiones que la empresa concesionaria del peaje de una ruta o autopista tiene a su cargo la construcción y conservación de las obras, entre las que se encuentra el deber de seguridad, que no debe ser confundido con la obligación tácita de seguridad, sino que aquel está referido a la adopción de las medidas de seguridad necesarias tendientes a evitar que se produzcan accidentes a consecuencia del mal estado del pavimento, roturas, baches, o falta de señalización, iluminación o demás elementos que ordinariamente posibilitan la normal circulación de automotores (véase en este mismo sentido López del Carril, G. "Pautas interpretativas de la responsabilidad del concesionario vial" en LA LEY, diario n° 132 del 12/07/2000, p. 6 y ss.).

De tal forma para poder responsabilizar al concesionario, la causa del accidente debe radicar en algo inherente a la ruta en sí misma y a su estado de conservación, así como también a todo objeto inerte que dificulte el tránsito o lo haga peligroso (conf.: esta Sala en causa libre n° 272.582 del 04/10/1999, pub. en dia-

rio ED, del 14/07/2000, p. 7). Este también ha sido el criterio adoptado por nuestro más Alto Tribunal al entender que no resulta admisible extender la responsabilidad del concesionario más allá de las obligaciones inherentes al estado de la ruta misma, esto es, en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido, enderezadas al mantenimiento y señalización de calzadas y banquinas y a la oferta de servicios auxiliares al usuario. Es que aun cuando es cierto que el ente concesionario queda obligado a facilitar la circulación por el camino en condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen las molestias, inconvenientes o peligrosidad para los usuarios del camino, esa estipulación —señala con precisión la Corte Suprema— debe ser interpretada en el contexto de las obligaciones propias del concesionario que ya fueran apuntadas (conf.: CS, en causas "Colavita, Salvador y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", del 07/03/2000, pub. en ED, 187-939 y "Bertinat, Pablo J. y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios" del 07/03/2000).

Cabe ponderar también que, tal como se desprende del pronunciamiento, la responsabilidad de la concesionaria quedó enmarcada en las previsiones de la ley 24.240. Es decir, que encuadra en la obligación de seguridad que abarca las cosas y servicios entre el concesionario y el usuario.

Sobre el punto debo recordar que esta Sala, se expidió en tal sentido a partir del fallo dictado en los autos "Goyeneche, Manuel H. c. Camino del Atlántico SACV s/ daños y perjuicios" —con voto en primer término del doctor Zannoni— del 21/11/2008, al igual que lo había hecho con anterioridad el Alto Tribunal en su parcialmente renovada composición, consolidando su nueva interpretación en los autos "Bianchi" del 07/11/2006, que ya había esbozado en los autos "Ferreyra" y "Caja de Seguros", ambos del 21/03/2006. Allí quedó sentado que la relación jurídica entre el concesionario de la ruta y el usuario se encuadra en el ámbito contractual, destacando que el primero no asume una obligación de dar el uso y goce de la cosa, sino de prestar un servicio, en las que además de las obligaciones inherentes al estado de la ruta, esto es, en orden a la remodelación, conservación y explotación del corredor vial conferido, se encuentra el debe de seguridad que obliga al prestador a adoptar todas aquellas medidas de prevención adecuadas a los riesgos que eventualmente pudieran existir en la ruta, en tanto resulten previsibles. Igual temperamento adopté como vocal de la Sala "A" (conf.: causa libre N° 531.743 del 07/09/2009).

En definitiva, si se acepta que la concesionaria resulta prestadora de un servicio —tal como lo sostuviera el Alto Tribunal—, ninguna duda cabe sobre la aplicación al caso de las prerrogativas contenidas en la ley 24.240, tanto más cuando la modificación introducida al art. 1° por la ley 26.361, ha venido a ratificar dicha interpretación.

De cualquier manera, y tal con toda precisión lo entendió el Dr. Molteni, bajo esta concepción objetiva de la responsabilidad que ha impuesto la Corte Suprema, es claro que sea que se aprecie la situación de la emplazada desde la óptica de la ley de defensa al consumidor o desde el deber de seguridad contractual, estaba a cargo de la empresa concesionaria desvirtuar aquella atribución de responsabilidad generada en el compromiso de la concesionaria de prestar un servicio que asegure que la carretera se mantenga libre de peligros y obstáculos, permitiendo al usuario llegar sano y salvo a su destino (conf., CNCiv., Sala A, en causa libre N° 469.308 del 23/04/2007).

En la especie, del acta inicial de la causa penal iniciada con motivo del siniestro que tengo a la vista (véase fs. 4), surge que el personal policial que asistió al lugar, constató que la Autopista del Sol, a la altura del Km 57 se encontraba en reparación, hallándose vallado el carril lento con contenedores de plástico rellenos de agua, formando un "warray" (sic). Del otro lado de las vallas podía observarse una fosa de treinta centímetros de profundidad, donde luego se rellena con asfalto y un poco más adelante se visualizaban un cúmulo de escombros y a menos de cien metros de la referida fosa se hallaba la camioneta volcada.

La inspección ocular obrante a fs. 6 ratificó la existencia de reparaciones sobre la ruta, a la altura del km. 57, y que al producirse el siniestro la ruta en cuestión se encontraba reducida a dos carriles y que el carril lento se encontraba vallado por "warray" (sic) de plástico rellenos de agua de color rojo y blanco, pudiéndose observar que en el lugar del siniestro existía una porción de la cinta asfáltica de aproximadamente diez metros de largo por tres de ancho y más de treinta centímetros de profundidad, donde hay un pozo y luego se rellena con material concreto. Además se constató la existencia de escombros de material, el que habría sido sacado del pozo allí existente.

Por último, y en la misma causa penal, obra a fs. 56/58 un informe técnico del Gabinete de Accidentología Vial de la Policía Científica de la Provincia de Buenos Aires, en el cual se plantea como posible hipótesis del accidente que circulando por el carril central de la ruta 9 —sentido a Capital Federal— y por razones que se desconocen, al momento de arribar a la altura del km. 57 su conductor realiza un viraje hacia su derecha logrando impactar al delimitado de New Jersey de PVC que cercaba una reparación en la calzada (carril lento). Continuó el rodado su trayecto de manera no controlada, longitudinal, modificando de

lugar los New Jersey colocados y llegando a una altura de una acumulación de escombros contra los que impactó, produciéndose un medio vuelco hacia su izquierda finalizando el rodado con su frente orientado hacia el sur.

Como se ve, y tal como lo destaca la señora juez de la anterior instancia, la única señalización que surge del acta de procedimiento que dio inicio a la causa penal, así como de la inspección ocular llevada a cabo en el lugar del suceso, consistió en el vallado con contenedores de plástico que delimitaban los carriles habilitados para la circulación del lento que estaba en reparación y en el que había una fosa o pozo de cuarenta centímetros de profundidad, sin que conste la existencia de ninguna otra señalización ni iluminación adicional que alertara acerca de la obra en cuestión.

Con relación a esta cuestión, a pesar del esfuerzo argumental esgrimido por la demandada que intenta sostener que se habían adoptado las medidas de prevención adecuadas, lo cierto es que las constancias obrantes en la causa indican lo contrario. La emplazada no acreditó que la obra tuviera iluminación propia tal como se indica en el pronunciamiento recurrido. La policía científica únicamente hizo referencia a la delimitación de los contenedores de plástico, no destacando que existiese algún otro tipo de señalización que advirtió de la obra.

Es más, del informe técnico realizado por la autopista se hace referencia a la existencia de los 12 contenedores en la zona del impacto y, como bien lo indica la juzgadora, tampoco surge que hubieran existido carteles fijos señalando la construcción, ni conos refractarios (véase fs. 298/330).

Por último, la pericia técnica realizada en autos (fs. 403), desvirtúa las críticas formuladas por la demandada en su memorial. Por de pronto, no es cierto que a altura del km. 57 la ruta fuese recta como se sostiene, ya que el experto indica claramente que existen dos curvas hacia la izquierda en sentido a la Ciudad de Buenos Aires, que es hacia donde circulaba la víctima (cont. 1). Por otro lado, señala el perito que del croquis de fs. 55 de la causa penal no surge que existiesen carteles indicando restricción de la calzada debido a la reparación que se estaba llevando a cabo (cont. 3 y 4). Si a ello se agrega que era de noche y la zona en que ocurrió el suceso —conforme los informes técnicos ya mencionados— indican que la visibilidad nocturna era escasa, es indudable que la empresa demandada debió extremar las medidas de prevención a los fines de alertar a los conductores de la reducción de calzada y del vallado existente en razón de las obras. Sin embargo, ni siquiera adoptó la colocación de iluminación artificial adicional, precisamente, en una zona que sabía o debía saber que en horas de la noche resultaba más dificultosa la visibilidad para los conductores.

En suma, coincido con la señora juez, en el sentido de que la concesionaria vial debió haber arbitrado en la ocasión las medidas de seguridad adecuadas para evitar accidentes como el que aquí se analiza, sea señalizando de forma lumínica preventivamente el tramo de la autopista reducida por obras, o sea, brindado mayor iluminación en dicha traza y con la colocación de carteles de advertencia sobre dicha reducción.

De más está decir que no resulta argumento válido —como se aduce en las quejas— que otros conductores habrían logrado sortear el tramo de obras, cuando resulta evidente —del análisis antes efectuado— que las medidas de seguridad proporcionadas en el Km 57 de la Autopista Panamericana —de alto tránsito vehicular y de noche (23:30 horas)— eran escasas e inadecuadas para evitar el suceso que desencadenó el lamentable fallecimiento de la víctima.

En función de las consideraciones apuntadas, habré de propiciar el rechazo de los agravios y, en consecuencia, la confirmación de la sentencia en este aspecto.

III. La actora se queja por considerar exigua la suma admitida para María Elena Schivo por valor vida ($100.000). Además, se agravia por el rechazo del rubro respecto de sus hijos. La demandada solicita su rechazo o bien la reducción.

Ahora bien, como ya sostuviera este tribunal en anteriores pronunciamientos (conf. causa libre N° 119.501 del 12/04/1993 y sus citas; causa libre N° 198.537 del 08/11/1996), el art. 1084 del Cód. Civil, crea la presunción "juris tantum" de que la muerte, por sí sola, ha provocado un perjuicio en el patrimonio de las personas enumeradas por la ley: "la viuda, e hijos del muerto", que en reiterados precedentes este Tribunal extendiera también al "viudo"; y es en virtud de esa presunción, que dichos componentes de la familia, aunque no prueben daño material alguno, obtienen lo mismo un resarcimiento, cuyo monto queda librado a la "prudencia de jueces" (art. citado).

Si bien la ley no distingue entre hijos mayores o menores, jurisprudencialmente se ha decidido que solo pueden resultar amparados por la norma los que son menores de edad al momento de ocurrir el hecho ilícito.

No obstante ello, existe acuerdo en que el hijo mayor de edad tiene derecho al resarcimiento cuando prueba el perjuicio efectivo que la muerte del proge-

nitor le ocasionó, en la medida que se acredite el motivo por el cual la muerte del padre o de la madre produce un daño (conf. Sala "A", L. 55.287 del 11/10/1990 y sus citas).

De manera que lo dispuesto por la citada norma no importa negarle al hijo mayor el derecho a demandar por los daños y perjuicios que la muerte de su madre pudo acarrearle, pero en este caso no será de aplicación el art. 1084 del Cód. Civil, sino los arts. 1077, 1079 y 1109 del citado cuerpo legal, con la consiguiente obligación de acreditar el daño que el hecho ilícito ocasionó.

Ahora bien, esa productividad o posibilidad de producir beneficios económicos que ha dejado de realizar la víctima —y que es lo que se intenta indemnizar cuando se alude al "valor vida"— puede manifestarse de las formas más variadas: o sea, como trabajo que inmediatamente determina beneficios patrimoniales (ganancias, sueldos, etc.), sea como actividad que, aunque sin producir por sí misma estos beneficios, los ocasiona mediatamente para el propio sujeto o para otros: así se estima con razón, vgr., que el esposo y los hijos sufren un daño material por la muerte de la esposa y de la madre, que atendía con sus cuidados a las necesidades del hogar y hacía de este modo posible el trabajo fuera de la casa o en otros menesteres de los demás miembros de la familia (conf.: Orgaz, A. "El daño resarcible", p. 106, núm. 26; conf.: esta Sala en causa libre N° 173.089 del 25/04/1996).

En el caso, no hay duda de que la cónyuge se encuentra amparada por la presunción que emana del art. 1084 ya mencionado, circunstancia que justifica el otorgamiento del resarcimiento en cuestión.

En relación a los hijos del causante, habré de coincidir con las consideraciones apuntadas por la señora juez *a quo*, en el sentido de que al ser mayores de edad (32 y 33 años al momento del hechos), debieron haber probado que dependían económicamente del fallecido progenitor. En el caso, del co-actor Gabriel Santoro debe señalarse que este a fs. 36 vta. reconoció expresamente que no dependía económicamente de su padre. En el caso, de la co-actora Noelia Santoro también reconoció que se desempeñaba laboralmente y ni siquiera intentó acreditar en qué medida su padre le habría brindado ayuda económica (véase fs. 35 vta.). Por ello, habré de propiciar el rechazo de los agravios y la confirmación de la sentencia en este punto.

En función de ello, que el causante tenía 66 años al momento del suceso, que era fletero —monotributista—, y que su cónyuge es ama de casa y jubilada, considero adecuado fijar por este concepto la cantidad de $300.000 (conf.art. 165 del Cód. Procesal).

IV. Por daño psicológico la sentencia fijó la suma de $90.000 para la cónyuge supérstite, $70.000 para la hija de la víctima y $50.000 para su hijo, que incluyen el costo de los tratamientos que también fueran admitidos. Los actores solicitan su elevación. La demandada propicia su reducción.

Sobre el punto cabe ponderar que he adherido al criterio según el cual lo indemnizable como incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas del accidente, que perduran de modo permanente, y si bien los porcentajes de incapacidad fijados en los peritajes constituyen un medio útil para la apreciación de la entidad del daño, solo tienen un valor relativo, por lo que el juzgador, con sustento en las circunstancias personales del damnificado, debe valorar principalmente las secuelas físicas y psíquica que surgen descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital.

La pericia psicológica obrante a fs. 370/378 indica que la co-actora María Elena Schivo detenta una gran carga de angustia a raíz del hecho de autos. Presenta un manejo deficiente de las defensas psíquicas, que le imposibilitan una correcta tramitación de las situaciones traumáticas, considerando la profesional que la peritada presenta un desarrollo psíquico post traumático moderado (10%) con depresión moderada (10%). Aplicando el método de la capacidad restante, estima que la accionante presenta un 19% de la T. O.

En relación a Noelia Verónica Santoro, determinó que presenta un manejo deficiente de las defensas psíquicas, que le imposibilitan una correcta tramitación de las situaciones traumáticas, concluyendo que presenta una incapacidad del 11,64 % de la T. O.

Por último, en relación a Gabriel Santoro, muestra un manejo deficiente de las defensas psíquicas, que le imposibilitan una correcta tramitación de las situaciones traumáticas, con una incapacidad psíquica del 5% de la T. O.

Refiere que el cuadro psíquico de los actores guarda nexo causal con el accidente padecido por H. H. S. Recomendó la realización de una terapia a fin de evitar su posible agravamiento por una extensión de un año con frecuencia semanal.

En su mérito, considero adecuado discriminar los importes admitidos por daño psíquico del costo de tratamiento psicológico.

De acuerdo a la entidad de las afecciones descriptas y condiciones particulares de cada co-accionante ya descriptas y que surgen del incidente de beneficio de litigar sin gastos Expte. N° 78.294/2014/1, y atendien-

do que la terapia aconsejada habrá, cuando menos, morigerar sus dolencias, fijo por daño psíquico las sumas de $150.000 para la cónyuge supérstite, $90.000 para la hija de la víctima y $50.000 para su hijo.

Por costo de tratamiento psicológico, que estimara la perito en un año con frecuencia semanal, atento el criterio de esta Sala ($1.000 por sesión), fijo la cantidad de $48.000 para cada uno de los reclamantes.

V. Los actores se alzaron disconformes con los montos otorgados por daño moral ($200.000 para María Elena Schivo y $150.000 para cada uno de sus hijos). La demandada propicia su reducción.

En primer término, debo señalar que el daño moral por la muerte del esposo cabe apreciarlo no solo por el dolor que trae la muerte un ser querido, sino también —como lo destaca Zabala de González— por la situación espiritualmente disvaliosa que significa la viudez, como ruptura de un plan de vida y frustración de un elenco de expectativas futuras. De más está decir que los restantes co-actores, en su condición de hijos de la víctima, también han sufrido en sus afecciones espirituales por la muerte repentina de su padre. Dicha perturbación se ve también reflejada a través de las secuelas psíquicas padecidas por los reclamantes (conf.: "Resarcimiento de Daños - Daños a las Personas", T. 2b, ps. 217 y 338).

Ahora bien, la fijación del importe por daño moral es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del juzgador, de conformidad a los distintos precedentes de esta Sala.

Resulta claro que la suma a establecer por este rubro no colocará a los reclamantes en la misma situación que se encontraban con anterioridad al siniestro. De todas formas, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino de tratar de otorgar a la víctima cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida a fin de mitigar sus padecimientos.

En la especie, considero que apropiado elevar las cantidades establecidas en el pronunciamiento a las sumas de $400.000 para la cónyuge y $200.000 para cada uno de sus hijos.

VI. Los actores solicitan la elevación de los importes admitidos por gastos de asistencia médica, farmacia y traslados ($1.500 para cada uno). La demandada solicita su rechazo.

En lo tocante a este aspecto la Sala ya ha tenido oportunidad de señalar reiteradamente que no se requiere prueba efectiva de los desembolsos realizados por estos gastos, cuando la índole de las afecciones los hace suponer (conf.: causa libre n° 476.405 del 10/08/2007, entre otras).

Por otra parte, los gastos de movilidad, aunque no estén acreditados en forma cierta y determinada, corresponde que sean abonados, ya que la víctima que debe concurrir a una dependencia asistencia para curaciones y control médico ha debido razonablemente utilizar vehículos apropiados para ello, teniendo en cuenta la índole y gravedad de las lesiones sufridas (mi voto en causa libre 157.754 del 14/05/1995, entre muchos otros).

En la especie, cabe recordar que la víctima no falleció en el mismo momento del accidente, sino que fue trasladado al Hospital de Escobar y permaneció internado hasta su deceso el 28/11/2012. Por ende, el reconocimiento de esta partida se encuentra justificado, considerando, además, que debe elevarse a la cantidad de $5.000 para cada uno de los reclamantes.

VII. Los actores solicitan se eleve la suma admitida por gastos de sepelio ($7.000).

En la especie, la juzgadora consideró razonable el importe reclamado a fs. 38 vta. Sin embargo, lo admitió por la cantidad de $7.000.

Sin embargo, considero que la suma reclamada por los actores resulta adecuada, por lo cual habré de propiciar se fije en la cantidad de $15.000 que fuera peticionada.

VIII. También se alzaron disconformes los accionantes en relación al importe admitido por daños materiales en el rodado ($80.000).

En el caso, la suma otorgada por la juzgadora a los fines de resarcir los perjuicios ocasionados al vehículo se fundó en la pericia técnica y la ausencia de prueba acerca del estado anterior del rodado. De allí que la queja en este aspecto no habrá de prosperar y, por ende, corresponderá confirmar este aspecto de la sentencia.

IX. Se agravia la actora por cuanto se hizo extensiva la condena a la aseguradora en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

En el caso, Nación Seguros SA invocó a fs. 71 vta. la franquicia de U$S 60.000 que contenía el contrato de seguro.

A fs. 93 los actores se opusieron a dicha franquicia y solicitaron se la declare inoponible.

La pericial contable de fs. 450 vta. *in fine* da cuenta de la señalada franquicia a cargo del asegurado.

Ya he señalado con anterioridad en esta misma Sala (conf.: exptes. N° 102.819/2006 del 20/04/2011 y N° 83.853/2002 del 26/04/2011) que si bien no cabe hacer aplicación analógica de la doctrina sentada el 13 de diciembre de 2006 en los autos "Obarrio, María P. c. Microómnibus Norte SA s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c. La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios", lo cierto es que se encuentran en juego similares intereses a los que inspiraron aquella doctrina, dictada con sustento en la función social del seguro y el adecuado resguardo a las víctimas de los accidentes, sean o no transportados (véase mi voto en CNCiv. Sala "A" en Expte. "Bruzzone, Paula M. c. Autopista Parque del Buen Ayre CEAMSE y otro" del 30/12/2009, pub. en LexisNexis N° 700058742).

De allí, entonces, que la contratación de seguros con franquicias o descubiertos elevados —tal como ocurre en el caso en examen U$S 60.000— implica una desnaturalización del instituto que no puede ni debe ser amparado. En rigor, se trata de un "no seguro" (conf.: CNCiv., Sala "L" en exptes. N° 65.241/2005, 71.941/2005 y 77.886/2005, del 30/06/2010; CNCom., Sala E, "Ferrovías SA s/ conc. prev. s/ inc. de rev. del 04/06/2007).

En función de ello, habré de admitir los agravios de la actora y, en consecuencia, declarar inoponible la franquicia opuesta por Nación Seguros SA, quien deberá responder sin límite alguno.

X. Dispuso el pronunciamiento que los intereses debían liquidarse desde el hecho y hasta el efectivo pago a la tasa activa conforme la modalidad establecida en la doctrina plenaria sentada en los autos "Samudio de Martínez)". La actora solicita se fije el doble de la tasa activa y la citada en garantía cuestiona el punto de partida para su cómputo, y solicita su modificación por una tasa pura del 6% anual.

Con relación a los intereses, ante la doctrina legal emanada de los plenarios "Gómez Esteban c. Empresa de Transporte", publicado en LA LEY, T. 93 p. 667 y como esta Sala ha decidido en L. 247.032 de fecha 24/02/1999, los intereses deben liquidarse a partir de la fecha de producción de cada perjuicio.

En lo atinente a la tasa aplicable corresponde señalar que esta Sala, por unanimidad, sostiene, desde lo resuelto con fecha 14/02/2014 en los autos "Zacaño, Loloir Z. c. AYSA s/ daños y perjuicios" (Expte. N° 162.543/2010), que debe computarse la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal vencida a treinta días, del Banco de la Nación Argentina, conforme lo previsto en la doctrina plenaria sentada en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios del 20 de abril de 2009, desde la producción del hecho y hasta la fecha del efectivo pago.

Sin embargo, respecto de la terapia admitida en la sentencia, por ser un gasto futuro no erogado, los intereses correrán a dicha tasa activa a partir de que quede firme el fallo y hasta su efectivo pago.

En relación a la solicitud de la actora, cabe ponderar que lo decidido en la anterior instancia responde a los términos del plenario en cuestión, sin que sea procedente aceptar la duplicación de los intereses peticionada.

Por todo lo expresado, si mi voto fuese compartido, propongo que se confirme la sentencia en lo principal que decide, modificándosela en relación al rubro "valor vida" a favor de la cónyuge, que se eleva a $300.000. Asimismo se la modifica, fijando por daño psíquico las sumas de $150.000 para la cónyuge supérstite, $90.000 para la hija de la víctima y $50.000 para su hijo. Asimismo se fija por costo de tratamiento psicológico, la cantidad de $48.000 para cada uno de los reclamantes. Se elevan a $5.000 los "gastos médicos" para cada uno de ellos y a $15.000 el rubro por "gastos de sepelio", en conjunto. Finalmente, se declara inoponible la franquicia opuesta por Nación Seguros SA de conformidad con lo dispuesto en el considerando IX y se establecen los intereses respecto del costo de tratamiento psicológico de conformidad con la modalidad indicada en el considerando X. Costas de alzada a la parte demandada que resulta sustancialmente vencida.

Por razones análogas a las aducidas por el doctor *Posse Saguier*, los doctores *Galmarini* y *Zannoni* votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia en lo principal que decide, modificándosela en relación al rubro "valor vida" a favor de la cónyuge, que se eleva a $300.000. Asimismo se la modifica, fijando por daño psíquico las sumas de $150.000 para la cónyuge supérstite, $90.000 para la hija de la víctima y $50.000 para su hijo. Asimismo se fija por costo de tratamiento psicológico, la cantidad de $48.000 para cada uno de los reclamantes. Se elevan a $5.000 los "gastos médicos" para cada uno de ellos y a $15.000 el rubro por "gastos de sepelio", en conjunto. Finalmente, se declara inoponible la franquicia opuesta por Nación Seguros SA de conformidad con lo dispuesto en el consi-

derando IX y se establecen los intereses respecto del costo de tratamiento psicológico de conformidad con la modalidad indicada en el considerando X. Costas de alzada a la parte demandada que resulta sustancialmente vencida. Los honorarios serán regulados una vez fijados los de la anterior instancia. Notifíquese. Devuélvase. — *Fernando Posse Saguier.* — *José L. Galmarini.* — *Eduardo A. Zannoni.*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACCIONAR POLICIAL

Procedimiento de detención anormal. Existencia de lesiones. Responsabilidad del Estado.

> Si bien la recurrente insiste en que el procedimiento de detención no fue anormal y que solo se aplicó el ímpetu necesario para reducir al actor ante la resistencia que opuso al momento de la aprehensión, lo cierto es que del preciso detalle de las actuaciones se desprende, que el actor sufrió lesiones y escoriaciones en varias zonas del cuerpo, en particular en el ojo izquierdo producida por un golpe contra o con un elemento duro, todo lo cual no se condice con el procedimiento "regular" sostenido por la accionada; más aún cuando no deberían haberse presentado complicaciones al tratarse de un joven de 18 años, frente a la presencia de cuatro policías en el momento inicial de la detención.

ST Chaco, sala I civil, com. y laboral, 21/12/2020. - C., J. D. c. Policía de la provincia del Chaco y/o provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/ daños y perjuicios y daño moral.

[Cita on line: AR/JUR/68268/2020]

COSTAS

Se imponen a la recurrente vencida.

Expte. N° 5038/11-1-C

Resistencia, diciembre 21 de 2020.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

1°) Relato de la causa. En lo que aquí interesa, el señor J. D. C. promovió demanda de daños y perjuicios contra la Policía de la Provincia del Chaco y/o la Provincia del Chaco por la suma de $256.500. Señaló que en virtud de la denuncia policial realizada por la señora B. M. por la supuesta desaparición de su hija, se inició un procedimiento que culminó con su detención cuando se encontraba en la terminal de ómnibus de Resistencia buscando una mochila que era traída en el colectivo que venía desde Puerto Bermejo. Indicó que en dicha oportunidad al subir al colectivo, una mujer y dos hombres, lo sujetaron del brazo y le dijeron que se quedase quieto, que eran policías. Expresó que como estaban de civiles, no entendía la situación y que comenzó a resistirse. Que lo tomaron del cuello, del cabello, y que casi lo ahogaron hasta que lo esposaron. Manifestó que en un momento dado, en medio de la detención cayó sobre la palanca de cambio del conductor. Siguió relatando que luego lo bajaron del ómnibus y lo trasladaron en una Toyota Hilux color gris, que durante el trayecto le siguieron pegando, y le propinaron golpes en la cabeza y en todo el cuerpo, además le golpearon el ojo izquierdo con un mate. Afirmó que lo llevaron a una casa blanca, que allí lo tuvieron esposado en una silla y que por al menos tres horas lo torturaron preguntándole por el paradero de la chica, a lo que él respondía que no sabía.

Por su parte la accionada contestó la demanda y solicitó su rechazo.

Negó que la conducta policial haya sido anormal, y expresó que solo se utilizó la fuerza pública necesaria para la detención, atento a que el actor en un principio se resistió a ser aprehendido.

El Juzgado Civil y Comercial N° 15 desestimó la acción instaurada por entender que del plexo probatorio colectado surgía que el procedimiento realizado no fue irregular y que las lesiones sufridas por el señor C. fueron resultado del forcejeo ocurrido durante la detención, debido a la resistencia que ofreció en tal oportunidad.

Apelada la decisión por el demandante, la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad, revocó el fallo de primer grado y en consecuencia, hizo lugar a la demanda y condenó a la accionada a abonar la suma de $126.400 en concepto de indemnización por los daños sufridos, con más intereses, impuso costas y readecuó honorarios.

Dicho pronunciamiento motivó la interposición del recurso de inconstitucionalidad bajo estudio.

2°) Los agravios extraordinarios. La accionada Provincia del Chaco sostiene que la decisión resulta arbitraria por cuanto: a) realiza una interpretación parcializada que escapa a lo que consta en el expediente; b) el remedio versaba sobre la falta de valoración de pruebas, y no obstante ello, la Alzada examinó nuevamente todos los hechos, apartándose así de los fundamentos recursivos; c) configura una nueva revisión

integral de temas debatidos en la instancia anterior, no siendo el fin del recurso articulado; y d) analizó en forma descontextualizada el testimonio del chofer.

3°) La solución propiciada. Sintetizadas las quejas de la recurrente, se advierte que el meollo de la cuestión radica en determinar si es arbitrario o no el pronunciamiento de Cámara —que revocó el de primer grado—, e hizo lugar a la demanda instaurada, condenando la Provincia del Chaco a abonar al actor la suma de $126.400 en concepto de daños, al tener por comprobado el accionar abusivo del personal policial durante la detención del señor C.

En ese cometido, se observa que los reproches ensayados por la quejosa extraordinaria se dirigen contra la valoración de la prueba por parte de las magistradas de Alzada para decidir sobre la procedencia de la pretensión del demandante.

Es de señalar que la temática que se plantea, por su carácter fáctico, procesal y de derecho común, es de aquellas que resultan ajenas —en principio— a esta vía excepcional, toda vez que deben ser juzgadas por la instancia ordinaria ejerciendo facultades que les son privativas e impiden su revisión (conf. Sent. N° 16/90, N° 95/03, entre otras), salvo que se configure un vicio de gravedad tal que torne aplicable la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 293:226).

4°) Bajo dichos lineamientos, se constata que el Tribunal de Apelaciones sostuvo que se encontraba fuera del contradictorio que el actor fue detenido en el marco de un procedimiento policial llevado a cabo en la causa caratulada "M. B. s/ denuncia", Expte. N° 944/11, iniciado a raíz de la denuncia efectuada por la señora M. por la supuesta desaparición de su hija R. M. (v. fs. 744 vta., 4° párr.).

Luego, examinó en detalle las constancias del informe producido por el Oficial Principal P. E. D. P. obrante a fs. 26 de la citada causa, donde se describe el procedimiento realizado y los efectivos que intervinieron.

Asimismo, destacó que del Expte. N° 130/127-0130-A/11 sobre Información Sumaria Administrativa, surgía que los agentes A. V. R., J. R. F., E. M. R. y J. R. R. partícipes del operativo, declararon que para reducir al señor C. dada la resistencia ofrecida, hicieron uso de la fuerza en la medida necesaria.

También se analizaron los diferentes testimonios rendidos por el señor R. M. —colectivero y testigo presencial de la detención— en la presente causa y en las restantes (también en Expte. N° 5328/11-1 "C. R. B. s/ denuncia apremios ilegales, en la Información Sumaria Administrativa y en el Expte. M. B. s/ denuncia"), donde el mismo en todas las oportunidades y en similares términos respondió: "...hubo un forcejeo para detenerlo, lo esposaron, lo bajaron, y lo llevaron... No vi lesiones, lo único que vi es que lo esposaron con las manos atrás..." (v. fs. 745 vta., 1° párr.).

A continuación, se ponderaron los distintos informes médicos existentes: a) del Dr. José Alejandro Vacca de la División de Medicina Legal del Departamento de Policía Científica: donde se detalla que el accionante presentaba "edema bipalbebral izquierdo.

Lesiones de reciente data de evolución y como las producidas con o contra un elemento duro"; b) Dr. Antonio Paima Bardales del Hospital de Puerto Bermejo: "presenta hematoma en cuenca de ojo izquierdo, de más o menos 24 horas de evolución"; c) Dr. José Eduardo Pérez de Medicina Legal de la Policía quien detalló: "al momento del examen presenta equimosis ocular biparbebral izquierdo, edema contuso en pirámide nasal. Lesiones de varios días de evolución". Respecto de estos informes, la Alzada remarcó que en ninguno se consignó que se haya examinado completamente al actor, dejándose constancia solamente de las lesiones en el rostro.

Por último analizó: d) el informe del Instituto Médico Forense realizado por el Dr. Juan Carlos Sinkovich donde se dejó sentado "presenta esquimosis conjuntival izquierda y periocular, excoriaciones en ambas muñecas de miembros superiores cara interna de ambos, las lesiones fueron producidas por golpe con elemento natural y las esposas metálicas"; y e) el emitido por la Dra. Ninda María Sanz que indica: "...refiere dolor de mediana intensidad, esporádico en región posterior de cuello y en región temporal izquierda. Se observan escoriaciones en vías de cicatrización lineales alrededor de ambas refiere el examinado producido por las esposas. En región superior interna de ambos muslos se observan equimosis de color rojovioláceo...." y las fotografías de las lesiones aportadas a la causa (v. fs. 745/746 y vta.).

De esta manera la Cámara afirmó que la interpretación armónica de las pruebas reseñadas, lograban persuadir de que las lesiones que sufrió el actor, no tenían como único origen la fuerza ejercida en el acto de detención, antes bien los elementos convictivos reunidos desvirtuaban la versión de los hechos que brindó la accionada, la cual fincaba en la pretendida ausencia de responsabilidad. Para llegar a dicha conclusión resaltó que el único testigo presencial —chofer del colectivo—, imparcial por no tener relación con la policía ni con el aprehendido, describió en forma reiterada y coherente las circunstancias en que se produjo la detención, y si bien declaró que hubo forcejeo y caída dentro del habitáculo, también afirmó que el señor C. no sufrió lesiones al momento de la

aprehensión. Sin embargo, dos horas más tarde la División de Medicina Legal verificó la presencia de daños físicos que dan cuenta los informes reseñados (v. fs. 746 vta., 6° párr.).

En este orden de ideas, las sentenciantes finalmente aseveraron que en el caso particular, las heridas visibles constatadas en la persona del actor se produjeron con posterioridad al acto de detención y antes de su ingreso a la División de Medicina Legal del Departamento de Policía Científica, es decir mientras se hallaba bajo la custodia de la policía provincial, sin que la demandada acreditara que las lesiones obedecieran al ejercicio racional de la fuerza o a causa ajena a la misma.

5°) De este modo, no se visualiza de tales conclusiones la arbitrariedad endilgada, las que se condicen con las concretas constancias de la causa y las probanzas existentes, limitándose la quejosa a esgrimir su propia valoración de las pruebas y su mera discrepancia con lo decidido.

Es que la recurrente insiste en que el procedimiento de detención no fue anormal y que solo se aplicó el ímpetu necesario para reducir al actor ante la resistencia que opuso al momento de la aprehensión. Sin embargo, del preciso detalle de las actuaciones efectuado por la Alzada se desprende, que el señor C. sufrió lesiones y escoriaciones en varias zonas del cuerpo, en particular en el ojo izquierdo producida por un golpe contra o con un elemento duro, todo lo cual no se condice con el procedimiento "regular" sostenido por la accionada. Más aún cuando no deberían haberse presentado complicaciones al tratarse de un joven de 18 años, frente a la presencia de cuatro policías en el momento inicial de la detención. La impugnante alega que la fuerza utilizada se debió a que el actor se resistió a la detención, pero dicha circunstancia no resulta contundente ni suficiente para modificar o conmover lo resuelto, en razón de la evidente desproporcionalidad de las medidas adoptadas durante todo el procedimiento; esto es, luego de esposarlo, durante el trayecto y el posterior alojamiento en el departamento de trata de personas, donde resulta evidente que continuó recibiendo vejaciones que produjeron las lesiones presentadas.

Se concluye de esta manera, que la recurrente extraordinaria omitió refutar eficazmente todos y cada uno de los fundamentos reseñados y que dieron sustento a la decisión cuestionada, la que luce razonable y apoyada en las constancias y material probatorio, lo que descarta todo sesgo de arbitrariedad.

Es que la tarea recursiva no se agota en la mera insistencia de dotar a las probanzas de la valoración propicia a su interés, sino que exige demostrar la sin razón de la interpretación y argumentación desplegada en la sentencia, abordando todos los aspectos, lo que no acontece en estos autos.

Por lo que no se puede más que colegir que la presentación adolece de una técnica defectuosa que sella adversamente la suerte del remedio *sub examine*.

6°) Por otra parte, y en relación al cuestionamiento de que la Alzada se apartó de los fundamentos recursivos y analizó nuevamente todos los hechos, lo que era improcedente puesto que configuraba una nueva revisión integral de temas debatidos en la instancia anterior, debe señalarse que en virtud de la apelación surge la plenitud de la jurisdicción del Tribunal de Alzada, aunque claro está, respetando las etapas precluidas y la medida del recurso.

Así, se ha precisado que "las potestades de los tribunales de alzada sufren, en principio, una doble limitación; la que resulta de la relación procesal, que aparece con la demanda y contestación —congruencia—, y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso —dispositivo—" (conf. "Morello, Augusto Mario; Sosa, Gualberto Lucas, Berizonce, Roberto Omar; Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados; tomo III, Ed. Platense, La Plata, 2002, ps. 399/400).

En el *sub lite* puede observarse del memorial que obra a fs. 702/711 vta., que el actor apeló la totalidad de la sentencia, y que no solo se agravió de la falta de consideración de pruebas que estimaba esenciales, sino que además cuestionó la interpretación y valoración que el juez de primer grado efectuó del material probatorio para desestimar la responsabilidad de la demandada, por lo que la Cámara contaba con amplia jurisdicción para analizar los extremos debatidos.

Así, puede afirmarse que el Tribunal de Apelaciones se expidió en el marco de los agravios formulados por el apelante, todo lo cual torna la queja analizada en una mera discrepancia sin asidero jurídico alguno.

En esa dirección se tiene establecido: "Cuando el apelante ataca al expresar agravios la totalidad de lo resuelto en la instancia anterior, pidiendo que se lo revoque en forma completa, ello revierte al tribunal de alzada la totalidad de su jurisdicción, de modo que al analizar ampliamente los extremos debatidos en el caso, aquel ejerce en forma normal la competencia apelada" (conf. autor cit., T. III, p. 417).

7°) Por último, y respecto del agravio dirigido a la valoración que las magistradas realizaron de la declaración testimonial del señor M., dable es afirmar que estando en presencia de un cuestionamiento respecto

a la ponderación de cuestiones fácticas y probatorias tiene aquí vigencia la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que "...no procede la tacha de arbitrariedad, si ella se funda en la simple discrepancia del apelante con los hechos y la interpretación de las pruebas efectuadas por los jueces de la causa" (Fallos: 235:462; 249:354 y 683).

Si bien las reglas de la sana crítica a que alude la ley adjetiva no se encuentran definidas en forma escrita, constituyen en definitiva directrices, consejos o indicaciones encaminados al sentenciante. Son principios de lógica, que corresponden al criterio individual de los jueces y respecto de los cuales estos son soberanos en su interpretación y aplicación, y que solo pueden tenerse por infringidas cuando resulte que se ha hecho una apreciación manifiestamente absurda de las pruebas, circunstancia que tal como se señaló precedentemente, no se configura en el *sub lite*.

Se observa que las camaristas valoraron dicha testimonial siguiendo un razonamiento lógico, y lo confrontaron con las restantes pruebas, en especial con los informes médicos y fotografías que daban cuenta de las lesiones sufridas y de la oportunidad en que se produjeron, todo lo cual descarta que se trate de una visión parcializada o descontextualizada.

8°) Consecuentemente corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada Provincia del Chaco a fs. 752/760, contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad, que obra a fs. 740/750 vta.

9°) Costas. Dado el resultado arribado y lo dispuesto por el artículo 83 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, las correspondientes a esta instancia extraordinaria se imponen a la parte demandada —Provincia del Chaco— recurrente vencida.

10°) Honorarios. Los emolumentos de los profesionales se regulan tomando como base el capital condenado actualizado a la fecha, y de conformidad a lo previsto en los arts. 3, 5 y 11 de la ley 288-C, estimándose las sumas que se consignan en la parte dispositiva.

No se regulan estipendios al abogado Nicolás Iván Umansky (M.P. N° 5550) ni a la Fiscal de Estado Subrogante Andrea Lorena Quevedo (M.P. N° 4673) en virtud de lo dispuesto por el art. 3 de la ley 457-C.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente Sentencia N° 285: I. Desestimar el recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la parte demandada Provincia del Chaco a fs. 752/760, contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad, que obra a fs. 740/750 vta. II. Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la parte recurrente accionada vencida —Provincia del Chaco—. III. Regular los honorarios profesionales de la abogada de la parte actora, Graciela Mabel Joos (M.P. N° 8359) en la suma de pesos ... ($ ...) como patrocinante. Todo con más IVA, si correspondiere. No se regulan emolumentos al abogado Nicolás Iván Umansky (M.P. N° 5550) ni a la Fiscal de Estado Subrogante Andrea Lorena Quevedo (M.P. N° 4673) de conformidad a lo dispuesto por el art. 3 de la ley 457-C. IV. Regístrese. Protocolícese. Notifíquese personalmente o por cédula o por medios electrónicos. Remítase la presente, por correo electrónico, a la señora Presidente de Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad y a la señora Presidente de dicha Cámara, dejándose por Secretaría la respectiva constancia. Oportunamente bajen los autos al juzgado de origen. — *Alberto M. Modi.* — *Rolando I. Toledo.*

TASA DE INTERÉS

Determinación. Existencia de altos niveles de inflación. Pandemia. Utilización de la indemnización para el consumo de bienes y servicios.

1. — A efectos de determinar la tasa de interés aplicable, no es posible desconocer la crisis económica que atraviesa nuestro país desde hace más de una década, con preocupantes niveles de inflación que deprecian el ingreso de las familias y con una pandemia generada por el virus COVID-19 que ha dejado consecuencias que todavía no hemos logrado dimensionar. En el marco de esta realidad económica y social debemos valorar que si bien resulta lógico que se pretenda la aplicación de tasas de interés que recompongan de mejor manera el capital condenado, ello no puede basarse en modelos abstractos de tarifación del perjuicio del acreedor, que no atiendan al verdadero comportamiento que los mismos hubieran hecho del crédito.

2. — No es posible identificar en forma automática al daño moratorio con un lucro cesante consistente en la productividad frustrada por la falta de pago del capital adeudado, que conlleve necesariamente hacia el reconocimiento de una tasa de interés pasiva de captación.

3. — Muchas de las indemnizaciones, por la naturaleza del daño que pretenden reparar, permiten presumir un uso puntual y específico del

dinero adeudado que no es compatible con la afectación a plazo fijo sino con el consumo de bienes y servicios.

ST Corrientes, 21/12/2020. - G., G. M. y M. G., G. D. c. P., L. E. y/o provincia del Chaco s/ daños y perj. y daño moral.

[Cita on line: AR/JUR/73944/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

INTERESES

Se impone la tasa activa.

Expte. N° 10492/07-1-C

Resistencia, diciembre 21 de 2020.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

1. Relato de la causa. La Sra. G. M. G., por sí y en representación de su hijo G. D. M. G., promovió demanda de daños y perjuicios contra la Sra. L. E. P. y la Provincia del Chaco por las lesiones graves inferidas al aludido menor el día 19 de agosto de 2006. Relató que en la mencionada fecha, siendo las 21 hs. aproximadamente, el hijo de la accionada le disparó en el tórax a G. D., con el arma reglamentaria asignada a su madre como suboficial principal de policía, en ocasión de que ambos adolescentes se hallaban solos en el domicilio de la Sra. P.

La Provincia del Chaco contestó la pretensión deducida, alegando que no resultaba procedente responsabilizar al principal por el hecho del dependiente con la sola invocación de que el daño fue producido por un agente de la fuerza policial.

La co-demandada L. E. P. respondió la acción, atribuyendo la causación del evento al propio damnificado, que no tuvo los mínimos cuidados ni advirtió el peligro que suponía ponerse a jugar con el arma de fuego.

El Juzgado Civil y Comercial N° 2 de esta ciudad hizo lugar al reclamo indemnizatorio por la suma de $105.357, como capital, con más los intereses de tasa activa nominal anual vencida a treinta días que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento, desde la fecha del hecho dañoso y hasta su efectivo pago. La demandante y la Provincia del Chaco apelaron tal decisorio.

La Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Resistencia, modificó la sentencia de primer grado, elevando el monto del capital condenado a la suma de $364.957. Asimismo, confirmó la aplicación de la tasa de interés activa fijada por la Sra. Juez *a quo*, que había sido cuestionada por la actora.

Contra dicho pronunciamiento la accionante deduce el recurso de inconstitucionalidad en tratamiento.

2°) Los agravios extraordinarios. Sostiene la recurrente que el fallo es arbitrario en cuanto mantiene la tasa de interés establecida en la decisión de primera instancia en base a afirmaciones dogmáticas, que no constituyen derivación razonada del derecho vigente. Apunta que su parte demostró, realizando los cálculos correspondientes, que la tasa pasiva del Banco Central recompone más adecuadamente el capital deteriorado por el fenómeno inflacionario.

3°) La solución propiciada. En forma preliminar cabe destacar, que acerca de la impugnabilidad de las decisiones sobre la materia traída a examen, esta Sala a partir de las sentencias N° 182/01 y N° 790/04, ha sentado que a los fines de los recursos extraordinarios locales, la cuestión relativa a intereses es accesoria, de hecho, prueba y derecho común, propia de los jueces de la causa y, por tal, exenta de revisión en sede extraordinaria, salvo supuestos excepcionales que la habiliten (conf. Sent. N° 790/04, N° 55/05, N° 267/14, N° 193/15, N° 222/15, N° 330/16, entre muchas otras).

Ello conjuga con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido que "La vía del recurso extraordinario no lleva a la sustitución del criterio de los jueces de las otras instancias por el de la Corte Suprema en la valoración e interpretación de normas de derecho común" (Fallos: 292:117). En el mismo sentido, sostiene Sagüés "...la teoría de las sentencias arbitrarias se crea para los supuestos de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, a causa de los cuales la sentencia pronunciada queda descalificada como acto judicial" (Sagües, Néstor Pedro, Recurso Extraordinario, Editorial Astrea, Buenos Aires, edición 1992, T. 2, p. 57).

Dicha doctrina resulta de estricta aplicación al remedio local, que está imbuido de similares motivos que el estatuido en el orden federal y, en virtud de ello, la procedencia del que nos ocupa está supeditada a la demostración de un vicio de naturaleza tal, que lleve a la descalificación de lo decidido en base a la doctrina de la arbitrariedad (conf. Sent. N° 92/93 y N° 287/01, entre muchas otras).

4°) Sentado ello, y confrontados los fundamentos del fallo con los agravios formulados, observamos que la parte recurrente no logra demostrar la existencia de los vicios que denuncia, apareciendo el pronunciamiento apoyado en fundamentos que lucen suficientes para sostenerlo como acto jurisdiccional válido.

5°) En tal sentido, se advierte que la Cámara remarcó que es criterio de este Superior Tribunal de Justicia que en los daños y perjuicios el cálculo de los intereses a aplicar como resultado de una sentencia deberá hacerse en función de la tasa activa nominal anual vencida a treinta días que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones ordinarias de descuento, calculadas en forma lineal (Sala Primera Civil, Comercial y Laboral, Sentencias N° 201/12 y N° 202/12). Razón por la cual el criterio sentado por la Sra. Juez de primera instancia se ajustó a la doctrina sustentada por este Tribunal Cimero en supuestos similares anteriores.

Al respecto, cabe apuntar que "No obstante que las decisiones de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por la misma Corte como por los tribunales inferiores" (Fallos: 341:570), lo que mutatis mutandi es de aplicación al presente.

Resulta lógico que los tribunales inferiores tengan en cuenta la jurisprudencia sentada por este Superior Tribunal de Justicia y la apliquen en los casos pertinentes y análogos, afianzando la previsibilidad de las decisiones judiciales y la coherencia en la interpretación de las leyes, ya que como es sabido y padecido por la ciudadanía toda, si las reglas judiciales se aplican en forma diferente y con interpretaciones erráticas, ello produce una insalvable inseguridad jurídica que no se corresponde con la debida administración del servicio de justicia.

6°) Por lo demás, no es posible desconocer la crisis económica que atraviesa nuestro país desde hace más de una década (agravada, sin duda, en los últimos cinco años), con preocupantes niveles de inflación que deprecian el ingreso de las familias y con una pandemia generada por el virus Covid-19 que ha dejado consecuencias que todavía no hemos logrado dimensionar.

En el marco de esta realidad económica y social debemos valorar que si bien resulta lógico que se pretenda la aplicación de tasas de interés que recompongan de mejor manera el capital condenado, ello no puede basarse en modelos abstractos de tarifación del perjuicio del acreedor, que no atiendan al verdadero comportamiento que los mismos hubieran hecho del crédito.

No resulta prudente afirmar que la generalidad de los actores que litigan por un monto resarcitorio o de otra naturaleza en los tribunales de justicia hubieran destinado el capital que se les adeuda al ahorro y/o a la inversión a plazo fijo.

De tal manera no es posible identificar en forma automática al daño moratorio con un lucro cesante consistente en la productividad frustrada por la falta de pago del capital adeudado, que conlleve necesariamente hacia el reconocimiento de una tasa de interés pasiva de captación.

El ejercicio argumental de postular modelos de comportamiento presunto como modo de tarifar en abstracto el perjuicio del acreedor (proponiendo una ficción sobre lo que hubiera hecho el actor si el demandado le pagaba oportunamente) no debe ser llevado a cabo sin una atenta consideración de la coyuntura en la que esa propuesta conceptual opera.

A ello, cabe agregar que muchas de las indemnizaciones, por la naturaleza del daño que pretenden reparar, permiten presumir un uso puntual y específico del dinero adeudado que no es compatible con la afectación a plazo fijo sino con el consumo de bienes y servicios (v.gr., el daño moral frente a una afectación espiritual presupone el consumo de aquello que genere satisfacciones sustitutivas y compensatorias; la indemnización por lucro cesante implica el uso del dinero para cubrir el ingreso afectado por las lesiones sufridas por la víctima que le imposibilitaron ejercer sus labores, etcétera).

7°) Lo expuesto, pone de relieve la ausencia de un absurdo en la motivación brindada por el Tribunal de Apelaciones que habilite esta instancia extraordinaria, toda vez que no se advierte alguna transgresión constitucional en lo resuelto. En esa dirección, el más Alto Cuerpo Nacional ha sostenido "Si la decisión del *a quo* importó adoptar una solución posible autorizada por los ordenamientos locales apoyándose en razones suficientes los agravios dirigidos a dicho tema solo trasuntan una discrepancia de los apelantes respecto a la solución dada a un tema ajeno, por su naturaleza, a la instancia extraordinaria" (CSJN, 29/07/1982, "Cunha, José G. y otra c. Ojeda, Hugo V. y otro", Fallos: 304-948).

8°) Por consiguiente, concluimos en que lo expresado resulta demostrativo que lo decidido por la Al-

zada no contiene un vicio de gravedad tal que lo haga descalificable como acto jurisdiccional válido, por lo que deberá desestimarse el recurso extraordinario en trato.

9°) Costas. Las pertinentes a esta sede extraordinaria se imponen en el orden causado, considerando que la recurrente litigó bajo la creencia de que le asistía razón en su planteo, avalada por elementos objetivos de apreciación que traduce en su escrito de fundamentación (art. 83, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial del Chaco).

10°) Honorarios. Los emolumentos profesionales se regulan tomando la base utilizada en el decisorio impugnado —que no ha sido cuestionada— y aplicando las pautas de los artículos 3, 5, 6, 7 y 11 de la ley arancelaria vigente. Realizados los cálculos pertinentes se obtienen las sumas que se consignan en la parte dispositiva.

Con lo que terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: I. Desestimar el recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora a fs. 603/613, contra la sentencia dictada por la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad que obra a fs. 585/597 vta. II. Imponer las costas de esta instancia extraordinaria en el orden causado. III. Regular los honorarios del abogado Celso Oscar Mohuape (MP N° ...) en las sumas de pesos ... ($...) y pesos ... ($...) en el carácter de patrocinante y apoderado, de la actora. No se establecen emolumentos a favor de las letradas intervinientes por la Provincia del Chaco en virtud de la imposición de costas y lo dispuesto por el art. 3 de la ley 457-C. IV. Regístrese. Protocolícese. Notifíquese personalmente o por cédula y/o por medios electrónicos. Remítase la presente, por correo electrónico, a la señora Presidente de la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad y a la señora Presidente de dicha Cámara, dejándose por Secretaría la respectiva constancia. Oportunamente bajen los autos al juzgado de origen. — *Rolando I. Toledo.* — *Emilia M. Valle.*

DAÑOS OCASIONADOS POR COSAS INERTES

Hombre que tropieza con un chapón en el estacionamiento del Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Procedencia de la demanda.

1. — El Consejo Profesional de Ciencias Económicas debe responder por los daños padecidos por un hombre que tropezó con un chapón metálico en el estacionamiento del edificio, pues el paso debió de haber estado expedito, en buenas condiciones, libre de obstáculos y de peligros imprevisibles. Por lo demás, no pasa inadvertido que el hecho se produjo a las 21:15 hs. aproximadamente, de forma tal que una deficiente señalización incrementa el peligro causado por la cosa en mal estado.

2. — La demandada y su seguro afirmaron que medió culpa del actor porque eligió desplazarse e ingresar al estacionamiento donde sufrió el accidente por un acceso exclusivo para vehículos, y no por los otros reservados al tránsito de peatones. Puede concluirse que existía autorización tácita de la demandada para que los peatones ingresen a la cochera por la rampa.

3. — La supuesta infracción en que habría incurrido el actor por haber estacionado en un lugar de uso exclusivo para los matriculados no es relevante. Se trata de una falta que no guarda relación con la causa que provocó el siniestro y, además, no se demostró que exista algún impedimento o prohibición para que alguno de los matriculados autorizara a terceros a ingresar al garaje con sus datos.

4. — La posición irregular o anormal que tenía la cosa —chapón o chapa metálica— al momento en que ocurrió el infortunio y su intervención activa en la producción del daño, se encuentra debidamente demostrada. A su vez, tampoco se acreditó que el actor hubiera intentado descender de manera imprudente por el medio de la rampa, es decir, que se hubiera colocado en una situación riesgosa que hubiera colaborado con la ocurrencia del infortunio actuar culposo de la víctima, más aún si un mínimo de control y de cumplimiento de los deberes de seguridad por parte de la demandada respecto de las condiciones del garaje, hubiera evitado el accidente.

5. — Más allá de la invocación de la ley 24.240, el caso se rige por el factor objetivo de atribución, en la medida que el daño que se dice padecido se atribuye a la existencia de bordes, puntas desparejas e irregulares, de una tapa metálica, ubicada en el inicio de la rampa de descenso al estacionamiento, la cual se encuentra bajo la órbita de custodia de la demandada. Por tanto, ya sea que se aplique el estatuto mencionado o bien el régimen de los daños causados por las cosas inertes, se llegaría a idéntica solución.

CNCiv., sala M, 18/12/2020. - Saponare, Ángel Leandro c. Consejo Profesional de Ciencias Económicas CABA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/67575/2020]

Expediente N° 55.191/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 18 de 2020.

La doctora *Benavente* dijo:

I. Según se relata en el escrito de postulación, el 20 de agosto de 2013 aproximadamente a las 21:10 hs. el actor había comenzado a bajar a pie al estacionamiento ubicado en el edificio del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de esta Ciudad, sito en ... Mientras se dirigía al lateral izquierdo para descender, enganchó uno de sus pies con una tapa metálica ubicada a nivel del suelo en la rampa de descenso, que tenía un borde aguzado y desparejo. Tropezó y cayó al piso. Explicó que ambas reservas laterales tenían su acceso obstaculizado, por lo que ineludiblemente debió transitar por el chapón. En el garaje —dijo— no había ningún cartel que indicara por donde se debía entrar o salir, ni advertencia o prohibición expresa acerca de la circulación peatonal.

Como consecuencia de la caída Saponare experimentó politraumatismos y la fractura del húmero izquierdo. Fue trasladado en ambulancia al Sanatorio Municipal "Dr. Julio Méndez" (cfr. fs. 171 y fs. 176/194).

La demandada resistió el planteo e invocó como causal de exoneración la culpa de la víctima. Adujo que la rampa es de ingreso-egreso de vehículos exclusivamente, por cuanto al estacionamiento se accede a pie ingresando al edificio por la entrada principal, ubicada en ..., o bien por la lateral de ... a través de los ascensores que conducen al subsuelo. Añadió, que el estacionamiento es para uso exclusivo de los matriculados, condición que no reviste el accionante, que se hizo pasar por tal, informando un tomo y folio que no le pertenecen. Impugnó la procedencia y cuantía de las partidas reclamadas.

Solicitó la citación en garantía de "Liberty Argentina Cía. de Seguros". Al presentarse, denunció el cambio de denominación por el de "Integrity Seguros Argentina SA" Opuso el límite de cobertura y la franquicia —deducible— pactados en la póliza. Sostuvo que el accidente se produjo por la culpa exclusiva del demandante e impugnó la cuenta indemnizatoria efectuada en el escrito de inicio.

Producida la prueba que fue considerada pertinente en la audiencia preliminar, a fs. 349/368 la Sra. Juez de grado admitió parcialmente la demanda. Consideró probada en parte la culpa de la víctima, a quien atribuyó el 50% de responsabilidad. Por tanto, estableció que la demandada debía hacerse cargo del 50% de los daños. Fijó los rubros indemnizatorios e impuso las costas a la accionada y su seguro. Hizo extensiva la condena a "Integrity Seguros Argentina SA".

Todas las partes apelaron el pronunciamiento en procura de sus respectivos intereses.

II. Está fuera de discusión en la especie que por aplicación de las normas de derecho transitorio, el caso debe ser juzgado a la luz del código civil sustituido (art. 7° Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), toda vez que el accidente que se investiga, es de fecha anterior a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

III. Por razones de orden lógico, examinaré primero las quejas formuladas por las partes relativas a la responsabilidad atribuida por la *a quo*.

El actor sostiene que el caso debe juzgarse a la luz de la ley 24.240 —y sus modificatorias— pues se demostró que se ha violado la obligación de seguridad a cargo de la accionada. Se agravia también porque la Juez de grado sostuvo que intentó ingresar al estacionamiento por un acceso exclusivo para vehículos y argumenta que la alegada prohibición de uso peatonal de la rampa no fue advertida, ni señalizada. Por el contrario, al pintar las reservas sobre elevadas de amarillo y colocarles cintas antideslizantes, se indujo a error respecto de la posibilidad de circular. Solicita se le atribuya la totalidad de la responsabilidad en el hecho a la emplazada.

Tanto el Consejo Profesional de Ciencias Económicas como la citada en garantía, insisten en la postura expuesta al contestar demanda, anteriormente sintetizada.

IV. Como se advierte de la reseña precedentemente formulada, más allá de la invocación de la ley 24.240, no abrigo dudas que el caso se rige por el factor objetivo de atribución, en la medida que el daño que se dice padecido se atribuye a la existencia de bordes, puntas desparejas e irregulares, de una tapa metálica, ubicada en el inicio de la rampa de descenso al estacionamiento, la cual se encuentra bajo la órbita de custodia de la demandada. Por tanto, ya sea que se aplique el estatuto mencionado o bien el régimen de los daños causados por las cosas inertes, se llegaría a idéntica solución.

En efecto, el art. 1113 del Cód. Civil regula en su segunda parte el deber de responder por los daños ocasionados con las cosas, y por el riesgo o vicio de estas. Dentro de la categoría de las "cosas" se distingue entre las que están en movimiento bajo la acción de una fuerza cualquiera y las inertes. Estas últimas son las cosas "inactivas", o como bien se ha señalado,

los objetos que por su naturaleza están destinados a permanecer quietos, por ejemplo, el piso, una escalera, una pared, un árbol, un automóvil estacionado, etc. (Mayo, Jorge, "Responsabilidad civil por los daños causados por cosas inertes", ED, 170-997; el mismo autor en Bueres-Highton, "Código Civil y normas complementarias", t. 3 A, p. 626 y ss.).

Cuando se trata de daños causados por cosas inertes, recae sobre el damnificado la carga de probar el comportamiento o posición anormal de aquellas 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, op.cit., t. III, p. 308 y cita n° 39; Mayo, Jorge A. "Responsabilidad Civil por los daños causados por cosas inertes", ED, 170-997 y ss., y su cita en nota 23; CSJN, Fallos: 314:1505, entre otros). 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, op. cit., t. III, p. 327; esta Sala mi voto en "Burgos, Margarita I. c. Coto CICSA y ot. s/ daños y perjuicios", Expte. n° 14.535/2006 del 28/09/2018 y sus citas).

V. Para acreditar las circunstancias en que se produjo el hecho el actor ofreció el testimonio de R. G., quien relató que caminaba por el lugar y al mirar hacia el garaje, vio que a una persona que circulaba por la rampa, trastabilló con el segundo chapón y cayó. Lo ayudó a incorporarse y refirió que este se quejaba de dolor en el brazo izquierdo.

La demandada y su seguro afirmaron que medió culpa del actor porque eligió desplazarse e ingresar al estacionamiento en cuestión por un acceso exclusivo para vehículos, y no por los otros reservados al tránsito de peatones.

Al respecto, el testigo L. C. M. relató que concurría asiduamente al estacionamiento de la demandada con su padre —contador matriculado—. Dijo que entraban con el vehículo y luego salían a pie y muchas veces también ingresaban caminando al garaje por la rampa, como lo hacían también otras personas. Es decir, la utilización peatonal de la rampa, constituía una práctica habitual. Su relato es convincente, frente a las preguntas y repreguntas dio acabadamente razón de sus dichos y no advierto que hubiera sido mendaz (art. 456 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por otra parte, si bien el testigo H. R. B. —dependiente de la accionada— dijo que solamente están autorizados a circular por la rampa los automóviles, al ser interrogado por la *a quo* acerca de si había un lugar para que los peatones descendieran hasta el subsuelo, respondió que estos podían circular libremente. Los dichos del testigo coinciden con las imágenes que se desprenden de las reproducciones color acompañadas a fs. 24/29, donde no se observa ningún cartel o advertencia que prohíba la circulación o el ingreso peatonal al estacionamiento por la rampa ubicada en ...

Las declaraciones reseñadas son concordantes con el informe pericial. En efecto, según la perito ingeniera las dimensiones y características de las veredas sobre elevadas, ubicadas a ambos costados de la rampa —pintadas de amarillo, con pedadas, alzadas y cintas antideslizantes colocadas— permiten tener por demostrado que la circulación peatonal se hallaba permitida (fs. 129/163).

A partir de lo expuesto puede concluirse que existía autorización tácita de la demandada para que los peatones ingresen a la cochera por la rampa. Por tanto, el paso debió de haber estado expedito, en buenas condiciones, libre de obstáculos y de peligros imprevisibles, y no en el estado que describió la experta y que puede observarse en los anexos fotográfico (fs. 129/52) y planimétrico (fs. 153). En este último se advierte claramente que el inicio de los accesos a las veredas sobre elevadas laterales estaba obstaculizado por diferentes objetos, por lo que necesariamente el actor debió atravesar el chapón. Por lo demás, no pasa inadvertido que el hecho se produjo a las 21:15 hs. aproximadamente (ver fs. 40/42), de forma tal que, una deficiente señalización, incrementa el peligro causado por la cosa en mal estado.

A su vez, de las manifestaciones vertidas por B., puede inferirse que, como sostuvo el actor en el escrito de inicio, a la hora que sucedió el infortunio la rampa era el único acceso habilitado para llegar al estacionamiento. Repárese que, según el testigo, al momento del accidente el personal de seguridad se encontraba en las cocheras, porque estaban cerrando el edificio, lo que habitualmente ocurre a las 21:30 hs.

No constituye un dato menor, las marcadas diferencias que existen entre las fotografías agregadas a la causa —que corresponden a la época del hecho— y la descripción efectuada a la fecha del peritaje (ver fotografías de fs. 24/29 y fs. 333/344), y el de la fecha del peritaje (ver fs. 129/149). En efecto, la perito ingeniera destacó que a la fecha de la inspección —28 de junio de 2017, es decir prácticamente cuatro años después del hecho— encontró una barrera totalmente distinta de las que se pueden apreciar en las fotografías, más larga, con luces, que cubre prácticamente todo el ancho del acceso, como así también una persona operándola que impedía el ingreso y la circulación peatonal por la rampa. Comprobó también profusión de carteles colocados en diferentes sectores del estacionamiento con leyendas tales como "Prohibido

el tránsito de peatones por la rampa vehicular" y "Sr. Matriculado: por su seguridad se ruega No transitar por la rampa. Utilice los ascensores" (ver fs. 129/149). Nada de esto existía a la fecha del accidente, de modo tal que la falta de información suficiente al momento del infortunio ha quedado acreditada.

La supuesta infracción en que habría incurrido el actor por haber estacionado en un lugar de uso exclusivo para los matriculados no es relevante. Se trata de una falta que no guarda relación con la causa que provocó el siniestro y, además, no se demostró que exista algún impedimento o prohibición para que alguno de los matriculados autorizara a terceros a ingresar al garaje con sus datos.

En conclusión, sobre la base de los elementos reseñados, la posición irregular o anormal que tenía la cosa —chapón o chapa metálica— al momento en que ocurrió el infortunio y su intervención activa en la producción del daño, se encuentra a mi juicio, debidamente demostrada. A su vez, tampoco se acreditó que el actor hubiera intentado descender de manera imprudente por el medio de la rampa, es decir, que se hubiera colocado en una situación riesgosa que hubiera colaborado con la ocurrencia del infortunio actuar culposo de la víctima, con los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad propio del casus, más aún si un mínimo de control y de cumplimiento de los deberes de seguridad por parte de la demandada respecto de las condiciones del garaje, seguramente hubiera evitado el accidente. En consecuencia, no es posible considerar configurada la eximente aducida, con los caracteres del casus.

Por tanto, propicio revocar este aspecto medular de la sentencia y atribuir la totalidad de la responsabilidad por el infortunio a la demandada.

VI. Me ocuparé de las críticas vinculadas con la procedencia y cuantía de las partidas que fueron admitidas.

a) Incapacidad psicofísica sobreviniente:

La suma fijada en la sentencia únicamente fue apelada por el actor por considerarla reducida en función de las secuelas que presenta con motivo del accidente.

Por incapacidad sobreviniente debe entenderse cualquier alteración del estado de salud física o psíquica de una persona que le impide gozar de la vida en la medida en que lo hacía con anterioridad al hecho, con independencia de cualquier referencia a su capacidad productiva (conf. Alpa - Bessone, "Il fatti illeciti", en Tratatto de Diritto Privato (dir. Resigno), XIV-6, p. 9. La protección de la integridad corporal y la salud estuvo implícitamente consagrada en la Constitución Nacional de 1853 (SCJ Mendoza, sala I, marzo 1-1993, "Fundación Cardiovascular de Mendoza c. Asociación de Clínicas de Mendoza", ED, T. 153 p. 163, con nota de Susana Albanese) y, explícitamente, en el art. 42 de la Carta Magna y a través de la incorporación de los tratados internacionales, en la modificación de 1994.

Así, tal protección resulta, entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1: "Todo ser humano tiene el derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar; tiene derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia"); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.1: "Los Estados se comprometen al reconocimiento de derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"); de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" y art. 11.1: "Toda persona tiene el derecho... al reconocimiento de su dignidad"); del art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad").

De la prueba informativa remitida por el Sanatorio Municipal "Dr. Julio Méndez" surge que el actor fue atendido el día del hecho por guardia. Se dejó asentado que presentó fractura diafisaria de húmero izquierdo, inmovilizándole dicho miembro superior con un cabestrillo (ver fs. 179). Fue intervenido quirúrgicamente el 30 de agosto con colocación de un clavo endomedular acerrojado. Continuó su atención por consultorios externos (cfr. fs. 176/194).

El informe médico producido a fs. 273/280 por el Dr. Pedro Martín San Juan, da cuenta que al momento del examen el actor exhibe una cicatriz de 5 cm x 3 mm de ancho, levemente hiperpigmentada y a nivel, y otra en el brazo, hipopigmentada lineal, de 2 cm con una impronta transversal. La fractura está consolidada y no presenta movimiento. Ello surge verificado asimismo en los estudios complementarios solicitados. Aunque destacó que sobresale levemente el extremo del clavo endomedular. El actor presenta como secuela limitación a la abdo-elevación, con dolor. El perito estimó la minusvalía física parcial y permanente en el 11% TO (cfr. fs. 277).

En el aspecto psicológico, el experto concluyó que como consecuencia del accidente Saponare padece

un síndrome depresivo reactivo en período de estado leve, que le ocasiona un 15% de incapacidad (cfr. fs. 275 y fs. 277). Sugirió la realización de un tratamiento psicológico individual para evitar el agravamiento del cuadro.

El peritaje fue observado únicamente por la citada en garantía, cuyas críticas fueron rebatidas por el perito en la audiencia de explicaciones.

No puede soslayarse que, según la doctrina consolidada de la corte federal, el derecho a la reparación del daño injustamente experimentado tiene jerarquía constitucional, toda vez que el neminem laedere, reconoce su fuente en el art. 19 CN. De este se infiere el derecho a no ser dañado y, en su caso, a obtener una indemnización justa y plena (CSJN, "in re" "Santa Coloma" (Fallos: 308:1160); "Ghünter", (Fallos: 308:111); "Aquino" (Fallos: 327:3753). Precisamente, este fundamento se ha plasmado en el nuevo Cód. Civil y Comercial, cuyo art. 1740 expresamente indica que la indemnización "debe ser plena", aclarando a continuación que ese carácter consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso. Este es, en otros términos, el contenido de la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de modo que el nuevo código no ha hecho más que continuar en la senda ya trazada, como puede advertirse —entre otras disposiciones— a partir del principio de la inviolabilidad de la persona humana (art. 51 Cód. Civ. y Comercial).

En el caso de lesiones el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial concretamente dispone que "...la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote a término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades". En tales condiciones, el principio de reparación plena al que hice referencia, cuenta con parámetros concretos a ponderar para verificar la razonabilidad del crédito por lesiones.

Para fijar la cuantía del daño, utilizaré la fórmula Vuoto, sin soslayar otros elementos complementarios que surgen de la prueba y permiten mayor flexibilidad para cuantificar el daño en cada caso. Se trata, en definitiva, de las denominadas "particularidades" de cada situación específica que, en muchísimos supuestos, no son susceptibles de ser encapsuladas dentro de fórmulas ni pueden ser mensuradas en rígidos esquemas aritméticos (SCBA, "P. c. Cardozo, Martiniano B. s/ daños y perjuicios", del 11/02/2015, LA LEY, BA 2015 (julio), 651). Por tanto, en el caso, para justipreciar esta partida, tomaré en consideración que al momento del hecho el actor había alcanzado la edad necesaria para acogerse al beneficio jubilatorio. Sin embargo, no sería correcto tomar exclusivamente como base exclusivamente ese factor, pues si bien normalmente esta referencia constituye un dato relevante a tener en cuenta, lo cierto es que continuaba realizando tareas remuneradas (fs. 273 y vta.).

Cuadra tener en cuenta la incapacidad peritada, que conforme al método de las capacidades restantes asciende al 24,35% y computaré los ingresos que el actor denunció que percibía a la época del infortunio, que considero razonable ($10.000, ver fs. 5 del incidente sobre beneficio para litigar sin gastos N. 55.191/2015/1) y a todo ello aplico la tasa de descuento del 8%. Sobre esa base, propongo al Acuerdo incrementar prudencialmente la indemnización por esta partida a la de pesos ciento cincuenta mil ($150.000, conf. art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial y 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

b) Daño moral:

El actor, critica el monto otorgado por este renglón por considerarlo exiguo y alejado del principio de reparación justa y plena.

Desde siempre, me incliné por la corriente que asigna al daño moral carácter resarcitorio (conf. CSJN, del 24/08/1995, "Pérez, Fredy c. Ferrocarriles Argentinos", JA, 1997-III, síntesis; CNCiv., Sala A, del 01/10/1985, LA LEY, 1986-B, 258; ídem, Sala C, del 08/06/1993, JA, 1994-IV-síntesis; ídem, Sala F, JA, 1988-IV, p. 651), ya que busca en definitiva contribuir a compensar la conmoción que el padecimiento genera mediante el alivio que puede importar la suma que se otorga (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1989, p. 179 y ss., Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, F. A., "Derecho de Obligaciones", La Plata, 1969, T. I, p. 251 y ss.). No queda reducido al clásico "Premium doloris" (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que además de ello, apunta a toda lesión del espíritu que se traduce en alteraciones desfavorables para las capacidades del individuo de sentir —*lato sensu*—, de querer y de entender (conf. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 1, 1992, p. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, 1986-III-902 y 903; Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I-727 a 732). Este criterio es el que finalmente prevaleció en el Cód. Civ. y Comercial (art. 1740 "*in fine*").

En función de ello, los sinsabores, angustias, miedos y. demás sentimientos adversos deben ser enjugados proporcionando a la víctima recursos para mitigar el detrimento causado, de modo que pueda acceder a gratificaciones viables para superar el padecimiento (Iribarne, Héctor P., "De los daños a la persona", ed. Ediar, p. 143 concs., Galdós en Lorenzetti (dir), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ed. Rubinzal Culzoni, T. VII, p. 503 ss.), fórmula esta que ha sido incluida en el art. 1741 de la ley sustantiva vigente.

Es sabido, por otra parte, que el daño extrapatrimonial se produce *in re ipsa*, no requiere prueba y no tiene por qué guardar proporción con los perjuicios materiales (conf. CNCiv., Sala G, L. 282.602, del 16/02/2001, esta Sala mi voto en autos "Bauer, Julieta C. y ot. c. Trenes de Buenos Aires SA s/ daños y perjuicios", del 06/08/2018, entre muchísimos otros precedentes).

El Cód. Civ. y Comercial dispone claramente que el monto de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales "debe fijarse ponderando las indemnizaciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" (art. 1741).

A la luz de esos postulados, la lesión causada a la integridad física de la víctima, la intervención quirúrgica, el período de reposo y la rehabilitación kinesiológica que debió soportar, como así también que tuvo que utilizar un cabestrillo en el brazo lesionado antes y después de la operación, y la sensación de incertidumbre sobre su eventual curación, tienen entidad —sin duda— zozobra, inquietud, pena íntima, es decir, para causar un daño extrapatrimonial resarcible. En tales condiciones, con criterio de prudencia postulo aumentar la indemnización otorgada por esta partida a la de pesos ochenta mil ($80.000; art. 1741 del Cód. Civ. y Comercial y art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VII. Franquicia:

La compañía se seguros se confunde pues argumenta que la Sra. Juez de grado sostuvo que la franquicia de u$s 1.200 pactada en la póliza resultaba exigua y desnaturalizadora del contrato de seguro y que la declaró inoponible a la parte actora. No es así. De la lectura del punto V de la sentencia recurrida se desprende claramente que la *a quo* señaló que la parte actora no proporcionó fundamentos suficientes como para considerar que el deducible/franquicia opuesto por la aseguradora en su responde (fs. 80/ vta.) resultara una convención desnaturalizadora del contrato, por lo que resolvió mantenerla (cfr. fs. 356 vta./357). Por tanto, las quejas resultan abstractas y deben ser desestimadas.

VIII. Tasa de interés:

La citada en garantía se queja porque la colega de grado ordenó liquidar los réditos a la tasa activa y solicita que fijen a la tasa pura del 6 u 8 % anual desde la fecha del siniestro hasta la sentencia y, desde allí en adelante, a la tasa activa. Saponare, en tanto, se agravia de que la *a quo* hubiera dispuesto que los intereses relativos al reclamo por "tratamiento psicológico" comiencen a computarse desde que quede firme la sentencia.

Por aplicación de la doctrina plenaria dictada en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" del día 20 de abril de 2009 (art. 303 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, reincorporado por la ley 27.500), debe disponerse la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el hecho y hasta el efectivo pago, a menos que de su aplicación se siga una alteración del monto de la condena o un indebido enriquecimiento del acreedor, salvedad que no advierto configurada en la especie. Antes bien, dicha tasa contribuye a mantener intangible el capital por el que prospera la acción para que, al momento de recibir el pago, el resarcimiento no resulte deteriorado por causas exógenas que pudieran acarrear la pérdida de su valor adquisitivo, desvirtuando de este modo el principio de reparación plena (art. 1740 Cód. Civ. y Comercial).

Cuadra destacar, además, que en reiterados pronunciamientos de esta Sala, hemos resuelto que para establecer el monto de la indemnización debe considerarse el resultado indemnizatorio final, que es el que debe prevalecer por sobre la aplicación de abstractas fórmulas matemáticas (conf. CSJN, "Bonet c. Experta", Fallos: 342: 1662, (Fallos: 323:2562; 319:351; 316:1972; 315:2558; 326: 259; esta Sala, voto de la Dra. De los Santos en "Petella Rago c. Knaap", del 18/03/2019, mi voto en "Choque, Valentina Dionisia c. Transporte Almirante Brown SA Línea 33 s/ daños y perjuicios" del 25/11/2019, entre varios). De allí, y toda vez que la cuantía de los daños fue determinada y revisada a valores históricos, sugiero confirmar el pronunciamiento de grado en este punto.

En cuanto a la suma por tratamiento psicológico, advierto que fue fijada teniendo en consideración el costo de la sesión estimado por el perito médico en su informe de hace más de dos años (cfr. fs. 278 pto. 5), y se encuentra desactualizada respecto de los valores corrientes. Por tanto, y toda vez que el monto por el que prosperó esta partida no ha sido cuestionado, postulo en este caso, disponer que los intereses también se liquiden a la tasa activa desde la fecha del hecho y hasta el efectivo pago. En consecuencia, úni-

camente con respecto a esta última cuestión sugiero modificar parcialmente este acápite.

IX. En síntesis. Por lo expuesto postulo al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia de grado y atribuir la totalidad de la responsabilidad por el infortunio a la demandada. Propicio modificarla en cuanto se incrementan las sumas fijadas por "incapacidad sobreviniente" y "daño moral" a las de pesos ciento cincuenta mil ($150.000) y pesos ochenta mil ($80.000), respectivamente. Asimismo, sugiero modificar lo expuesto en punto a los réditos vinculados a los gastos futuros, de conformidad con lo dispuesto en el acápite pertinente. En lo demás, propicio confirmar el pronunciamiento en cuanto fue materia de agravio. De compartirse, las costas de Alzada se imponen a la demandada y a la citada en garantía, que resultan sustancialmente vencidas (art. 68 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

La doctora *Iturbide* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia que la Vocalía n° 37 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1) Revocar parcialmente la sentencia de grado y atribuir la totalidad de la responsabilidad por el infortunio a la demandada. 2) Modificarla e incrementar las sumas fijadas por "incapacidad sobreviniente" y "daño moral" a las de pesos ciento cincuenta mil ($150.000) y pesos ochenta mil ($80.000), respectivamente. 3) Modificar el cómputo de los intereses relativos a los gastos futuros. 4) Confirmarla respecto de lo demás que decide y fue materia de agravio. 5) Imponer las costas de Alzada a la demandada y a la citada en garantía (art. 68 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). 6) Diferir la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia, para una vez que se encuentren determinados los correspondientes a la instancia anterior (artículo 14 del Arancel). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía n° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Gabriela A. Iturbide.*

RESPONSABILIDAD DE LA PRESTATARIA DE SERVICIOS

Provisión de gas. Sentencia que exime de responsabilidad a la empresa demandada. Irregularidades en la conexión.

1. — La cámara de apelaciones, para eximir de responsabilidad a la empresa de prestadora del servicio de gas, ha omitido considerar la extensión de la obligación de seguridad —y su consecuente atribución de responsabilidad— a la luz del derecho a la seguridad, previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios como sujetos particularmente vulnerables. No hizo mérito sobre las irregularidades identificadas en el peritaje, en relación con la instalación del gas, así como tampoco ahondó en la responsabilidad que —en función de tales deficiencias— le podría corresponder a la empresa, denota una asombrosa falta de fundamentación de la sentencia.

2. — Frente al carácter objetivo de la responsabilidad atribuida con fundamento en el art. 40 de la ley 24.240, la cámara debió haber analizado las constancias de la causa en forma pormenorizada para determinar si se encontraba acreditada la ruptura del nexo causal que exonerara a la empresa distribuidora de gas. La invocada situación de incertidumbre es insuficiente a tales efectos (del voto de los Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

CS, 22/12/2020. - Vela, Marcia Andrea y otros c. Gas Natural Ban SA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/67800/2020]

Suprema Corte:

- I -

La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia de primera instancia que había admitido la demanda interpuesta por M. A. V. y C. A. G. —por derecho propio y en representación de su hijo, M. E. G.— contra la locadora —P. G. B.— por los daños y perjuicios provocados por la intoxicación con monóxido de carbono sufrida por madre e hijo y debido a la cual perdiera la vida el hijo menor de la pareja, A. J. G., y la había rechazado en relación a la empresa Gas Natural Ban SA y la citada en garantía Mapfre Argentina Seguros SA (fs. 979/1006 y 1113/1127 de los autos principales, a los que me referiré salvo aclaración en contrario).

Para llegar a esa conclusión la cámara tuvo en cuenta el informe técnico de la causa penal —presentado por Gas Natural Ban SA— y el del perito ingeniero producido en estas actuaciones y entendió que el accidente ocurrió debido a la existencia de instalaciones defectuosas y antirreglamentarias en el calefón, la estufa y la cocina, que produjeron que se consumiera el oxígeno y que no se evacuaran los gases del monoambiente que ocupaban los actores, locatarios del inmueble.

Con relación a la responsabilidad de la empresa demandada, expuso que existe una situación de incertidumbre que surge de las constancias de la habilita-

ción e instalación de los medidores y, remitiéndose a los fundamentos de la sentencia de primera instancia, consideró que no puede imputársele el accidente, en tanto se produjo por una conexión irregular de cañerías y artefactos en el sector interno efectuada por el usuario que tenía la custodia. Por lo tanto, concluyó que las acciones y omisiones de la distribuidora no habían constituido causa adecuada del daño.

- II -

Contra ese pronunciamiento, la parte actora dedujo recurso extraordinario (fs. 1133/1146) que, una vez contestado (fs. 1149/1160), fue denegado (fs. 1164/1165), lo que motivó esta presentación directa (fs. 60/64 del cuaderno respectivo).

Afirma que la sentencia es arbitraria en tanto resuelve en contra de los hechos probados en la causa y el régimen de protección de los consumidores aplicable al caso —arts. 42 de la Constitución Nacional y 5, 6, 28 y 40 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor— omitiendo que la demandada habilitó el servicio irregularmente, lo que genera su responsabilidad por incumplimiento de sus deberes de seguridad y control que se encuentran a su cargo.

Manifiesta que se procedió a brindar el servicio en una edificación construida fuera de regla y al margen del control municipal. Además, aduce que cuando la empresa procedió a cambiar el primer medidor por otros dos, no realizó la inspección integral de las instalaciones internas, las que presentaban grave riesgo para los ocupantes.

Al respecto, remarca que le correspondía al tribunal decidir si esa forma de obrar de la proveedora era acorde con el deber de seguridad que impone el estatuto del consumidor y el Programa de Prevención de Accidentes por inhalación de monóxido de carbono —Res. Enargas 1256/1999—, aspecto que no abordó, tornando la sentencia en arbitraria.

Expresa que la responsabilidad de la empresa por violar el deber de seguridad es objetiva y que resulta indistintamente responsable junto a la locadora por haber creado las condiciones para la acción posterior de esta, sin que se hubieren acreditado las características de caso fortuito del hecho de un tercero por el que no debía responder.

Explica que, ante la duda, catalogada como una "situación de incertidumbre" por el *a quo*, se debió condenar a la empresa demandada ya que en el régimen de responsabilidad objetiva las eximentes de responsabilidad deben estar perfectamente probadas.

Agrega, por último, que se violó el deber de información respecto de las condiciones de seguridad de las instalaciones internas y que se afectó el derecho a un trato digno del usuario y consumidor (arts. 8 bis y 28 de la ley 24.240).

- III -

Si bien los agravios vinculados con la atribución de responsabilidad por daños y perjuicios remiten al examen de cuestiones Tácticas y de derecho común y procesal, materia ajena —como regla y por su naturaleza— a la instancia del artículo 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para admitir el recurso por arbitrariedad cuando se ha omitido dar un tratamiento adecuado a la contienda de acuerdo a los términos en que fue planteada, el derecho aplicable y la prueba rendida y, por lo tanto, el pronunciamiento no configura un acto judicial válido (Fallos: 330:4459, "Cardozo"; 330:4983, "Banco de la Nación Argentina"; entre otros).

A mi modo de ver asiste razón a la recurrente al sostener que la cámara valoró erróneamente los incumplimientos de Gas Natural Ban SA para eximirla de responsabilidad.

En ese sentido, el tribunal omitió considerar que la interpretación del alcance de la obligación de seguridad y la consecuente atribución de responsabilidad debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Constitución Nacional para los consumidores y usuarios, tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Ledesma" (Fallos: 331:819). Alli, el tribunal puntualizó que la incorporación del vocablo seguridad en el artículo 42 de la Constitución Nacional es una decisión valorativa "que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas" y "obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos" (considerando 6°). También señaló que "los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial" (considerando 7°).

Ello, especialmente en el marco de la responsabilidad objetiva prevista en el artículo 40 de la ley 24.240 (incorporado por el art. 4° de la Ley 24.999) que establece: "si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán 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 correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena."

En efecto, en el *sub lite*, el *a quo* omitió evaluar, de manera pormenorizada, la incidencia causal que pudo haber tenido en la producción del daño la habilitación incorrecta del servicio de gas, en particular, las falencias en la instalación de los medidores, la falta de verificación de las instalaciones internas de la vivienda al momento de la habilitación del servicio y la defectuosa instalación de las cañerías, es decir, el incumplimiento de deberes de seguridad a cargo de la empresa prestadora.

De la pericia presentada por el ingeniero civil se desprende que el día 6 de octubre de 1999 se instaló un primer medidor para abastecer la casa de la demandada B. El experto afirmó que aquella instalación se realizó de manera irregular toda vez que no existe constancia de la identificación del instalador o del inspector que revisó las instalaciones internas, así como tampoco la hay del informe de final de obra, "lo que hace dudoso que esas diligencias se hayan cumplido" (fs. 832 vta. y 833 vta.). También se señaló que, en algún momento que no se puede determinar, en el terreno se construyó una nueva vivienda, la que luego fue locada por las víctimas a la señora B. Asimismo, entre la fecha de instalación del primer medidor y la ocurrencia del evento dañoso se reemplazó la conexión original de gas externa por otra en la que se instalaron dos medidores nuevos, uno para la vivienda donde ocurrió el siniestro y otro para la de la locadora. Con relación a esa nueva conexión, el perito indicó que "se omitió la inspección integral de las instalaciones internas, las cuales no estaban en regla, presentando graves riesgos para la salud de los ocupantes" (830, 831 vta./833 y 860).

Además, en lo tocante a la construcción donde vivían los actores, el experto remarcó numerosas irregularidades. Señaló que no existe documental que acredite el pedido de servicio, croquis de la instalación, certificación expedida por gasista matriculado, certificado de chequeo que dé cuenta que la instalación estaba en condiciones para habilitar el medidor o aprobación final. Destacó que solo fue presentado un expediente respecto de la vivienda donde residía B. por un servicio para dos bocas —estufa y cocina— y ninguno para la vivienda de los actores que tenía tres bocas —cocina, calefón y estufa— (fs. 833). Concluyó que "la prestataria, no verificó que se cumplieran los requisitos exigidos por la reglamentación vigente, que la misma publica en su página web, respecto de los pasos a seguir, para proceder a instalar el medidor de gas" (fs. 860).

En cuanto a las irregularidades especificas de los artefactos instalados en el monoambiente que ocupaban los actores detalló que la estufa era de tiro natural cuando, por las características del inmueble, debía ser de tiro balanceado o con rejillas para circulación de aire; que el calefón no tenía llave de paso en el ambiente y que carecía de una cañería de salida de gases, por lo que la gran cantidad de dióxido de carbono que producía quedaba en el ambiente; que la cocina estaba cerca de una ventana, lo que se encuentra prohibido; que la ubicación donde se encontraba la llave de paso de la cocina no era permitido y que no había rejillas de ventilación correctamente instaladas para el calefón o la cocina, lo que también era antirreglamentario (fs. 833).

En relación a la instalación de las cañerías, el perito indicó que los tendidos se colocaron "por afuera, y a nivel del suelo del patio, lo cual no es seguro, ni permitido, por posibilidad de pinchadura, y/o rotura mecánica" y que "si están al exterior y no empotrados a una pared, deben estar amurados mediante grampas y no pegados al suelo, como es el caso, ya que se corren riesgos mecánicos y de oxidación por humedad continua. De allí que la reglamentación vigente no lo acepte" (fs. 834 vta.). Luego explicó que esa instalación de las conexiones en el exterior de las viviendas, sin ninguno de los recaudos descriptos, hicieron viable la conexión mediante bridas y la modificación de los tendidos (fs. 834 vta./835) que permitieron el abastecimiento de gas a los actores desde la casa de la señora B. sin que estos tuvieran conocimiento del corte de suministro.

Sobre esa base, considero que, si bien el tribunal transcribió extractos de la pericia donde se describían los referidos incumplimientos, señaló de manera dogmática que se trataba de una "situación de incertidumbre" sin ingresar a un análisis concreto sobre los efectos que la habilitación irregular del servicio podría haber tenido en el accidente.

La sala, previo a desestimar la responsabilidad de la demandada por considerar que sus acciones u omisiones no constituyeron causa adecuada del daño, debió analizar la prueba referida para luego evaluar si efectivamente el actuar de B. fue la única causa del siniestro o si, por el contrario, el incumplimiento de la empresa constituía una concausa en el evento dañoso.

Es que, aun cuando haya existido una conexión interna irregular entre la vivienda de los actores y la de la señora B. —instalada por ella y de la cual las víctimas no tenían conocimiento— que se habría llevado

a cabo frente al corte de suministro por falta de pago pocos días antes del evento (fs. 94 de la causa penal y 233 del principal), el *a quo* no valoró que aquella conexión interna irregular entre las dos unidades, fue posible y facilitada por los defectos en las conexiones interiores de gas de las unidades funcionales. Del mismo modo, tampoco ponderó la contribución concausal de la falta de habilitación regular de las instalaciones de gas externas realizadas por la empresa y del sistema de distribución del gas al interior de ambas unidades, a la luz del deber de seguridad.

Además, de las actuaciones no se desprende que Gas Natural Ban SA haya intentado acreditar el cumplimiento de sus obligaciones en la habilitación inicial, en la instalación del medidor en la vivienda donde ocurrió el siniestro, o en la instalación de las cañerías, a pesar de estar dicha prueba a su cargo conforme las previsiones del artículo 53 de la ley 24.240.

No es ocioso señalar que la emanación de monóxido de carbono es un riesgo frecuente que debe ser contemplado por la empresa prestadora del servicio, de lo que da cuenta la resolución de Enargas 1256/99 referido al Marco de Referencia Provisorio para la Revisión Periódica de Artefactos. Esta establece que, teniendo en cuenta la falta de idoneidad del usuario común para advertir el riesgo en el que puede llegar a encontrarse, las licenciatarias de distribución realizarán un muestreo representativo de las condiciones de los artefactos residenciales para obtener parámetros y confeccionar los procedimientos definitivos de prevención de accidentes por causa de emanaciones de monóxido de carbono (considerandos y arts. 1 y 2). En ese sentido, no es posible plantear que la exigencia de verificación de las instalaciones internas y de los artefactos de los inmuebles, previo a habilitar el servicio de gas, resultara una diligencia extraordinaria para Gas Natural Ban SA.

En conclusión, en el caso media relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48), en tanto la sentencia cuestionada no dio un adecuado tratamiento a las cuestiones planteadas y omitió ponderar, a la luz del artículo 42 de la Constitución Nacional, elementos probatorios conducentes para decidir respecto de la responsabilidad de la distribuidora y, en su caso, el consecuente deber de responder de la citada en garantía.

Lo manifestado no implica abrir juicio sobre la solución que, en definitiva, se adopte sobre el fondo del asunto luego de considerar la totalidad de la prueba producida y los elementos relevantes, cuestión que es potestad exclusiva de los jueces de la causa y ajena a la vía del artículo 14 de la ley 48.

- IV -

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Buenos Aires, octubre 4 de 2018. — *Víctor Abramovich.*

CIV 65945/2011/1/RH1

Buenos Aires, diciembre 22 de 2020.

Considerando:

1°) Que contra la sentencia de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, tras modificar los montos de la condena, confirmó en los restantes aspectos el fallo de la instancia anterior, la actora dedujo recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la presente queja.

2°) Que los agravios de la recurrente se dirigen exclusivamente a cuestionar el rechazo de la demanda en relación con la empresa Gas Natural Ban SA.

3°) Que las cuestiones planteadas por la apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos del dictamen del señor Procurador Fiscal, que esta Corte comparte y hace suyos, y a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

4°) Que no obstante lo anterior, resulta menester señalar que si bien los agravios vertidos en el remedio federal remiten al examen de cuestiones fácticas y de derecho común y procesal, materias que —en principio— resultan ajenas a la vía del artículo 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para admitir el recurso cuando el acto jurisdiccional carece de los requisitos mínimos que lo sustentan válidamente como tal, en razón de arbitrariedad manifiesta derivada del apartamiento de constancias comprobadas de la causa, omisión de tratamiento de cuestiones sustanciales planteadas por las partes y de normativa conducente a la solución del litigio, o cuando media una fundamentación aparente, que se apoya únicamente en conclusiones de naturaleza dogmática.

5°) Que, en efecto, la cámara de apelaciones, para eximir de responsabilidad a la empresa demandada, ha omitido considerar la extensión de la obligación de seguridad —y su consecuente atribución de responsabilidad— a la luz del derecho a la seguridad, previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios.

En tal sentido, esta Corte ha señalado en el precedente “Ledesma” (Fallos: 331:819), que la seguridad es un valor expuesto en la norma del artículo 42 de

la Constitución Nacional que debe guiar la acción de todos aquellos que realizan actividades que —directa o indirectamente— se vinculen con la vida o la salud de las personas. La presencia de ese valor en el texto constitucional "...es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos" (considerando 6°).

La explicación axiológica de tal conclusión, fue señalada por el Tribunal en el citado precedente en los siguientes términos: "...los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial..." (considerando 7°).

6°) Que en la sentencia recurrida, la cámara, tras reseñar las irregularidades expuestas por el perito ingeniero en relación con la instalación y habilitación del gas en el inmueble donde se produjo el escape, concluyó señalando que "...esta situación de incertidumbre (...) a la cual añado, los claros y precisos fundamentos expuestos por el sentenciante de grado (...) permiten proponer, mantener la responsabilidad de la manera efectuada en la instancia de grado".

La escueta conclusión del fallo, que no hizo mérito sobre las irregularidades identificadas en el peritaje producido en la causa, así como tampoco ahondó en la responsabilidad que —en función de tales deficiencias— le podría corresponder a la empresa prestadora del servicio de gas, denota una asombrosa falta de fundamentación de la sentencia que, de tal forma, se apoya en una afirmación dogmática.

Por lo demás, la "situación de incertidumbre", invocada como único argumento para solventar la exoneración de responsabilidad de la empresa en el caso, debió ser acompañada de un análisis fundado, ponderando la obligación de seguridad mentada por el artículo 42 de la Constitución Nacional, los elementos de prueba reunidos en el expediente y la atribución de responsabilidad que, de manera especial y con carácter objetivo, establece el artículo 40 de la ley 24.240.

7°) Que sobre tal base, asiste razón a la recurrente en cuanto afirma que la resolución apelada es arbitraria y, por ende, corresponde su descalificación como acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad de sentencias, a fin de que los planteos sean nuevamente considerados y decididos mediante un fallo constitucionalmente sostenible (Fallos: 336:421, entre otros).

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal y habiendo tomado intervención la Defensoría General de la Nación, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado en la presente. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto). — *Ricardo L. Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco* (por su voto). — *Juan C. Maqueda.* — *Horacio D. Rosatti.*

Voto de los doctores *Rosenkrantz* y *Highton de Nolasco*

Considerando:

1°) Que los antecedentes de la causa se encuentran adecuadamente reseñados en los puntos I y II del dictamen del señor Procurador Fiscal, al que cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2°) Que si bien los agravios de la apelante remiten al estudio de cuestiones de derecho común y a la ponderación de aspectos fácticos y probatorios reservados, en principio, a los jueces de la causa y ajenos a la instancia extraordinaria, cabe hacer excepción a esa regla cuando —como ocurre en la presente— el pronunciamiento apelado omite tratar cuestiones conducentes para la correcta solución del litigio y se aparta de las constancias de la causa, apoyándose en meras afirmaciones dogmáticas que impiden considerarlo sentencia fundada en ley que exigen los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 327:5717; 339:499; entre otros).

3°) Que, luego de reseñar las diversas irregularidades y deficiencias de control señaladas en el informe pericial obrante a fs. 829/844 vta. y en las contestaciones del perito a las observaciones formuladas por las partes (fs. 859/861 y 864/868 vta.), la sentencia apelada confirmó el rechazo de la atribución de responsabilidad a la codemandada Gas Natural Ban SA Fundó su decisión en la "situación de incertidumbre [...] a lo cual añado los claros y precisos fundamentos expuestos por el sentenciante de grado a fs. 995" (fs. 1118), aserto que no pasa de ser una simple afirmación dogmática, desprovista del mínimo desarrollo argumental que —apoyado en las constancias de la causa— permita considerar que se trata de un fundamento suficiente para sostener la decisión como acto jurisdiccional válido.

4°) Que, por una parte, no resulta evidente en modo alguno cuál sería la incertidumbre respecto de la actuación que le cupo a la prestadora del servicio público.

En efecto, el perito señaló en reiteradas oportunidades las condiciones antirreglamentarias y falencias técnicas de las instalaciones del inmueble en el que se produjo el lamentable suceso (por ejemplo, a fs. 831, 833 vta., 861, 864 vta., entre otras), la vinculación que a su juicio existiría entre tales condiciones y el siniestro que motiva la presente acción (fs. 834, 836) y las graves deficiencias de control en las que habría incurrido la empresa demandada (fs. 832, 833/833 vta., 834/834 vta., 835/835 vta., 860/860 vta., 864 vta.). Es decir que, según el experto, las deficiencias de control habrían posibilitado la existencia de instalaciones antirreglamentarias y carentes de las mínimas condiciones de seguridad. Por lo tanto, sin abrir juicio sobre la conclusión que quepa extraer de tal material probatorio, es claro que la mera afirmación de que existiría una "situación de incertidumbre" —respecto de la cual no se ofrece ninguna elaboración adicional— no basta para fundar la sentencia recurrida. Tampoco es suficiente la remisión a los fundamentos dados por el juzgado de primera instancia, según los cuales el daño se produjo por causas originadas en cañerías y artefactos instalados clandestinamente, sobre los que el usuario tiene la custodia (fs. 995), cuando el perito señaló que la demandada habría omitido realizar inspecciones que, más allá del carácter interno o externo de las instalaciones, podrían haber tenido incidencia causal en el acaecimiento de los daños reclamados, como se señalara antes.

5°) Que, por otra parte, el art. 40 de la ley 24.240 prescribe que "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán 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 correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena". Frente al carácter objetivo de la responsabilidad atribuida con fundamento en la norma citada, la cámara debió haber analizado las constancias de la causa en forma pormenorizada para determinar si se encontraba acreditada la ruptura del nexo causal que exonerara a la empresa distribuidora. La invocada situación de incertidumbre es insuficiente a tales efectos.

6°) Que, en las condiciones reseñadas, en el caso media relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías que se dicen vulneradas (artículo 15 de la ley 48), razón por la cual corresponde la descalificación del pronunciamiento apelado a la luz de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias.

Por ello, habiendo tomado intervención la Defensoría General de la Nación y de conformidad en lo pertinente con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se declaran procedentes la queja y el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance que surge de los considerandos precedentes. Con costas (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por intermedio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz.* — *Elena I. Highton de Nolasco.*

DAÑO MORAL Y NEUROCIENCIAS

Muerte de una mujer en un accidente de tránsito. Sostén de hogar. Reclamo realizado por los hijos mayores de edad. Extensión de la condena al titular registral. Daño moral como vivencia experiencial subjetiva y personal. Reducción de la energía vital. Incremento de la indemnización de setenta mil a setecientos mil para cada hijo.

1. — El daño moral o extrapatrimonial o no patrimonial que se trata de un daño presumido, lo estimo en $700.000 para cada uno de los actores. La suma otorgada por este concepto permitirá a los actores acceder a bienes de consumo o actividades de esparcimiento que permitan, a modo de indemnizaciones sustitutivas o compensatorias, mitigar el padecimiento y desconsuelo, con gratificaciones reparatorias. Para arribar a ese monto tengo en cuenta que está probado por testigos que la víctima era el sostén de la familia y su deceso afectó mucho a los actores, quedaron muy mal, los aturdió mucho, es como que quedaron a la deriva, tuvieron que salir a buscar trabajo y era difícil conseguirlo **[1]**.

2. — El daño moral, no patrimonial o extrapatrimonial puede ser concebido como el comprensivo de todos los detrimentos espirituales no incapacitantes del actor, el dolor, las aflicciones, los padecimientos, desconsuelo, desdicha, congoja, que provocan malestar grave y que alteran la estructura de los pensamientos, emociones y sentimientos **[2]**.

3. — El padeciente de daño moral experimenta un estado anímico, emocional o psicológico negativo, displacentero, de malestar intenso; se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial que se traduce en variada sinto-

matología: tristeza, impotencia, desolación, desamparo, abatimiento, pesimismo, desgano, desinterés, dificultades para tomar decisiones **[3]**.

4. — El sufriente, y dependiendo ello del distinto grado y afectación de su estructura psíquica y emocional, tiene una percepción negativa o distorsionada de la realidad (a raíz de la alteración de los pensamientos), que provoca repercusiones desfavorables en las emociones (ira, miedo, alegría, tristeza, asco, sorpresa) alterando los sentimientos (amor, fe, vergüenza, odio, culpa, envidia; arts. 1078 y 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación) **[4]**.

5. — La persona afectada en su esfera extrapatrimonial experimenta emociones y sentimientos negativos a partir de la evocación de pensamientos que desencadenan ese estado final —físico y psíquico— de ausencia de bienestar (arts. 1078 y 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación) **[5]**.

6. — La procedencia y cuantía del daño moral se concreta en las aflicciones espirituales, padecimientos y dolores y mortificaciones derivadas, en el caso del fallecimiento de la madre y cuyo resarcimiento procura una mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, desazón y penurias.

7. — En lo atinente al daño moral corresponde hacer lugar al agravio de los actores dado que el mismo fue calculado a valores históricos ($70.000 para cada uno) y el cálculo debe realizarse al momento más cercano a la sentencia.

8. — Analizando la pericia del hijo de la víctima surge que tenía 23 años al momento del fallecimiento y vivía con su madre, posteriormente ingresó a trabajar a la municipalidad y ahora vive en pareja y va a tener una hija. Concluyó la perito psicóloga que es activo y responsable y asume la función paterna con dolor por la pérdida de su madre y se encuentra en estado de duelo, pero la perito no manifiesta necesidad de tratamiento terapéutico, por lo que el rechazo del rubro deberá ser confirmado.

9. — Los cuatro hijos de la víctima eran mayores de edad a la fecha del accidente y ya no tenían derecho alimentario, dado que no se ha acreditado que alguno continuara sus estudios. El fallecimiento de una persona puede acarrear daño patrimonial, el que se presume con relación a la esposa e hijos menores e incapaces, lo que resulta. Es decir, que los actores —en cuanto hijos mayores— no están alcanzados por la presunción de daño, el que debe ser alegado y acreditado por las víctimas (art. 375, Cód. Proc. Civ. y Com.).

10. — A fin de indemnizar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica o muerte las fórmulas matemáticas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura para cuantificar. Sin embargo, 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 (art. 1746, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

11. — La sentencia apelada deberá revocarse en el rubro correspondiente al valor vida rechazado para todos los hijos de la víctima y admitirlo respecto de dos de ellos, pues la convivencia de estos con su madre se encuentra acreditada mediante declaraciones testimoniales, como así también que dependían de ella para su sostén. Uno de ellos tenía 23 años al momento del accidente de tránsito y el otro, 21 años, y cabe presumir que hubieran recibido ayuda de su progenitora hasta la edad de 25 años, dado que no trabajaban al momento del fallecimiento de su madre.

12. — Corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó los rubros gastos de reparación y privación de uso, que se establecen en las sumas de $50.000 y $20.000 (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Com.), y confirmar el rechazo del rubro desvalorización venal del vehículo por falta de agravio (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

13. — La prueba en que el juez de grado fundó la exclusión de responsabilidad del titular registral no puede considerarse indudable, asertiva y categórica, requerimientos ineludibles para eximir de responsabilidad al titular registral que incumplió la normativa, dado que la eximición solicitada solo puede concederse con carácter excepcional, siendo la regla la responsabilidad (art. 1113 del Cód. Civil, arts. 1°, 12, 15, 16, 27 y concs. del dec.-ley 6582/1958; t.o. ley 22.977).

14. — La confesional del actor que habría reconocido como cierto que el titular registral había vendido el camión en el año 2006 no tiene la eficacia probatoria atribuida, porque se trata de una manifestación genérica e imprecisa del absolvente, sin entidad probatoria suficiente para liberar al titular registral (arts. 384, 456, 411 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

15. — Las declaraciones de los testigos que manifiestan haber adquirido y luego vendido el vehículo sucesivamente pierden fuerza probatoria cuando aquellos exhiben los boletos de compraventa sin que quede constancia alguna —originales o copias certificadas— de dichos instrumentos, en tanto no pueden ser valorados para comprobar su fecha (art. 1035 del Cód. Civil).

16. — Frente a terceros y a la víctima resulta insuficiente la certificación de firma de un formulario 08 con anterioridad al accidente sin llenar el espacio correspondiente al comprador, máxime cuando ya se encontraba identificado conforme la declaración del propio titular registral.

17. — La prueba aportada no alcanza para demostrar acabadamente la transferencia de la guarda del vehículo al conductor codemandado, dado que la prueba de tal extremo deber ser clara —asertiva y categórica—, de modo que permita de manera concluyente comprobar la existencia de una eximente de responsabilidad (art. 1113 del Cód. Civil, arts. 1°, 12, 15, 16, 27 y concs. del dec.-ley 6582/1958; t.o. ley 22.977).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte de una mujer en un accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Edad: 46

Observaciones: Reclamantes: 4 hijos mayores de edad.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $700.000 para cada hijo.

Daño patrimonial

Valor vida: A favor de dos hijos por $205.000 y $107.000.

Daños varios: Reparación y privación de uso por $50.000 y $20.000. Tratamiento terapéutico a favor de dos reclamantes por $18.600 y $32.000.

CCiv. y Com., Azul, sala II, 04/02/2021. - Peroggi, Ciro Gabriel y otros c. Boulanger, Eduardo Aníbal y otro/a s/ daños y perjuicios. Automotor c/les. o muerte.

[Cita on line: AR/JUR/108/2021]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1-5] GALDÓS, Jorge M., "Hacia una nueva noción conceptual del daño moral. El aporte de las neurociencias", LA LEY 28/09/2020, 1, AR/DOC/2903/2020.

COSTAS

Se imponen a los demandados.

Causa n° 2-65828-2020

2ª Instancia.- Azul, febrero 4 de 2021.

1ª ¿Corresponde confirmar la sentencia apelada de fs. 655/671? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

I. 1. Ciro Gabriel Peroggi, Blas Ramiro Agustín Peroggi, Cristian Efrain Peroggi y Oscar Adolfo Peroggi —hijos de la víctima C. G. P.—, promovieron demanda de daños y perjuicios contra Eduardo Aníbal Boulanger y Luis Alberto Montero, titular registral y conductor respectivamente del vehículo automotor marca Mercedes Benz, modelo 1114, dominio ... Los daños reclamados se produjeron como consecuencia del accidente de tránsito protagonizado por C. G. P. con el demandado Montero en el cual perdiera la vida la Sra. P. Reclaman la suma de $601.931,00 más los intereses, o la suma que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, derivados de la cuantificación de los rubros daños y desvalorización del valor venal del vehículo, privación de uso, lucro cesante, gastos de tratamiento psicológico, gastos generales del proceso y daño moral.

Sostuvieron que el día 12 de noviembre de 2010, a las 21:00 hs. C. P. circulaba por la calle Capitán Ramos en dirección a calle San Antonio de Benito Juárez, a bordo de una motocicleta marca Gilera Smash 2010, dominio ..., por su correspondiente mano de avance, cuando al llegar a la intersección con la calle Mariano

Roldán —la Sra. P. tenía la derecha, es decir la prioridad de paso—, se encuentra con el camión Mercedes Benz dominio ..., conducido por el Sr. Luis Alberto Montero, que se lanzó a cruzar la bocacalle sin prioridad, dado que circulaba por la izquierda de la víctima, provocando la colisión de ambos vehículos. Como consecuencia del choque la Sra. P. falleció.

Reclamaron la suma de $4.100 por daños a la motocicleta, $760 por desvalorización del valor de venta en plaza, $1.000 en concepto de privación de uso, $252.000 por lucro cesante, $62.571 de tratamiento psicológico, y 280.000 en concepto de daño moral para los cuatro actores ($70.000 para cada uno). Ofrecieron prueba, fundaron en derecho y solicitaron que oportunamente se dicte sentencia haciendo lugar a la demanda con costas.

2. Corrido traslado compareció Eduardo Aníbal Boulanger, titular registral del camión involucrado en el accidente, que contestó la demanda aduciendo haber vendido el vehículo Mercedes Benz 1114, dominio ... a mediados del mes de noviembre del año 2006. Para ser exacto, afirmó que le vendió el vehículo el día 18 de noviembre de 2006 al Sr. Miguel Oscar Alonso, y éste a su vez se lo vendió a un señor de nombre Alberto Yancovich, quien a su vez lo vendió al demandado Montero. Para acreditar dicho extremo acompañó copia del formulario 02 N° ... donde consta que certificó su firma en un formulario 08 el día 18/09/2006, por lo que considera acreditada la compra del camión el día 9 de febrero de 2006 y su venta el día 18 de septiembre de 2006 a Miguel Oscar Alonso. En subsidio, sin aceptar responsabilidad de su parte, negó la pretensión resarcitoria y los montos reclamados.

3.- El demandado Montero contestó la demanda destacando que se desempeña como chofer de camiones desde hace aproximadamente 15 años, siendo éste el primer accidente en que se vio involucrado. Señaló que el día 12 de noviembre de 2010 circulaba por la calle Mariano Roldán de Benito Juárez y en momentos en que finalizaba de atravesar la intersección de dicha arteria con la calle Capitán Ramos, habiendo traspasado ya ampliamente la línea media (cfr. croquis de la IPP 6234/10), sintió un golpe sobre la parte lateral trasera derecha del camión, conforme declaración del único testigo del accidente D. I. Expresó que circulaba a baja velocidad, por lo que detuvo la marcha del vehículo y descendió del mismo, encontrando que sobre la parte trasera yacía el cuerpo de una persona de sexo femenino, sin movimientos aparentes. Manifestó haber sido embestido por la víctima que circulaba en su motocicleta, siendo ella la responsable exclusiva del accidente. Impugnó los rubros indemnizatorios y montos reclamados, ofreció pruebas y solicitó el rechazo de la demanda90477/2020

4.- En la causa penal que corre agregada por cuerda, caratulada "Montero, Luis A. s/ homicidio culposo calificado por la conducción imprudente de vehículo automotor". Víctima: P., C. G., Benito Juárez" (IPP N° 6234/10), el Juzgado en lo Correccional N° 2 de Azul dictó sentencia el día 27/05/2013 donde se condenó al Sr. Luis Alberto Montero, por resultar penalmente responsable de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente y antirreglamentaria de un vehículo automotor en perjuicio de C. G. P., a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para conducir durante cinco años. Dicha sentencia adquirió firmeza.

5.- Transitada la etapa probatoria se llegó al dictado de la sentencia de primera instancia motivo de apelación. Dicho decisorio rechazó la demanda de daños y perjuicios contra el titular registral Eduardo Aníbal Boulanger e hizo lugar parcialmente a la demanda contra Luis Alberto Montero.

Para así resolver señaló que resulta aplicable el Cód. Civil por haber ocurrido el accidente de tránsito el día 12 de noviembre de 2010, antes de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Comercial. Ello sin perjuicio de aplicarse este último ordenamiento a las consecuencias no agotadas del accidente de tránsito, como son los daños y su cuantificación.

Refirió que la sentencia penal tuvo por acreditada la existencia del hecho y la participación del acusado Luis Alberto Montero a título de autor, conclusiones que tienen incidencia y resultan vinculantes en sede civil, por lo que en este proceso no puede discutirse la existencia del hecho principal, ni impugnarse la culpa del condenado. Expresó que la autoridad de cosa juzgada penal alcanza al hecho principal y a las circunstancias en que se cometió, lo que permite tener por acreditada la responsabilidad civil del demandado Montero en el accidente de tránsito. Señaló que Luis Alberto Montero violó el deber de no dañar, en tanto de la pericia accidentológica producida en la IPP (fs. 459/461) surge que los vehículos llegaron a la bocacalle en forma simultánea y la víctima contaba con la prioridad de paso por circular por la derecha, sin que se encuentre acreditado que la Sra. P. circulara a exceso de velocidad, por lo que resulta aplicable la regla general prevista en el art. 41 de la Ley de Tránsito. Valoró además que el demandado circulaba sin seguro obligatorio señalando que su contratación no es opcional, pues su obligatoriedad surge de la ley. Dijo que la contratación de un seguro de responsabilidad civil por daños frente a terceros proviene de una manda estatal, su objeto ya no recae en la indemnidad del patrimonio del asegurado, sino que la finalidad normativa yace esencialmente en la protección de la víctima, tercero ajeno a dicha relación contractual afectado por el siniestro.

En lo atiente al codemandado Boulanger señaló que fue traído al proceso en su carácter de titular registral del camión Mercedes Benz dominio ..., vehículo que participó en el accidente de tránsito en el que perdiera la vida la Sra. P. Señaló manifestó en su defensa la causal de exoneración de responsabilidad basada en el hecho de un tercero por el que no debe responder, alegando haber vendido el camión con anterioridad al hecho que motiva este reclamo. Citó jurisprudencia que admite la eximición de responsabilidad del titular registral que logre acreditar fehacientemente que ha transmitido la posesión del bien y aclaró que el art. 1113 del Cód. Civil no siempre consagra la responsabilidad concurrente del dueño y el guardián de la cosa, pues existe la posibilidad de que, en determinados supuestos, la responsabilidad del guardián desplace a la del titular registral. Expresó que en tal supuesto resulta excesivo imputar responsabilidad civil a quien puede probar, ante el acaecimiento de un hecho dañoso, que no disponía para sí el uso del automotor habiéndose desprendido fehacientemente de la guarda, como en el caso de autos. Analizó las probanzas de autos y concluyó que del informe de dominio del rodado ... (fs. 649/651) surge que el vehículo continúa en cabeza del accionado Eduardo Aníbal Boulanger, si bien consta denuncia de venta en favor de Miguel Oscar Alonso efectuada el día 29/08/2011 (con posterioridad al accidente) denunciando la fecha de entrega del vehículo el día 16/09/2006. No obstante ello resulta de interés la copia certificada del Legajo automotor del bien dominio ... expedida por el Registro de la Propiedad Automotor de Tandil, de la que surge una certificación de firma del Sr. Eduardo Aníbal Boulanger, en el formulario 08 N° ..., efectuada el día 18/09/2006 (fs. 180/182), prueba instrumental que analizó conjuntamente con la declaración de los testigos M. O. A., A. Y. y el propio demandado Luis Alberto Montero, que acreditaron la cadena de transmisiones del vehículo. Señaló el acta de procedimiento labrada en la causa penal acredita que el demandado Montero refirió ser propietario y conductor del camión, a lo que añadió que el coactor Cristian Peroggi reconoció que al momento del hecho el demandado Montero tenía la guarda del camión dominio ..., y que Boulanger había vendido dicho vehículo en el año 2006. Lo expuesto le permitió concluir que Boulanger no acreditó haber realizado la transferencia del vehículo, ni la denuncia de venta en los términos del art. 27 de la ley 22.977, pero demostró la efectiva transmisión de la guarda del rodado y con ello consiguió la liberación de responsabilidad por los daños reclamados en autos.

A renglón seguido se pronunció sobre los rubros indemnizatorios reclamados. Rechazó los daños materiales de la motocicleta, la pérdida del valor venal y la privación de uso reclamados, por falta de pruebas. Desestimó el lucro cesante, que catalogó como pérdida de chance, también por falta de pruebas. Concedió el rubro tratamiento terapéutico para Blas Ramiro Agustín Peroggi y Cristian Efraín Peroggi, fijando las sumas de $18.600 y $32.000 respectivamente, desestimando el reclamo efectuado por Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi. Rechazó el reclamo de gastos generales del proceso por improcedente, y fijó el daño moral de los actores en la suma de $70.000 para cada uno de ellos. A los daños fijados le añadió una tasa de interés equivalente a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, a abonarse desde la fecha del hecho 12 de noviembre de 2010, hasta su efectivo pago.

Las costas fueron impuestas al demandado Montero y con relación al accionado Boulanger señaló que, más allá de la exoneración de responsabilidad, corresponde que las costas de su excepción sean distribuidas en el orden causado, dado que los actores pudieron creerse con derecho a accionar a su respecto.

6.- La sentencia fue apelada por los actores (fs. 678), el recurso fue concedido libremente a fs. 679 y fundado con la expresión de agravios de fecha 15/07/2020.

7.- La impugnación de los apelantes recayó principalmente en el rechazo de la acción contra el titular registral del camión involucrado en el accidente de tránsito, el codemandado Boulanger. Contrariamente a lo sostenido en la sentencia de grado los apelantes afirman que resulta ineludible la responsabilidad de Boulanger en su rol de titular registral, dado que omitió registrar la transferencia o formalizar la denuncia de venta en los términos previstos en el art. 27 de la ley 22.977. Expresaron que la responsabilidad de Boulanger resulta esencial para la justicia del caso porque el conductor Montero es insolvente y circulaba sin seguro. Manifestaron que la ley es clara en cuanto a los efectos de la transferencia de un automotor y la necesidad de realizar la denuncia de venta para liberarse de responsabilidad civil e incumbe al titular registral probar que además de entregar la posesión del vehículo, el mismo fue utilizado en contra de su voluntad. Aludieron a la prueba valorada por el juez anterior señalando que la firma del formulario 08 que surge del legajo no resulta probatoria en cuanto omite consignar el comprador, siendo una especie de instrumento al portador en blanco que permite la circulación del vehículo sin la debida registración del nuevo titular. Manifestaron que el vehículo no fue entregado en una agencia sino que fue vendido al Sr. Alonso —conforme lo manifestado por el codemandado Boulanger—, lo que permite concluir que si el destino no hubiera sido circular sin la debida registración, el formulario 08 se hubiera otorgado con designación del comprador, cosa que no ocurrió. De ello no puede extraerse que el vehículo haya sido utilizado por Montero contra la voluntad de Boulanger, puesto

que éste en su rol de titular registral se ocupó particular y especialmente de que el vehículo pudiera circular sin ser transferido, mediante la entrega del mismo, entrega de la cédula verde y la firma de un formulario 08 sin designación del comprador. Y además, el titular registral omitió formular la denuncia de venta que hubiera implicado la prohibición de circular y la orden de secuestro para el poseedor remiso a hacer la transferencia (art. 27, ley 22.977), lo que resulta suficiente para revocar la exoneración de responsabilidad de Boulanger.

Pero además consideran que existen causas que agravan la responsabilidad de Boulanger, dado que el vehículo Mercedes Benz tenía como destino el transporte de pasajeros y no el transporte de carga, aspecto que la sentencia apelada soslayó por considerarlo no acreditado, pero que debió ser tenido en cuenta dado que el destino de transporte de pasajeros surge de la cédula verde y no merece prueba adicional. Consideran que se encuentra probado que Boulanger modificó el chasis del vehículo para ser utilizado como camión sin asentar la modificación en el Registro Automotor, hecho que surge de lo consignado en la tarjeta verde y de la declaración de Boulanger que refirió haber vendido un camión a Alonso, en tanto el demandado Montero y Yancovich afirman haber comprado un camión. Ello permite inferir que la modificación del chasis —y del destino del vehículo— fue introducida por Boulanger. Además las fotografías de fs. 85/87 son elocuentes en cuanto a que el Mercedes Benz 1114 tiene una caja de carga. Afirmaron que la falta de inscripción de esta reforma le impidió a los sucesivos compradores registrar formalmente la transferencia e imposibilitó la contratación de un seguro automotor, dado que ninguna compañía hubiera asegurado un vehículo que no tuviera asentadas registralmente sus modificaciones, aspectos que no eran desconocidos para Boulanger, por lo que no cabe eximirlo de responsabilidad, ya que además del riesgo propio de la cosa (automotor) puso en circulación una cosa con riesgo agravado por haber modificado su destino, y resultó luego imposible de asegurar. De ahí que lo actuado por Montero no pueda ser encuadrado como un tercero por el cual Boulanger no debe responder.

En la misma línea cuestionaron la prueba de las sucesivas compraventas del camión, dado que el demandado Montero declaró ser chofer de camiones desde hace quince años, mientras que el adquirente Alonso afirmó ser amigo de Boulanger y tener como profesión chofer, por lo que ninguno de los dos es transportista. Además, el camión pasó por varios adquirentes en un lapso muy corto de tiempo, en casi un año pasó por cuatro dueños, todos pertenecientes al rubro de transporte o comerciantes de automotores, que conocen la implicancia de la transferencia y la denuncia de venta. Señalaron que ninguna de las operaciones de compraventa está acreditada con el respectivo boleto e impugnaron la prueba confesional de Cristian Peroggi, cuando reconoció que Boulanger había vendido el camión en el año 2006, de la cual se hizo mérito en la sentencia, expresando que el coactor no tuvo participación personal sobre el hecho afirmado en la posición. Solicitaron la revocación de la exoneración de responsabilidad del titular registral que deberá ser condenado junto al conductor del camión.

Con relación a los daños expresaron que el sentenciante anterior los calculó a valores históricos, o sea, no actualizados al momento de la sentencia, y pese haber citado un precedente que refiere la necesidad de fijar el monto de los daños conforme los valores más próximos a la fecha de la sentencia, hizo caso omiso. Solicitaron que los montos sean fijados a valores actuales. En este sentido expresaron que el costo de la sesión psicológica fue estimado conforme lo informado por la perito Torres en el año 2013 —siete años antes de la sentencia— y actualmente el mínimo para una sesión individual de terapia es de $900 para la provincia de Córdoba, mientras que para nuestra provincia asciende a $600 cada sesión. De modo que para realizar 2 sesiones por semana durante 12 meses ($600 x 2 sesiones x 52 semanas) se necesitan en la actualidad $62.400. Apelaron la exclusión del rubro tratamiento psicológico de los coactores Ciro Gabriel Peroggi y Oscar Adolfo Peroggi, porque con relación a Ciro el fallo no contempló la pericia psicológica por lo que deberá ser modificado, mientras que Oscar Peroggi no pudo realizarse la pericia por encontrarse detenido en la cárcel de Bahía Blanca, cuando de las declaraciones de sus hermanos surge que con la muerte de su madre se desgarró la familia, el hermano mayor se desbarrancó hacia el delito y el abuso de sustancias. Señalaron que presumiéndose el daño moral es posible inferir la necesidad de tratamiento psicológico que ayude a tramitar o paliar aquél.

Respecto de los daños materiales del rodado, desvalorización del valor venal y privación de uso rechazados por falta de pruebas expresaron que la motocicleta no fue arreglada y los daños pueden extraerse de la pericia agregada a fs. 459/461 de la IPP, que indican una destrucción del 80% de la motocicleta, por lo que solicitaron que se revoque la sentencia en este aspecto y se otorguen $42.000 por daños materiales al rodado. En lo atinente a la privación de uso reclamaron los gastos sustitutivos invertidos en locomoción por no poder utilizar el ciclomotor que era de su madre, reclamando $220.000.

El rechazo del lucro cesante por no mediar pruebas al respecto también fue apelado. Adujeron que su madre era el sostén del hogar trabajando de manera

informal y como cuentapropista en la venta de perfumería y ropa blanca. Realizaron un cálculo tomando como referencia el ingreso de un SMVyM ($16.875), durante 14 años, en una proporción del 50% en favor de sus hijos, arroja una pérdida de los actores de $1.417.500.

Apelaron la cuantía del daño moral ($70.000 para cada uno), que consideraron insuficiente y solicitan que se aplique la concepción de este rubro como "precio del consuelo", y se modifique la indemnización otorgada fijándosela en la suma de $500.000 para cada uno de los actores.

Impugnaron la tasa de interés (pasiva digital) fijada en la sentencia apelada solicitando la aplicación de la tasa activa por imperiosa justicia. Citaron in extenso un fallo de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, que consideran aplicable al presente, que no transcribo por razones de brevedad.

9.- Llamados autos para sentencia y efectuado el sorteo del orden de votación, el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto.

II. 1. Derecho aplicable.

Antes de abordar el recurso, y considerando que con fecha 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el nuevo Cód. Civ. y Comercial (aprobado por Ley 26.994, modif. por Ley 27.077), cabe aclarar que los presupuestos de la responsabilidad civil, por ser hechos constitutivos de la relación jurídica, se rigen por la ley vigente al momento del hecho, esto es el Cód. Civil (arts. 1113 ss. y cdtes.). Por su parte, la cuantificación del daño se efectúa al momento de la sentencia, por lo que resulta aplicable a dicho aspecto del pronunciamiento el nuevo Cód. Civ. y Comercial (esta Sala causas nros. causa N° 59.625, "Braszka, Carlos J. y otros...", del 20/10/2015, 60.135, sent. del 12/2015 "Genta...", 64.248, sent. del 10/2019 "Palacios...", entre muchas otras).

Siguiendo dichos lineamientos, dado que el accidente de tránsito se produjo el día 12/11/2010 y el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación entró en vigencia el día 01/08/2015, la atribución de la responsabilidad derivada del accidente será analizada conforme las normas del Cód. Civil, mientras que la cuantificación del daño será realizada conforme las pautas emanadas del nuevo Cód. Civ. y Comercial (art. 1746 ss. y cdtes.), dado que son consecuencias no agotadas de una relación jurídica nacida con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen (arts. 7, 1738, 1739, 1740, 1741, 1742, 1744, 1746, 1747, 1748 y concs. del Cód. Civ. y Comercial; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2015, ps. 100 y ss., "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Segunda Parte, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, ps. 227 y ss., Galdós, Jorge Mario "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", en LA LEY 2015-F, 867, Saüx, Edgardo I. "Ley aplicable al juzgamiento de la responsabilidad civil por hechos ilícitos acaecidos durante la vigencia del Código derogado", LA LEY, 2015-F, 520).

2. Responsabilidad del titular registral.

Los apelantes solicitan la revocación de la eximición de responsabilidad de Eduardo Aníbal Boulanger, en su carácter de propietario registral del vehículo Mercedes Benz 1114 dominio ...

Esta Sala ha resuelto conforme doctrina casatoria vigente que el dueño registral de un automotor puede eximirse de responsabilidad acreditando que, pese a no haber dado cumplimiento a los recaudos legales —transferencia, en su defecto denuncia administrativa de venta—, transfirió efectivamente la guarda jurídica del vehículo a un tercero (art. 27 dec./ley 5682/1958 —t.o. ley 22.977—) (esta Sala, causa N° 49.103 "Álvarez, Oscar E. c. Pereyra, Ismael y otros, daños y perjuicios", del 11/05/2006).

La Corte Nacional expresó, con relación a la responsabilidad del titular registral que no realizó la denuncia de venta, que: "...si bien la norma mencionada creó en favor del titular registral un expeditivo procedimiento para exonerar su responsabilidad —que consiste en efectuar unilateralmente la denuncia de que ha hecho tradición del vehículo al adquirente— con el propósito de conferirle protección legal frente a la desidia o negligencia del comprador que omite registrar la transferencia, ello no excluye la posibilidad de acreditar en juicio de manera fehaciente que el titular registral ha perdido la guarda del vehículo con anterioridad al suceso que genera responsabilidad y permiten —por ende— que se evalúe en la causa si subsiste la responsabilidad que le atribuye la primera parte del art. 27 de la ley 22.977" (CS, "Seoane, Jorge O. c. Entre Ríos Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 19/05/1997; esta Sala, causa n° 47.588, 15/12/2004, "Peris Cort, Julio c. Elizalde, Eduardo y otros s/ daños y perjuicios"; doctrina seguida en el ámbito provincial por la SCBA, Ac. 81.641, 16/02/2005, "Oliva, Enrique c. Fahler, Oscar A. s/ daños y perjuicios"; esta Sala Causa N° 49.103 "Alvarez, Oscar E. c. Pereyra, Ismael y otros, daños y perjuicios", del 11/05/2006).

Sostuve con relación a dicha doctrina judicial que: "...la interpretación de la Corte Nacional que admite, además de la denuncia de venta, otros medios pro-

batorios que acrediten la desposesión del dueño inscripto o registral armoniza adecuadamente los intereses jurídicos en pugna y efectúa una interpretación razonable de una norma defectuosa que debe ser corregida. La denuncia de venta, en suma, opera como el mecanismo usual y relevante para acreditar la transferencia de la posesión a un tercero. Pero, en paralelo y con carácter riguroso, procede admitir la existencia de otros medios de prueba, distintos de la mentada comunicación, demostrativos de que el propietario registral transmitió de modo efectivo e indubitable la posesión del automotor. Se trata, en definitiva, de probar de modo asertivo y categórico la transferencia de la guarda del automóvil" (cfr. Galdós, Jorge M. y Benavente María Isabel, "Tenencia y posesión de automotores. Algunas aproximaciones", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-3-7).

También añadí que "...en definitiva y más allá de las interpretaciones que procuran armonizar los dos bloques normativos (el art. 1113 Cód. Civil y el régimen del automotor previsto por la reforma de la ley 22.977), la finalidad tuitiva del sistema legal vigente procura proteger primordialmente a la víctima de los siniestros viales operando una suerte de desaprobación de conducta de quien omitió acudir al mecanismo legal previsto por el art. 27 citado para acreditar la transferencia del automotor. Pero ello no excluye aceptar, con carácter restrictivo y casi de excepción, la prueba de que —pese a la ausencia de inscripción registral— antes del hecho dañoso operó la referida transferencia mediante una prueba contundente y categórica. Pero esta circunstancia, que la Corte infiere del análisis de las normas comprometidas, permite también evitar las injustas y excesivas condenas a quienes pese a figurar formalmente como dueños vendieron el automotor y se desprendieron de él antes del hecho nocivo. Opera, en suma, como válvula de escape para nivelar posibles excesos que resultarían de prohibir —siempre e inflexiblemente— la acreditación de la transferencia efectiva de la posesión del rodado en defecto de denuncia de venta o inscripción dominial" (cfr. Galdós, Jorge Mario, "Trasferencia de la guarda del vehículo. Denuncia de venta", en "Máximos Precedentes, Responsabilidad Civil", T. III, Parte Especial, Director Ricardo L. Lorenzetti, p. 379).

Esta doctrina se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires (SCBA C. 112.791 S 05/12/2012 "Langiano, Rosa E. c. Empresa Línea 216 SAT y otros s/ daños perjuicios", voto de la mayoría). En tal sentido se dijo que "el art. 27 del dec. ley 6582/1958 (t.o.) consagra como presunción '*iuris tantum*' la falta de responsabilidad de quien cumplimenta la denuncia allí viabilizada, en tanto la omisión de realizarla permite presumir con el mismo alcance la responsabilidad de quien ha incurrido en ella, siempre que no pruebe acabadamente que el desprendimiento de la posesión y custodia del vehículo, es decir de su 'animus domini', existió en la realidad de los hechos" (Ac. SCBA, 16/02/2005 "Oliva, Enrique c. Fahler, Oscar A."). Esa norma "creó un mecanismo para evitar que el vendedor de un automotor que había perdido la disponibilidad material del mismo con motivo de su venta fuera responsable de los daños y perjuicios que ocasionara el adquirente que había sido negligente en la realización de los trámites de transferencia (SCBA, Ac. 15/07/2009, "Prudent, Mariano H. y ot. c. Santana, Alfonso V. s/ daños y perjuicios", voto de la mayoría).

Analizando la doctrina casatoria provincial señalé que "...se argumenta que la ley 22.977 habilita la denuncia de venta como un mecanismo al que puede recurrir el vendedor; que no ha establecido una presunción iuris et de iure de que el dueño que no denunció la venta y la entrega del vehículo conserva su guarda, por lo que debe aceptarse que el transmitente tiene la posibilidad de acreditar en el proceso de modo fehaciente que ha perdido la guarda del rodado con anterioridad al acaecimiento del evento que genera el deber de reparar; que no se ha alterado el sistema de responsabilidad civil instaurado por el art. 1113; que de la interpretación armónica y funcional de las dos normas citadas (art. 1113 Cód. Civil y art. 27 ley 22.977) debe inferirse que el titular de dominio de un automotor responde civilmente hasta que haga la transferencia (tal como indica el nombrado art. 27), salvo que conforme el art. 1113, apart. 2° del Cód. Civil demuestre que el evento dañoso se ha originado sin su culpa, o por la culpa de la víctima" o según los casos, "de tercero" por ejemplo del comprador que todavía no es titular de dominio, por el que no debe responder, por haberle transferido la guarda del móvil. En estas hipótesis es el titular dominial quien tiene la carga de probar que se desvinculó de la cosa causante del daño. Por ello, en el ámbito casatorio bonaerense rige la doctrina de que 'no subsiste la responsabilidad de quien figura en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor como titular del móvil causante del daño, cuando lo ha enajenado y entregado al comprador con anterioridad a la fecha del siniestro, si esa circunstancia resulta debidamente comprobada en el proceso" (Galdós, Jorge Mario, "Trasferencia de la guarda del vehículo. Denuncia de venta", en "Máximos Precedentes, Responsabilidad Civil", T. III, Parte Especial, Director Ricardo L. Lorenzetti, p. 383) (esta Sala, causa N° 58.339, del 11/06/2014 "Sanucci...").

Conforme los lineamientos expuestos, de la interpretación propiciada del art. 27 de la ley 22.977 resulta lo siguiente: "el titular responde a menos que acredite fehacientemente que el comprador es quien tiene la guarda del automóvil (voto de la mayoría del Dr. Hitters en C. 107.352 del 28/03/2012, "Copla, María del C. c. Gobia, Oscar y otros s/ daños y perjuicios). Con

esta hermenéutica, en lugar de poner al juez como un autómata, se le da la posibilidad de analizar conforme las circunstancias particulares del pleito si fue debidamente probado el total desdoblamiento de las condiciones de dueño y de guardián del móvil". Dicha interpretación debe realizarse con carácter restrictivo —por tratarse de una eximente de responsabilidad que debe ser analizada rigurosamente—, tanto es así que la Suprema Corte provincial decidió que era insuficiente como medio de prueba la copia simple del boleto de venta sin firmas certificadas agregadas en el expediente penal (SCBA Causa 92.488, 06/05/2009, "Cidade, Conrado c. Mirande Venet, Jorge s/ daños y perjuicios") y este Tribunal consideró no era "concluyente" o "convincente y unívoca" la acreditación de la desposesión con un boleto de venta, la confesión de un codemandado y los aportes testimoniales que no eran explícitos y concretos en detalles sobre cómo y cuándo cesó la guarda jurídica del auto" (esta Sala, causas nros. 49103, 11/05/2006 "Álvarez...", 50127, del 22/03/2007 "Borda...").

Siguiendo dichas pautas hermenéuticas analizaré la responsabilidad del codemandado Boulanger como titular registral del vehículo Mercedes Benz 1114 dominio ... (cfr. informe de dominio de fs. 649/651), que no efectuó la transferencia, ni realizó la denuncia de venta en forma temporánea, pero manifestó haber vendido el camión con anterioridad al accidente de tránsito (cfr. fs. 68/68 vta.). Del informe de dominio del vehículo surge que el titular registral realizó una Denuncia de Venta el día 29/08/2011 —con posterioridad al accidente— indicando como comprador a Miguel Oscar Alonso y consignó como fecha de entrega el día 16/09/2006 (fs. 650 vta.). Con relación a dicha denuncia cabe señalar que no puede tenerse por cumplida a efectos liberatorios de la responsabilidad derivada del accidente acontecido el día 12/11/2010, por cuanto la norma es clara al señalar que debe realizarse con anterioridad al accidente de tránsito. Así dispone que "...si con anterioridad al hecho que motive su responsabilidad, el transmitente hubiere comunicado al Registro que hizo tradición del automotor..." (art. 27 dec./ley 5682/1958 —t.o. ley 22.977—).

La insuficiencia del trámite registral realizado extemporáneamente fue advertida por Boulanger quien ofreció prueba informativa al Registro Nacional de la Propiedad Automotor N° 3 de Tandil, organismo que en la contestación al oficio de fs. 181 adjuntó copia del Legajo correspondiente al dominio ... (fs. 182), del cual surge que el día 18/09/2006 Eduardo Aníbal Boulanger certificó firmas en el Formulario N° ... . Con la misma finalidad produjo prueba testimonial para acreditar la cadena de transmisiones del vehículo hasta llegar al demandado Montero (testigos A. y Y., fs. 608, 609). El testigo A. declaró ser amigo de Boulanger y haberle comprado el camión "a mediados del 2006" y habérselo vendido a Y. "en febrero de 2007" (fs. 608), mientras que el testigo Y. dijo haberlo adquirido de A. "el 12 de febrero de 2007" y habérselo vendido al demandado Montero "el 30 de abril de 2007" (fs. 609). En las actas de fs. 608 y 609 se dejó constancia de la exhibición por parte de los testigos de los boletos de compraventa, pero no fueron adjuntados al expediente, lo que torna imposible su valoración como prueba de las sucesivas transmisiones del vehículo, en particular la determinación de su fecha cierta (arts. 1035 del Cód. Civil, 317 del Cód. Civ. y Comercial, arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). La prueba testimonial se completó con la absolución de posiciones del coactor Cristian Efrain Peroggi quien reconoció haber tenido conocimiento de que Boulanger había vendido el camión motivo del accidente en el año 2006 (cfr. posición 4ª del pliego de fs. 252, acta de fs. 253, arts. 384, 421, 422 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), y el reconocimiento del codemandado Montero que manifestó ser "propietario y conductor del camión" al producirse el accidente de tránsito (cfr. fs. 610, art. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Dichas constancias probatorias fueron valoradas en la anterior instancia para eximir de responsabilidad al titular registral, considerándose especialmente la firma del formulario 08 N° ... efectuada el día 18/09/2006 (fs. 180/182), que fue analizada conjuntamente con las declaraciones testimoniales de A. (fs. 608) Y. (fs. 609) y los reconocimientos de Montero y Cristian Peroggi, que indican que el camión no sería de Boulanger al momento del accidente (cfr. Considerando 3, fs. 662/662 vta.).

Cabe señalar que a mi juicio la prueba aportada no alcanza para demostrar acabadamente la transferencia de la guarda del vehículo a Montero, dado que la prueba de tal extremo deber ser clara —asertiva y categórica—, de modo que permita de manera concluyente comprobar la existencia de una eximente de responsabilidad (art. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977). Frente a terceros y a la víctima resulta insuficiente la certificación de firma de un formulario 08 con anterioridad al accidente sin llenar el espacio correspondiente al comprador, máxime cuando ya se encontraba identificado conforme la declaración del propio Boulanger y era el Sr. A. Asimismo, las declaraciones testimoniales de A. y Y., quienes manifiestan haber adquirido y luego vendido el vehículo sucesivamente, pierden fuerza probatoria cuando los testigos exhiben los boletos de compraventa sin que quede constancia alguna —originales o copias certificadas— de dichos instrumentos, en tanto —insisto— no pueden ser valorados para comprobar su fecha (art. 1035 del Cód. Civil). Por su parte, la confesional del actor Cristian Peroggi que habría reconocido como

cierto que Boulanger había vendido el camión en el año 2006, tampoco tiene la eficacia probatoria atribuida porque se trata de una manifestación genérica e imprecisa del absolvente, sin entidad probatoria suficiente para liberar al titular registral (cfr. fs. 180/182, 253, 608, 609, 610, arts. 384, 456, 411 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por lo tanto, la prueba en que el juez de grado fundó la exclusión de responsabilidad del titular registral no puede considerarse indudable, asertiva y categórica, requerimientos ineludibles para eximir de responsabilidad al titular registral que incumplió la normativa, dado que la eximición solicitada sólo puede concederse con carácter excepcional, siendo la regla la responsabilidad (art. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977).

Los apelantes refieren además que las omisiones registrales en que incurrió Boulanger —falta de transferencia y denuncia de venta en forma temporánea—, tuvieron su origen en otra irregularidad cometida por aquél, que habría impedido regularizar el dominio del vehículo, consistente en la modificación del destino que en su origen era el transporte de pasajeros, y luego pasó a transporte de carga, sin comunicar dicha modificación al Registro Automotor, como quedó acreditado en autos con la copia de la tarjeta verde obrante a fs. 27 de la causa penal que consigna que el vehículo fue inscripto como transporte de pasajeros (inscripción que coincide con el informe de dominio de fs. 57 vta. de estas actuaciones), pero al momento del accidente se observa claramente un camión con chasis de carga (fotos de fs. 9/13 de la IPP que corre por cuerda). Lo expuesto permite concluir que el destino del vehículo fue modificado sin comunicación al Registro Automotor y que tal modificación habría sido realizada por Boulanger, quien siempre aludió en sus declaraciones a la venta de "un camión" (cfr. absolución de posiciones de fs. 226) (art. 384, 421, 422 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). A ello cabe agregar que Boulanger habría entregado su tarjeta verde y un formulario 08 sin completar el comprador para que los sucesivos e indeterminados posibles adquirentes pudieran transitar y con dicho accionar facilitó la circulación del vehículo en forma irregular y terminó involucrado en un accidente de tránsito en el que falleció la madre de los actores.

Por todo ello, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto eximió de responsabilidad al titular registral Eduardo Aníbal Boulanger, a quien se hace extensiva la condena en forma concurrente con el demandado Montero, sin perjuicio de la acción de contribución que pueda promover quien paga la deuda contra el otro obligado (arts. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977, art. 851 del Cód. Civ. y Comercial que cito como pauta interpretativa, en particular el inciso "h" doctr. y jurisp. cit., esta Sala causa N° 66.103 "Sanucci...").

3. Las indemnizaciones por los daños, su procedencia y cuantificación.

3.1. Los apelantes se agraviaron del cálculo a valores históricos de las indemnizaciones. Al respecto cabe señalar que esta Sala ha señalado que "resulta conveniente que la cuantificación de las indemnizaciones se realice en base a guarismos cercanos al momento de la sentencia" (esta Sala causas nros. 59.226, sent. del 05/05/5015 "D.P.S.A.", 60.877, sent. del 30/11/2016 "Olivetto...", entre otras). En la sentencia apelada se anuncia la aplicación de dicha doctrina pero luego las indemnizaciones se fijan a valores históricos más la tasa pasiva de interés más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, con lo cual cabe hacer lugar al agravio y proceder a la revisión de las cuantificaciones a valores actuales.

3.2. Daños materiales. Desvalorización del valor venal del ciclomotor y privación de uso.

Los rubros de referencia fueron rechazados en la sentencia apelada por falta de prueba (cfr. Considerando 3.a, fs. 666). Con relación a los daños materiales sufridos por la motocicleta los actores no aportaron pruebas que permita su cuantificación pero los daños pueden deducirse de la descripción realizada en la pericia accidentológica producida en la causa penal (fs. 459/461 de este expediente). De dicha pericia surgen los siguientes daños de la motocicleta: partes plásticas, carenado, guardabarro, instrumental, espejos, deformación de manubrio y otros, lateral derecho, con pedalín torcido y raspado, igual agarradera trasera, manillar y carenado plástico y si bien no se estimó un valor de reparación, es posible establecerlo en la suma actual de $50.000 (cincuenta mil pesos) (arts. 165, 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.). Ello así conforme la reiterada doctrina y jurisprudencia que sostiene que en ciertos supuestos, como éste, acreditado de modo fehaciente la existencia del detrimento, su cuantía puede establecerse sobre la base del art. 165 Cód. Proc. Civ. y Comercial, que consagra la estimación judicial prudente, aunque — acoto— con mayor rigurosidad porque se trata de cuantías fijadas no sobre base probatoria sino de arbitrio judicial, atendiendo a las reglas de la experiencia y de la sana crítica (arts. 165, 384, 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

A su vez, el reclamo por pérdida del valor venal del ciclomotor también fue rechazado en la anterior instancia por falta de prueba, y los apelantes si bien lo mencionan en el título del agravio luego no abordan

el rubro respectivo al realizar la crítica del fallo apelado, por lo que corresponde declarar la deserción del recurso en dicho aspecto (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En lo atiente a la privación de uso de un vehículo esta Sala ha señalado que "de ordinario, la no disponibilidad de un vehículo determina la producción de un daño emergente, que se verifica cuando se demuestra o es presumible —este camino presuncional es el generalmente aceptado— que el damnificado ha debido recurrir a medios de transporte sustitutivos para reemplazar la función que desempeñaba el vehículo propio" (cfr. Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de daños", T. 1, "Daños a los automotores", 3ª reimpresión, Ed. Hammurabi, 2003, p. 91, 103 y ss.; esta Sala, causa N° 62.251, del 27/03/2018 "Alegre, Paola V. c. Le Mont SA y otro s/ ds. y ps.", 62.806, sent. del 08/05/2018 "Fittipaldi...").

En el presente caso, y sobre la base de esas pautas de daño presumible, corresponde —también acudiendo a la ponderación judicial apoyada en las reglas de la experiencia— admitir el rubro resarcitorio reclamado y presumir un plazo razonable de 10 días para proceder a la reparación de la motocicleta y cuantificar la privación de uso en un monto de $20.000 (veinte mil), compensatorio de los gastos que los herederos de la víctima hubieran incurrido por no poder contar con el vehículo (cfr. Zavala de González, Matilde "Resarcimiento de Daños. Daño a los Automotores", T. I, 3ª reimpresión, Ed. Hammurabi, 2003, p. 28 y ss.) (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Comercial; arts. 165 y 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por lo expuesto, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó los rubros gastos de reparación y privación de uso, que se establecen en las sumas de $50.000 (cincuenta mil pesos) y $20.000 (veinte mil), (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), y confirmar el rechazo del rubro desvalorización venal del vehículo por falta de agravio (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

3.3. Tratamiento psicológico.

La sentencia apelada hizo lugar a la reparación por tratamiento psicológico a dos de los hijos de la víctima —Blas Ramón Agustín Peroggi ($18.600) y Cristian Efraín Peroggi ($32.000)— y rechazó el rubro reclamado por Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi.Los apelantes impugnaron el rechazo del rubro respecto de Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi por falta de pruebas. Cuestionaron la interpretación de la pericia relativa a Ciro señalando que sólo se valoró la parte que expresa que "no lleva un duelo patológico ni se visualizan daños en la estructura psíquica" pero omitió reparar en otros tramos donde la perito consigna que "se encuentra en estado de duelo y aflicción por la pérdida de su madre que le impide proyectarse y descansar como padre en su presencia. La estructura de su personalidad no favorece una rápida adaptación a los cambios por lo que el entrevistado manifiesta aún un intenso sufrimiento frente a la muerte repentina de su madre y su ausencia" (cfr. expresión de agravios pto. IV.A).

Analizando la pericia de Ciro Peroggi surge que tenía 23 años al momento del fallecimiento y vivía con su madre, posteriormente ingresó a trabajar a la Municipalidad y ahora vive en pareja y va a tener un hija. Concluyó la perito psicóloga que Ciro es activo y responsable y asume la función paterna con dolor por la pérdida de su madre y se encuentra en estado de duelo, pero la perito no manifiesta necesidad de tratamiento terapéutico, por lo que el rechazo del rubro deberá ser confirmado (fs. 243/246, arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con relación a Oscar Adolfo Peroggi, el reclamo de tratamiento terapéutico fue rechazado por falta de prueba —la pericia no pudo realizarse por encontrarse privado de su libertad— y los apelantes intentan en su pieza recursiva deducir la necesidad de tratamiento de manifestaciones de sus hermanos en sus respectivas pericias, como cuando manifiestan que a partir del fallecimiento de la víctima el hermano mayor "se desbarrancó hacia el delito, el abuso de sustancias, se separó de su familia" (cfr. expresión de agravios). Este Tribunal ha expresado que "el daño psicológico consiste en la modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etc., cuya forma más acabada de acreditación es el informe psicopatológico" (esta Sala, causa N° 52.757, sent. del 13/08/2009 "N., A. M...."). Dichas conclusiones son extensible a la necesidad de tratamiento psicoterapéutico, que no puede presumirse, ni deducirse de las manifestaciones de los hermanos del reclamante, sino que requiere de un informe psicológico que no se encuentra producido en autos, por lo que la el rechazo del rubro respecto de Oscar Adolfo Peroggi deberá confirmarse (arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, y jurisp. cit.).

En lo que respecta a los costos de tratamiento expresados en la pericia y su pedido de actualización por parte de los apelantes cabe señalar que, si bien la sentencia debe ponderar los daños con los valores más cercanos a ella, cuando los guarismos surgen —como en este caso— expresamente determinados por el perito en estudios realizados en el año 2013, la fijación de su monto actual no resulta de sencilla y contundente comprobación, que se aparte de lo que resulta de la prueba pericial, por lo que corresponde confirmar los montos fijados en la pericia y sobre ellos

aplicar una tasa de interés abultada. Este Tribunal ha resuelto, cuando se trata de montos fijados en pericias que no resultan cercanas a la sentencia, fijar el siguiente mecanismo para que los valores no queden desactualizados: aplicar una tasa pura del 6% anual hasta la pericia y de allí en adelante la tasa pasiva más alta del Banco Provincia (arts. 161 inc. 3, ap. a; 168 y 171 de la Const. Prov.; arts. 1740, 1747 y 1748 Cód. Civ. y Com. de la Nación) (esta Sala, causa n° 64.962 "Paris, Sergio A..." del 12/05/2020; en igual sentido, esta Sala, causa n° 63.882, "Traveller SRL", del 15/08/2019). Pero en estas actuaciones la tasa aplicada en la sentencia apelada (tasa pasiva —plazo fijo digital— del Banco de la Provincia de Buenos Aires para sus depósitos a 30 días, desde la fecha del hecho 12/11/2010 hasta su efectivo pago), resulta más beneficiosa para los actores, por lo tanto la sentencia deberá ser confirmada en dicho aspecto (arts. 260 ss. y cdtes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, doctr. y jurisp. cit.).

3.4. El valor vida.

Los apelantes se agravian del rechazo del valor vida por falta de pruebas —al que denominan lucro cesante por la muerte de la madre—, señalando que la víctima percibía ingresos en la economía informal, hacía trabajos irregulares sin registración, era cuentapropista en la venta de productos de perfumería y ropa blanca, por lo que solicitan que se considere un salario mínimo (SMVyM) como ingreso disminuido en un 50%, suma que presumiblemente la víctima hubiera utilizado para sus gastos personales, durante un período indemnizatorio de 14 años.

Cabe señalar que los cuatro hijos de la víctima eran mayores de edad a la fecha del accidente, y ya no tenían derecho alimentario, dado que no se ha acreditado que alguno continuara sus estudios (cfr. partidas de fs. 14, 15, 16 y 21). Este Tribunal ha señalado que: "el fallecimiento de una persona puede acarrear daño patrimonial, el que se presume con relación a la esposa e hijos menores e incapaces, lo que resulta —según el criterio doctrinario y jurisprudencia prevaleciente— de la interpretación armónica de los artículos citados (arts. 1079, 1084 y 1085 Cód. Civil). Es decir, que los actores —en cuanto hijos mayores— no están alcanzados por la presunción de daño, el que debe ser alegado y acreditado por las víctimas (art. 375 Cód. Proc. Civ. y Comercial)... Esta interpretación se funda en el argumento de que a partir de la mayoría de edad o de la emancipación la ley reputa que el hijo tiene aptitud y se encuentra en condiciones de proveer a su propio mantenimiento sin perjuicio de admitir el daño que aquél pruebe, por ejemplo, acreditando que era mantenido por su progenitor (Conf. Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", T. 2b, "Daños a las personas", 1999, ps. 206 y ss. cit. Bueres Highton, "Código Civil", T. 2A, p. 269; CNCiv., Sala E, "Gallardo", del 14/11/2006, LA LEY 2007-E, 8 y CNCiv., Sala K, "Sirni", del 02/09/2006, LA LEY, 2006-F, 791, citadas por Diegues, Jorge A. en "Indemnización por vida humana", LA LEY, ejemplar del 16/06/2011; cf. esta Cámara, Sala I, causa n° 56.476, 07/08/2012, "Tomasco, María H. y otros c. Cabrera, José L. y otros s/ daños y perjuicios") (esta Sala, causa N° 59.427, sent. del 25/08/2015 "Acosta..."). Contemporáneamente al precedente citado entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, que resulta aplicable a las indemnizaciones de autos por ser consecuencias no agotadas del accidente de tránsito acontecido bajo la vigencia del Código Civil anterior, que establece con relación al valor vida que "en caso de muerte, la indemnización debe consistir en: b) lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario..." (art. 1745 del Cód. Civ. y Comercial). La prueba de que alguno de los hijos todavía vivían con su madre y recibían ayuda de ésta consiste en tres declaraciones testimoniales, de las que surgen que la víctima era el único sostén de la familia y luego del accidente de tránsito tuvieron que vender un auto y una moto, tuvieron que salir a buscar trabajo porque estaban todos desempleados. Dichas declaraciones permiten establecer que algunos de los hijos vivían con su madre y dependían de sus ingresos para vivir, mientras que otros no, por lo que habrá de distinguirse cada caso (fs. 431, 432, 433, arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En lo atinente a Cristian Efrain Peroggi cabe señalar que al momento del accidente de tránsito se hallaba privado de su libertad en la cárcel de Bahía Blanca mientras que su hermano Oscar Adolfo se encuentra detenido desde el 15 de diciembre de 2011 y tenía 26 años al momento del accidente (cfr. fs. 254), por lo que la ayuda de la madre no puede considerarse acreditada en estos dos casos. Con relación a Ciro Gabriel y Blas Ramón Agustín Peroggi la convivencia con la víctima se encuentra acreditada mediante declaraciones testimoniales, como así también que dependían de ella para su sostén. Ciro Gabriel tenía 23 años al momento del accidente de tránsito y Blas Ramón Agustín 21 años (cfr. partidas de fs. 16, 21), y cabe presumir que hubieran recibido ayuda de su progenitora hasta la edad de 25 años, dado que no trabajaban al momento del fallecimiento de su madre (cfr. declaraciones testimoniales de fs. 430, 431, 432, arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Señalé en un reciente pronunciamiento que a fines de indemnizar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica o muerte las fórmulas matemáticas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura para cuantificar. Sin embargo 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 (cfr. "Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación)", RC y S 2016-XII tapa —AR/DOC/3677/2016—).

En este contexto se ha acudido, con los alcances expuestos, a las fórmulas polinómicas como herramientas valiosas, especialmente para cuantificar la incapacidad sobreviviente, las que pueden enunciarse del modo siguiente: C= A x (1+i)n —1 i (1+i) n. Donde "C" es el capital que se mandará pagar; "A" es la ganancia anual perdida, "n" el número de años faltantes para llegar a la edad productiva de la víctima e "i" el interés anual que se presume devengará el capital mandado a pagar. Dentro de las fórmulas existentes la denominada fórmula "Vuotto" se caracteriza por utilizar un ingreso anual constante, consignar una tasa de descuento del 6 % y fijar en 65 años la fecha límite del individuo de su capacidad de producción de ingresos. La fórmula descripta anteriormente (para la incapacidad) fue modificada por la denominada "Méndez" que introduce cambios: el ingreso se recompone —para no utilizar un salario constante a través de los años— mediante del siguiente mecanismo: el ingreso que tenía la víctima al momento de hecho se multiplica por un coeficiente de ajuste que surge de dividir 60 por la edad de la víctima al momento del hecho y se multiplica por trece meses, para obtener el ingreso anual; la tasa de descuento se fija en el 4 % y la edad de la víctima se eleva a 70 años" (cf. esta Sala, causas n° 64.067, 27/08/2019, "Ferreira, Alba E. S. c. Meaca Ascazuri, Pedro H. y otros s/ daños y perjuicios" y n° 64.824, del 17/03/2020, "Castro, Máximo R. O. y otros c. Todesco, Verónica M. y otros s/ daños y perjuicios").

La fórmula polinómica básica que viene empleando este Tribunal como parámetro orientativo para los supuestos de incapacidad (causas n° 60.877, "Olivetto, Horacio S. y otro/a...", del 30/11/2016; N° 61.122; N° 61.309, "González c. Damanis...", del 09/03/2017; N° 61.769, "López, Carlos A...", del 08/06/2017; N° 61.149, "Duhalde, Juan M...", del 05/09/2017 y N° 62.088, "Siebenhaar, Sonia del C...", del 21/09/2017, entre otras tantas), puede desarrollarse del modo siguiente: "C" es el capital que mandará pagar; "A" es la ganancia anual perdida, "n" el número de años faltantes para llegar a la edad productiva de la víctima e "i" el interés anual que se presume devengará el capital mandado a pagar. Este parámetro tiene computa la tasa de descuento del 4% y la edad de 70 años, conforme el criterio del tribunal que recepta la elevación de la edad productiva mencionada y el ingreso acreditado o presumido (esta Sala, causas n° 60.877, "Olivetto, Horacio" del 30/11/2016; N° 61.122, "Virga, María E...", del 27/12/2016; N° 61.309, "González c. Damanis...", del 09/03/2017; N° 61.769, "López, Carlos A...", del 08/06/2017; N° 61.149, "Duhalde, Juan M...", del 05/09/2017 y N° 62.088, "Siebenhaar, Sonia del C...", del 21/09/2017, entre otras tantas).

Aplicando la aludida fórmula, considero como variables: la edad de la víctima de 46 años, el ingreso que obtenían los hijos de su progenitora que estimo —conforme lo pedido— equivalente al 50% de en un Salario Mínimo Vital y Móvil vigente al momento de esta sentencia ($18.900; cfr. Consejo Nacional de Empleo, Productividad y Salario Mínimo, Vital y Móvil dividido dos $9.450), porque trabajaba en la economía informal como niñera y vendía como cuentapropista productos de perfumería, sábanas y toallones y cabe presumir que la madre gastaba la otra mitad de su ingreso en sus gastos personales, mientras que destinaría un 25% para cada hijo de los dos hijos que vivían con ella ($4.725) y una tasa de descuento del 4% anual. Asimismo deberá computarse para el hijo Blas Ramón Agustín un período resarcitorio de 4 años —consistente en lo que le faltaba para alcanzar los 25 años al momento del accidente— y para Ciro Gabriel un período resarcitorio de 2 años (cfr. partidas de nacimiento de fs. 16, 21). Así se arriba a un monto indemnizatorio para Blas Ramón Agustín Peroggi $205.000 (doscientos cinco mil pesos) y para Ciro Gabriel Peroggi $107.000 (ciento siete mil pesos) (arts. 1083, 1084, 1085 y concs. CC; arts. 1745 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala, causa N° 66.020, Mendizábal..."). Esa cuantía debe ser ponderada y cotejada con los datos de la realidad económica actual, los antecedentes de este Tribunal y, además, el criterio orientativo general —así considerado por la Corte Suprema en el fallo "Ontiveros, Stella M...", CSJ 85/2014, del 10/08/2017— proveniente de los montos indemnizatorios mínimos previstos en el sistema de riesgos del trabajo (montos provenientes de la Res. 387/16 de la Sec. de Seg. Social; actualizados acorde el último índice RIPTE —junio de 2019— informado por esa Secretaría, como lo autoriza la Suprema Corte en la causa L118.532, "Godon, Pablo David...", del 05/04/2017).

Por lo expuesto, la sentencia apelada deberá revocarse en el rubro correspondiente al valor vida rechazado para todos los actores y admitirlo respecto de Blas Ramón Agustín Peroggi $205.000 (doscientos cinco mil pesos) y para Ciro Gabriel Peroggi $107.000 (ciento siete mil pesos) (arts. 1083, 1084, 1085 y concs. CC; arts. 1745 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala, causa N° 66.020, Mendizábal...").

3.5. El daño moral.

En lo atinente al daño moral corresponde hacer lugar al agravio de los actores dado que el mismo fue

calculado a valores históricos ($70.000 para cada uno) y el cálculo debe realizarse al momento más cercano a la sentencia (cfr. esta Sala causas nros. 59.226, sent. del 05/05/2015 "D.P.S.A.", 60.877, sent. del 30/11/2016 "Olivetto...", entre otras).

En efecto la procedencia y cuantía del daño moral —como es sabido— se concreta en las aflicciones espirituales, padecimientos y dolores y mortificaciones derivadas, en el caso del fallecimiento de la madre y cuyo resarcimiento procura una mitigación o remedio del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, desazón y penurias (cfr. Iribarne, Héctor P. "De los daños a la persona", ps. 147, 577, 599; CNCiv., Sala F, 12/03/2004 "García", voto de la Dra. Highton de Nolasco, El Dial AA1F9C; CNCiv., Sala F, 03/08/2004, "T., V. O.", R.R.C y S. 2004-1238; esta Sala, causas N° 54.544, del 10/03/2011 "A.M.A c. F. N. R"; N° 54.530, del 23/08/2011, "Torres"; N° 58.109, del 20/02/2014, "Montesano"; N° 58.537, del 14/08/2014, "Kressi"; N° 59.068, sent. del 18/02/2015, "Roldán", entre otras).

Más recientemente, ha dicho esta Sala que "el daño moral, no patrimonial o extrapatrimonial (art. 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación) puede ser concebido como el comprensivo "de todos los detrimentos espirituales no incapacitantes del actor, el dolor, las aflicciones, los padecimientos, desconsuelo, desdicha, congoja, que provocan malestar grave y que alteran la estructura de los pensamientos, emociones y sentimientos" (arts. 1078 CC y 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación; esta Sala, sentencia única recaída en causas n° 61.417, "Latu..." y n° 61.459, "Corradi...", del 07/03/2017; causas N° 62.485, "Zampatti" y N° 62.567, "Gorozo", sent. única del 22/05/2018). La víctima tiene una percepción negativa o distorsionada de la realidad (a raíz de la alteración de los pensamientos), que provoca repercusiones desfavorables en las emociones (ira, miedo, alegría, tristeza, asco, sorpresa) alterando los sentimientos (amor, fe, vergüenza, odio, culpa, envidia; arts. 1078 y 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación)" (esta Sala, causa n° 63.411, "Degenhart, Jésica S...", del 06/05/2019; Galdós, Jorge Mario, "Hacia una nueva concepción del daño moral. El aporte de las neurociencias", LA LEY, 28/09/2020, AR/DOC/2903/2020, criterio recogido por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 1, Primera Secretaría, de Santa Fe, CUIJ 21-12154089-1, autos "Monzón...", sent. del día 13 de noviembre de 2020).

El padeciente de daño moral experimenta un estado anímico, emocional o psicológico negativo, displacentero, de malestar intenso; se trata de una vivencia experiencial, subjetiva y personal, con reducción de la energía vital o existencial que se traduce en variada sintomatología: tristeza, impotencia, desolación, desamparo, abatimiento, pesimismo, desgano, desinterés, dificultades para tomar decisiones. El sufriente, y dependiendo ello del distinto grado y afectación de su estructura psíquica y emocional, tiene una percepción negativa o distorsionada de la realidad (a raíz de la alteración de los pensamientos), que provoca repercusiones desfavorables en las emociones (ira, miedo, alegría, tristeza, asco, sorpresa) alterando los sentimientos (amor, fe, vergüenza, odio, culpa, envidia; arts. 1078 y 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación) (esta Sala, causa n° 63.411, "Degenhart, Jesica S...", del 06/05/2019). La persona afectada en su esfera extrapatrimonial experimenta emociones y sentimientos negativos a partir de la evocación de pensamientos que desencadenan ese estado final —físico y psíquico— de ausencia de bienestar (arts. 1078 y 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 06/05/2019, "Degenhart, Jesica S. c. Cannaniz, Omar A. y otra s/ daños y perjuicios", Causa N° 63.411/2018 y sus acumulados).

El daño moral o extrapatrimonial o no patrimonial que se trata de un daño presumido, lo estimo en $700.000 (setecientos mil pesos) para cada uno de los actores (cfr. esta Sala, causas n° 64.720 y 64.721, sentencia única del 23/06/2020, "Gamberini..." y "Nardín..." y causa n° 64.505, "Chutte, Ricardo O...", del 13/11/2019, causa N° 66.020, "Mendizábal...").

La suma otorgada por este concepto permitirá a los actores acceder a bienes de consumo o a actividades de esparcimiento que permitan, a modo de indemnizaciones sustitutivas o compensatorias, mitigar el padecimiento y desconsuelo, con gratificaciones reparatorias. En efecto la Corte Nacional en la causa "Baeza" (del 12/04/2011) receptó la posición doctrinal y jurisprudencial que califica al daño moral como el "precio del consuelo" y que considera que para su cuantificación puede acudirse al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. En ese precedente reiteró su clásica concepción de que el daño moral tiene carácter resarcitorio, que para su fijación deben considerarse la naturaleza del hecho generador y la entidad del padecimiento y que no guarda relación con el daño material porque es independiente. Y luego, y para lo que aquí interesa destacar, puntualizó "aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado... El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales" (CS, 04/12/2012, "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires", RcyS 2011-VIII, 176, con mi nota "El daño

moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional").

Para arribar a ese monto tengo en cuenta que está probado por testigos que la víctima era el sostén de la familia y su deceso afectó mucho a los actores, quedaron muy mal, lo aturdió mucho, es como que quedaron a la deriva, tuvieron que salir a buscar trabajo y era difícil conseguirlo (cfr. declaraciones testimoniales de fs. 430, 431 y 432, pericias psicológicas de fs. 233/236 vta., 238/241 vta., y fs. 243/246, arts. 384, 456, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por lo expuesto, corresponde modificarse la sentencia apelada en el rubro daño moral y elevar las indemnizaciones otorgadas a las sumas de $700.000 (setecientos mil pesos) para cada uno de los actores (arts. 1741, 1740 del Cód. Civ. y Com., doct. y jurisp. cit.).

3.6. La tasa de interés.

Los actores solicitan la aplicación de la tasa activa por imperiosa justicia y transcriben una sentencia completa de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, cuyas conclusiones consideran extensibles al presente caso (cfr. agravios de fecha 15/07/2020). Solicitan al Tribunal que se aparte de la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial.

El agravio no es procedente. Esta Sala sigue la doctrina legal conforme la cual a partir de la fecha del hecho se aplica la tasa pasiva más alta. Es que conforme dicha doctrina de la Suprema Corte de Justicia (SCBA, causa B 62.488, del 18/05/2016, "Ubertalli, Carbonino..."; Trib. cit., C.119.176, del 15/06/2016, "Cabrera..") "se aplicará hasta el efectivo pago la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos que no alcance a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa" (cf. esta Sala, causa n° 57.721, 09/05/2017, "Louge, Darío C. c. Tin, Vanina G. y ots. s/ daños y perjuicios"; causa N° 61.769, del 08/06/2017 "López...", entre muchas otras).

Esta Sala dijo que "...sin apartarse de la tasa pasiva que es pertinente por aplicación de la referida doctrina legal del Superior Tribunal Provincial, corresponde admitir una variante de dicha tasa durante los períodos que se encuentre vigente, la que al poseer una mayor magnitud económica arroja resultados más elevados en resguardo del crédito del acreedor. Me estoy refiriendo, claro está, a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en las operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia a treinta días, que por tratarse de una tasa pasiva, no se halla en contraposición a la doctrina legal de la Suprema Corte Provincial, conforme lo señaló el Superior Tribunal en un pronunciamiento aplicable al caso (L 118.615, "Zócaro...", sentencia del 11/03/2015)" (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, esta Sala causas nros. 60.021, del 10/11/2015 "Cotti...", 59.945, del 08/10/2015 "Castro...", 60.053 del 23/02/2016 "Núñez...", entre muchas otras).

Tal doctrina legal casatoria es vinculante para este Tribunal y no puede ser dejada de lado por imperativo constitucional. Sin perjuicio de destacar el esfuerzo argumental del apelante, lo cierto es que más allá de opiniones personales, la fuerza obligatoria de la doctrina legal tiene raíces constitucionales (cfr. arts. 161 inc. 3, ap. a; 168 y 171 de la Const. Prov.; arts. 278, 279, 280, 282, 289, ss. y cdtes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En este sentido, la misma jurisprudencia casatoria destaca que "el particular diseño del sistema recursivo de nuestra Provincia hace que la doctrina establecida por este Tribunal tenga un grado de exigibilidad (es decir, una virtualidad para constreñir, en particular, a los jueces) muy alto, aspecto que encuentra su justificación —desde el punto de vista estrictamente jurídico— tanto en la necesidad de procurar y mantener la unidad de la jurisprudencia (entre muchos, conf. causas Ac. 58.428, sent. del 17/02/1998; C. 92.695, sent. del 08/03/2007; C. 116.994, sent. del 11/12/2013), como en la de efectuar un control sobre la racionalidad y la corrección de los pronunciamientos. También, por supuesto, porque deben ser respetados los más elementales principios de economía y celeridad procesales" (SCBA, por unanimidad, voto Dr. de Lázzari, 01/04/2015 Ac C. 117.292, "Salinas, Bernardo y otros c. Sancor Cooperativas Unidas Limitada. Daños y perjuicios"). Tanta es la gravitación institucional de la doctrina legal vinculante que la misma Suprema Corte ha aplicado derechamente su jurisprudencia casatoria, acatándola sus propios miembros que dejan a salvo su postura contraria que no hace mayoría, reafirmando la importancia de respetar los criterios sustentados "por los acuerdos de los miembros ordinarios y naturales del Tribunal, de tal manera que se eviten situaciones de desigualdad que podrían provenir de integraciones accidentales" (conf. voto del Dr. de Lázzari de adhesión a la mayoría en materia de aplicación de la tasa pasiva de intereses para los créditos laborales y una vez decretada la inconstitucionalidad de la ley 14.339; SCBA, L 109.467, 24/06/2015, "Chiappalone, Marta L. c. Obra Social del Personal Municipalidad de La Matanza s/ despido", LA LEY, BA 2015 (julio), 653; IMP 2015-9, 243

- DJ, 0912/15, 36; LA LEY, BA 2016 (abril), 5, con nota de Carlos J. Laplacette). En otros casos algunos votos de los jueces del Alto Tribunal que tienen fundamentos que no conforman su doctrina legal, para adherir y conformar la mayoría de opiniones que exige la Constitución Provincial, acuden al arbitrio del art. 31 bis ley 5827 (voto Dr. Hitters, causa Ac. C. 113.397 del 27/11/2013). Más aún: en materia de acatamiento a la doctrina legal de la Suprema Corte relativa a la aplicación de la tasa pasiva, este Tribunal ha respetado dicha doctrina por resultar obligatoria, dejando de lado opiniones personales de los suscriptos (esta Sala, causas N° 58.287, "Leunda", sentencia del 30 de abril de 2014, causa N° 58.704, "Caruso", sentencia del 21/08/2014 citadas en Causa N° 59.063, 20/11/2014, "Capitanich Construcciones SA c. Industrial Systems SA s/ Cobro Sumario Sumas Dinero) y en función de "la necesidad de afianzar la seguridad jurídica: la previsibilidad de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de modo que cada ciudadano pueda conocer con certeza sus derechos y obligaciones y prever, razonablemente, los efectos de sus actos" (SCBA, C. 101.774, "Ponce", sentencia del 21/10/2009, sumarios JUBA B 32.095, B 32.098 y B 32.099; esta Sala, causa N° 57.519, del 30/05/2013, "Antivero"). (cfr. esta Sala causa N° 60.869, del 16/05/2016 "Rodríguez...").

Ahora bien, cabe señalar que con referencia a los rubros gastos de reparación, privación de uso, valor vida y daño moral calculados a valores actuales no corresponde aplicarle la tasa pasiva plazo fijo digital (tasa BIP) que surge de la sentencia apelada —la que sí se mantiene para el resto de los rubros como el costo de tratamiento psicológico desde la fecha del accidente—. A las indemnizaciones establecidas a valores actuales se aplicará una tasa pura del 6% anual desde el momento del accidente de tránsito (12/11/2010) hasta la fecha de esta sentencia y a partir de allí hasta su efectivo pago una Tasa Pasiva Plazo Fijo Digital (Tasa BIP), en cuanto tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus operaciones de depósito a treinta días.

Las costas de alzada se imponen a los demandados vencidos (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), y la regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 14.967).

Así lo voto.

Los doctores *Longobardi* y *Peralta Reyes* adhieren al voto precedente, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve: 1) revocar la sentencia apelada en cuanto eximió de responsabilidad al titular registral Eduardo Aníbal Boulanger, a quien se hace extensiva la condena en forma concurrente con el demandado Montero, sin perjuicio de la acción de contribución que pueda promover quien paga la deuda contra el otro obligado (arts. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977, art. 851 del Cód. Civ. y Comercial que cito como pauta interpretativa, en particular el inciso "h" doctr. y jurisp. cit., esta Sala causa N° 66.103 "Sanucci..."), 2) revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó los rubros gastos de reparación y privación de uso, que se establecen en las sumas de $50.000 (cincuenta mil pesos) y $20.000 (veinte mil), (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), y confirmar el rechazo del rubro desvalorización venal del vehículo por falta de agravio (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), 3) confirmar las indemnizaciones otorgadas para tratamiento terapéutico de Blas Ramón Agustín Peroggi ($18.600) y Cristian Efraín Peroggi ($32.000) y el rechazo de la indemnización respecto de Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi, y confirmar la tasa de interés aplicada a dicho rubro en la sentencia de grado; 4) revocar en el rubro correspondiente al valor vida y admitirlo respecto de Blas Ramón Agustín Peroggi $205.000 (doscientos cinco mil pesos) y para Ciro Gabriel Peroggi $107.000 (ciento siete mil pesos) (arts. 1083, 1084, 1085 y concs. Cód. Civil; arts. 1745 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala, causa N° 66.020, Mendizábal..."); 5) modificar la sentencia apelada en el rubro daño moral y elevar las indemnizaciones otorgadas a las sumas de $700.000 (setecientos mil pesos) para cada uno de los actores (arts. 1741, 1740 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.); 6) rechazar el pedido de aplicación de una tasa de interés activa y fijar, para las indemnizaciones establecidas a valores actuales —gastos de reparación, privación de uso, valor vida y daño moral— una tasa pura del 6% anual desde el momento del accidente de tránsito (12/11/2010) hasta la fecha de esta sentencia y a partir de allí hasta su efectivo pago se aplicará la Tasa Pasiva Plazo Fijo Digital (Tasa BIP), en cuanto tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus operaciones de depósito a treinta días (art. 772 del Cód. Civ. y Comercial, doctr. y jurisp. cit.), 7) las costas de alzada se imponen a los demandados vencidos (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), y la regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 14.967).

Así lo voto.

Los doctores *Longobardi* y *Peralta Reyes* adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido por iguales fundamentos.

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 en cuanto eximió de responsabilidad al titular registral Eduardo Aníbal Boulanger, a quien se hace extensiva la condena en forma concurrente con el demandado Montero, sin perjuicio de la acción de contribución que pueda promover quien paga la deuda contra el otro obligado (arts. 1113 del Cód. Civil, arts. 1, 12, 15, 16, 27 y concs. del decr./ley 6582/1958; t.o. ley 22.977, art. 851 del Cód. Civ. y Comercial que cito como pauta interpretativa, en particular el inciso "h" doctr. y jurisp. cit., esta Sala causa N° 66.103 "Sanucci..."), 2) revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó los rubros gastos de reparación y privación de uso, que se establecen en las sumas de $50.000 (cincuenta mil pesos) y $20.000 (veinte mil), (art. 1083 del Cód. Civil, art. 1744 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), y confirmar el rechazo del rubro desvalorización venal del vehículo por falta de agravio (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), 3) confirmar las indemnizaciones otorgadas para tratamiento terapéutico de Blas Ramón Agustín Peroggi ($18.600) y Cristian Efraín Peroggi ($32.000) y el rechazo de la indemnización respecto de Ciro Gabriel y Oscar Adolfo Peroggi, y confirmar la tasa de interés aplicada a dicho rubro en la sentencia de grado; 4) revocar en el rubro correspondiente al valor vida y admitirlo respecto de Blas Ramón Agustín Peroggi $205.000 (doscientos cinco mil pesos) y para Ciro Gabriel Peroggi $107.000 (ciento siete mil pesos) (arts. 1083, 1084, 1085 y concs. Cód. Civil; arts. 1745 y 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala, causa N° 66.020, Mendizábal..."); 5) modificar la sentencia apelada en el rubro daño moral y elevar las indemnizaciones otorgadas a las sumas de $700.000 (setecientos mil pesos) para cada uno de los actores (arts. 1741, 1740 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.); 6) rechazar el pedido de aplicación de una tasa de interés activa y fijar para las indemnizaciones establecidas a valores actuales —gastos de reparación, privación de uso, valor vida y daño moral— una tasa pura del 6% anual desde el momento del accidente de tránsito (12/11/2010) hasta la fecha de esta sentencia y a partir de allí hasta su efectivo pago se aplicará la Tasa Pasiva Plazo Fijo Digital (Tasa BIP), en cuanto tasa pasiva más alta que paga el Banco Provincia en sus operaciones de depósito a treinta días (art. 772 del Cód. Civ. y Comercial, doctr. y jurisp. cit.), 7) las costas de alzada se imponen a los demandados vencidos (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), y la regulación de honorarios se difiere para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 14.967). Regístrese. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. — *Víctor M. Peralta Reyes. — Jorge M. Galdós. — María I. Longobardi.*

ACCIDENTE DE ESQUÍ

Esquiador que golpea contra un árbol ubicado al costado de una pista tras perder estabilidad por un desnivel sin señalización. Obligación de seguridad en las relaciones de consumo. Teoría de la aceptación de riesgos. Procedencia de la pretensión.

1. — Más allá de la opinión que se tenga acerca de la virtualidad de la teoría de la aceptación de riesgos para excluir o moderar la responsabilidad, lo cierto es que ella no puede hacerse valer en contra del texto expreso de la ley que, en el ámbito de las relaciones de consumo, pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado en todos los casos, sin efectuar distinción alguna para el caso de deportes riesgosos.

2. — No se discute que el accionante sufrió daños mientras esquiaba en el marco de una relación de consumo con la demandada; por lo cual, correspondía a esta, demostrar la existencia de algún eximente previsto en la norma sustantiva, para liberarse de responder, circunstancia que no ha tenido lugar en autos.

3. — Frente a la responsabilidad objetiva que resulta de la aplicación de la normativa sobre consumidor, resulta insuficiente alegar que no se encuentra probada la mecánica del hecho con exactitud, cuando se acompañó la planilla de atención que se dio al actor en el puesto de socorro del cerro y la decisión de trasladarlo al hospital de la ciudad. Además, la accionada estaba en mejores condiciones de probar la situación en que se encontraba la pista en ese sector, en especial la inexistencia de desniveles en la zona de confluencia de las pistas, su debida señalización, y/o la culpa o negligencia del actor, máxime si se tiene en cuenta que la pista era de alta dificultad y se trataba de un empalme con otra que, fin de evitar accidentes como el de autos, debía tener señalizaciones y protecciones.

4. — La relación que vincula a la empresa explotadora de los medios de elevación y pistas de esquí con el usuario es una típica relación de consumo, donde la obligación de seguridad se encuentra indudablemente incorporada. En consecuencia, resulta incuestionable la responsabilidad de la concesionaria en asegurar que los usuarios puedan esquiar de manera segura y confiable —art. 5°, ley 24.240—.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente en un centro de esquí

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $650.000.-

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $636.778.-

Daños varios: Gastos médicos, farmacéuticos, de traslado, de servicio doméstico, administrativos y de medicación $17.000.- Tratamiento psicológico $38.400.-

CNCiv., sala L, 13/10/2020. - I. D. E. c. Cerro Bayo SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/46200/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 13 de 2020.

La doctora *Pérez Pardo* dijo:

I. Contra la sentencia dictada el día 21/07/2020, recurre la parte citada en garantía con fecha 22/07/2020, por los fundamentos del 11/08/2020, contestados el día 19/08/2020; y la parte demandada el día 23/07/2020, por los agravios del 18/08/2020, contestados el día 23/08/2020.

II. En la instancia anterior, se hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por D. E. I. contra Cerro Bayo SA, con extensión a su aseguradora Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA, con costas.

Ello en virtud de que el día 21 de agosto de 2017, entre las 10:30 y 11:00 hs., el actor —esquiador experto— se encontraba descendiendo por la pista de Ski llamada "El Bosque" del Cerro Bayo, mediante la práctica de Snowboard, y al llegar a la confluencia de la misma con otra pista llamada "Travesía" perdió estabilidad y su equilibrio por un desnivel, profundo y sin el debido marcado, que lo hizo atravesar sin control todo el ancho de la pista "Travesía" golpeando de frente contra un árbol ubicado al costado de la pista, lo cual le generó los daños por los que aquí reclama.

Para admitir la acción la jueza interviniente consideró que la emplazada incumplió el deber de seguridad a su cargo en función de lo normado por los arts. 5, 40 y concordantes de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 —modificada por la ley 26.361—; arts. N° 1719, 1743 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y el art. 42 de la Constitución Nacional, sin que las emplazadas lograran demostrar-frente a esta responsabilidad de carácter objetivo— algún eximente por el cual no debieran indemnizar.

Frente a ello se alzó la empresa demandada cuestionando la atribución de responsabilidad, y la cuantía de las indemnizaciones fijadas por incapacidad sobreviniente y daño moral.

Por su parte, la citada en garantía se agravió respecto de los montos fijados por incapacidad sobreviniente, daño moral, tratamiento psicológico, gastos; por la declaración de inoponibilidad del límite del seguro y por la tasa de interés fijada.

III. En primer lugar, debo señalar que tendré en cuenta la normativa vigente al tiempo en que sucedieron los hechos, por cuanto los efectos de las relaciones jurídicas se rigen por la ley vigente al momento en que estas se producen (conf. art. 7 Cód. Civ. y Comercial; Kemelmajer en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", p. 32 y ss., ed. Rubinzal-Culzoni).

Asimismo, debo recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni tampoco cada medida de prueba; sino solamente aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, según la forma en que ha quedada trabada la relación procesal (CSJN, Fallos: 144:611; 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 274:113, 276:132, 280:3201, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).

IV. Corresponde primeramente analizar los cuestionamientos a la atribución de responsabilidad.

En primer lugar, cabe recordar que la relación que vincula a la empresa explotadora de los medios de elevación y pistas de esquí con el usuario, es una típica relación de consumo, donde la obligación de seguridad se encuentra indudablemente incorporada. En consecuencia, resulta incuestionable la responsabilidad de la concesionaria en asegurar que los usuarios puedan esquiar de manera segura y confiable —art. 5 ley 24.240— (CNACiv., Sala B, *in re* "Pien, Ariel c. Nieves de Chapelco SA s/ daños y perjuicios, 17/10/2012).

Si bien tradicionalmente se ha recurrido a la teoría de la aceptación o asunción de riesgos para morigerar la obligación de seguridad a cargo del explotador de pistas de esquí, con el argumento de que el esquiador asume los riesgos normalmente previsibles derivados de esa actividad, conforme a la doctrina y la jurisprudencia francesas (Viney, Geneviève y Jour-

dain, Patrice, "Les conditions de la responsabilité", en Ghestin, Jacques [dir.], "Traité de droti civil", Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1998, ps. 461/462, 476 y ss.; le Tourneau, Philippe y Cadiet, Loïc, "Droit de la responsabilité", Dalloz, Paris, 1996, p. 287, 291/292 y 294; Terré, François; Simler, Philippe y Lequette, Yves, "Droit civil. Les obligations", Dalloz, Paris, 2002, ps. 573/574), en una tendencia que se vio luego ampliamente reflejada en nuestro medio (Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", T. II, LA LEY, Buenos Aires, 2004, p. 792 y ss.; esta Cámara, Sala E, 15/07/2011, "B., S. E. c. Valle de Las Leñas SA s/ daños y perjuicios", RCyS 2011-XI-139; íd., sala L, 20/04/2010, "Mata, Juan c. Catedral Alta Patagonia SA", Lexis 70061397; C. 1ª Civ. Com. Mendoza, 31/07/1995, "Gutiérrez, Juan c. Valle de las Leñas"), otra es la tesitura que corresponde adoptar de conformidad con el derecho positivo actualmente vigente en nuestro país. Es que, más allá de la opinión que se tenga acerca de la virtualidad de la teoría de la aceptación de riesgos para excluir o moderar la responsabilidad, lo cierto es que ella no puede hacerse valer en contra del texto expreso de la ley que, en el ámbito de las relaciones de consumo, pone en cabeza del proveedor una obligación de seguridad de resultado en todos los casos, sin efectuar distinción alguna para el caso de deportes riesgosos (Conf. CNACiv., Saña A, *in re* "Duvidovich Gallo, Patricia A. c. Valle de Las Leñas SA y otro s/ daños y perjuicios", 19/04/2012, La Ley Online AP/JUR/1067/2012).

Así, frente a la responsabilidad objetiva que resulta de la aplicación de la normativa sobre consumidor antes mencionada, resulta insuficiente alegar que no se encuentra probada la mecánica del hecho con exactitud, cuando conforme a lo que surge de fs. 205/209 se acompañó la planilla de atención que se dio al actor en el puesto de socorro del cerro y la decisión de trasladarlo al hospital de la ciudad. Además, la accionada estaba en mejores de condiciones de probar la situación en que se encontraba la pista en ese sector —en especial la inexistencia de desniveles en la zona de confluencia de las pistas—, su debida señalización, y/o la culpa o negligencia del actor.

En efecto, no se discute que el Sr. I. sufrió daños mientras esquiaba en el marco de una relación de consumo con la demandada; por lo cual, correspondía a esta, demostrar la existencia de algún eximente previsto en la norma sustantiva, para liberarse de responder, circunstancia que no ha tenido lugar en autos.

También la testimonial de fs. 404/6 resultó concordante con muchos dichos del actor, porque si bien el Sr. K. no presenció el accidente, estaba en el lugar, conocía las pistas y el movimiento del Cerro por haber ido varias veces, y acompañó al actor en el hospital local antes del traslado de este a Buenos Aires.

Aun cuando solo se trate de un único testigo, dio precisiones sobre las prácticas de compresión y distribución de la nieve con máquinas, que se cumplían en la pista principal pero no en las pistas El Bosque y Travesías, donde se produjo el hecho. De allí la formación de desniveles entre una pista y la otra, que tornan verosímil lo afirmado por el actor sobre la existencia del desnivel que lo desequilibró. También dio cuenta que en esa encrucijada no había señalización ni las vallas de contención y/o protección de los árboles para el caso que hubiera despistes, que suelen ubicarse en la confluencia de pistas y que incluso se encontraban colocados en otras pistas del cerro.

Estos elementos, en mi visión, resultan relevantes para tener por acreditado suficientemente el hecho, y el convencimiento de que fue la empresa demandada quien no cumplió con el deber de cuidado del actor, máxime si se tiene en cuenta que la pista El Bosque era de alta dificultad y se trataba de un empalme con otra que, fin de evitar accidentes como el de autos, debía tener señalizaciones y protecciones.

La demandada debió adoptar mayores medidas de seguridad. Huelga a esta altura señalar que no se han aportado al expediente pruebas tendientes a demostrar que haya habido culpa de la víctima, caso fortuito o hecho de un tercero por el cual la demandada no debiera responder.

Por todo ello, y atento la orfandad probatoria de quien tenía a su cargo acreditar alguna de las eximentes previstas por el ordenamiento legal citado, deberán responder la demandada y su aseguradora por los daños que resulten acreditados, motivo por el cual propongo al acuerdo la confirmación de la sentencia en cuanto a la atribución de responsabilidad se refiere.

V. Trataré a continuación los agravios vertidos respecto de la cuantía de los rubros cuestionados.

a) Por incapacidad sobreviniente la sentenciante fijó la suma de pesos seiscientos treinta y seis mil setecientos setenta y ocho ($636.778) y para tratamiento psicológico, la suma de pesos treinta y ocho mil cuatrocientos ($38.400).

Sobre esto se agraviaron las accionadas, quienes solicitaron la reducción de las partidas.

La incapacidad sobreviviente se configura cuando se verifica una disminución en las aptitudes tanto físicas como psíquicas de la víctima. Esta disminución repercute en la víctima tanto en lo orgánico como en

lo funcional, menoscabando la posibilidad de desarrollo pleno de su vida en todos los aspectos de la misma, y observándose en el conjunto de actividades de las que se ve privada de ejercer con debida amplitud y libertad. Estas circunstancias se proyectan sobre su personalidad integral, afectan su patrimonio y constituyen inescindiblemente los presupuestos para determinar la cuantificación del resarcimiento, con sustento jurídico en disposiciones como las contenidas en los arts. 1068 y 1109 del Cód. Civil y las actuales 1737 a 1740 y conc. del Cód. Civ. y Comercial. Por tanto, es claro que las secuelas permanentes, tanto físicas como psíquicas y sus correspondientes tratamientos, quedan comprendidos en la indemnización por dicha incapacidad. Ello se debe a que la capacidad de la víctima es una sola, por lo que su tratamiento debe efectuarse en igual modo.

Por su parte, para que el daño psíquico sea indemnizado de esta forma —dentro de la incapacidad sobreviniente e independientemente del moral—, debe configurarse como consecuencia del siniestro objeto de autos, por causas que no sean preexistentes y en forma permanente. Se da en una persona que presente luego de producido el hecho, una disfunción, un disturbio de carácter psíquico permanente. En conclusión, se acredita cuando hay una modificación definitiva en la personalidad de la víctima, una patología psíquica que se origina en el hecho o que importa un efectivo daño a la integridad personal y no solo una sintomatología que aparece como una modificación disvaliosa del espíritu, de los sentimientos y que lo haría encuadrable tan solo en el concepto de daño moral. Por tanto, será resarcible dentro de este ítem, cuando sea consecuencia del accidente, sea coherente con este y se configure en forma permanente.

Por último, la lesión estética no configura un daño autónomo; ella puede dar lugar a daño patrimonial o daño moral, pudiendo solo ser considerado dentro de la incapacidad sobreviniente, si se aprecia que la apariencia física resulta relevante para el plano laboral, o disminuye seriamente el normal desenvolvimiento de la vida en relación.

Bajo estos lineamientos entiendo que corresponderá analizar las constancias y el dictamen pericial de autos.

A fs. 205/206 se agregó constancia de las primeras atenciones médicas que recibió el actor en el puesto de socorro del cerro, donde se consignó lesión intercostal del lado derecho, y se los trasladaría al hospital para su evaluación y tratamiento. A fs. 214/233 se agregó la historia clínica del actor en la Clínica Santa Isabel, a la que ingresó el día 22/08/2017, fue internado por politraumatismo, fracturas costales y hematoma renal derecho. El día 24/08/2017 fue sometido a una intervención quirúrgica a fin de practicarle una nefrectomía parcial derecha por hematoma retroperitoneal secundario a traumatismo renal (v. fs. 218/219).

A fs. 364/382 dictaminó el perito médico de oficio, quien destacó los antecedentes mencionados, señalando que el actor debió permanecer 10 días internado, continuando luego con controles ambulatorios; y rehabilitación kinesiológica para el hombro por un lapso de 4 meses. Asimismo, de la inspección física destacó una cicatriz subcostal derecha de 25 x 1 cms (v. fs. 365 y fotografías agregadas a fs. 14/18).

El perito explicó que el actor presentó lesión de riñón derecho que debió ser tratado con intervención quirúrgica en la cual se resecó parte de ese órgano (el polo superior) con una evolución favorable. El hombro derecho sufrió una luxación que debió ser reducida, logrando que las estructuras recuperen nuevamente su lugar y posteriormente realizando tratamiento fisiokinesiológico durante cuatro meses. Indicó que las fracturas de los arcos costales 4° y 6° recibieron tratamiento analgésico e indicación de reposo para movimientos de la parrilla costal durante casi dos meses (v. fs. 373). Dijo que el riñón sufrió una disminución de su estructura, perdiendo parte de su anatomía que, conforme al baremo, consiste en un 15% de incapacidad física sobreviniente (v. fs. 374).

Respecto de la cicatriz subcostal, manifestó que es compatible con la intervención quirúrgica a la que fue cometido, y es probable que no desaparezca en el futuro (v. fs. 376).

Concluyó el experto que el actor presenta pérdida orgánica parcial de riñón derecho, con riñón contralateral sano, sin insuficiencia renal y se pondera con 15% de incapacidad física parcial y permanente, como consecuencia del accidente que motiva la litis (v. fs. 382).

El informe fue impugnado a fs. 392 por la citada en garantía, y el perito contestó y ratificó fundadamente su informe a fs. 410/411.

En cuando a la faz psicológica, la perito de oficio dictaminó a fs. 344/356. De la entrevista surge que el actor trabajaba en la Farmacia que es propiedad de su familia, que antes del accidente jugaba con sus amigos al fútbol en un club, pero que en la actualidad debe tener cautela; que juega, pero siempre cuidando el tipo de movimiento que haga con su brazo, ya que desde el accidente el hombro se le sale de lugar, produciéndole dolor hasta que se lo vuelve colocar. Dijo que incluso le ocurre con movimientos sen-

cillos como el que hace para colocarse una campera (v. fs. 346). Manifestó sufrir limitaciones también en su vida íntima, particularmente con su novia, agravado además por la presencia de la cicatriz que atraviesa su abdomen. Destacó que dicha cicatriz se ensancha a medida que engorda. Relató que su madre posee problemas psiquiátricos, con antecedentes de internaciones. Dijo haber vuelto al lugar del hecho, pero solo para enseñarle a esquiar a su novia en la parte baja del cerro.

Al relatar lo ocurrido, la víctima hizo hincapié en que, tras el accidente, ya en una salita ubicada en el cerro, no lo podían llevar a la ambulancia para llevarlo al hospital porque había una sola ambulancia, y evaluaron que lo suyo no era una urgencia porque no había sangre ni quebradura expuesta; le decían "la necesitamos acá por si le pasa algo a la mujer del presidente". El médico de la salita le ofreció llevarlo a las 12:30 hs., cuando terminaba su trabajo y regresaba a su casa; lo dejó en la puerta del hospital. Refirió que iba a lo gritos en el coche, por los dolores que sufría (v. fs. 348).

La perito concluyó, en base a los tests y técnicas administradas, que el actor sufre Depresión Neurótica o reactiva Moderada; un estado de ánimo crónicamente depresivo, con sentimientos de inadecuación, tristeza y minusvalía, provocando dejadez e inhibiciones en las esferas de la vida, que se evidencia además en conductas defensivas de aislamiento, reforzando el ensimismamiento evitando el contacto con los otros sociales (v. fs. 350). Estimó que padece un 17% de incapacidad psíquica, correspondiente un 5% a la personalidad previa y un 12% a los sucesos de autos (v. fs. 352). Recomendó un tratamiento psicológico o psiquiátrico, de duración entre tres meses y dos años, con frecuencia semanal, a razón de $1.500 por sesión (v. fs. 353).

La citada en garantía impugnó el informe a fs. 360/361, frente a lo cual la perito ratificó su informe, fundadamente, a fs. 384/389.

Es atinado recordar que todo cuestionamiento a la tarea pericial debe tener tal fuerza y fundamento que evidencie la falta de competencia, idoneidad o principios científicos en que se fundó el dictamen. El juez solo puede apartarse del asesoramiento pericial cuando contenga deficiencias significativas, sea por errores en la apreciación de circunstancias de hecho o por fallas lógicas del desarrollo de los razonamientos empleados, que conduzcan a descartar la idoneidad probatoria de la peritación, lo que no sucede en autos; máxime si los dictámenes ya citados refieren al carácter permanente de los daños. Siendo ello así y a la luz de lo estipulado en los arts. 386 y 477 del Código Procesal, ya citado, no cabe más que aceptar las conclusiones de los expertos y rechazar las críticas planteadas al respecto.

Dicho esto, en lo atinente a la cuantificación de la incapacidad sobreviniente, entiendo que la indemnización no se determina con cálculos, porcentajes o pautas rígidas. Para supuestos como el de autos el monto indemnizatorio se rige por el actual art. 1746 y conc. del Cód. Civ. y Comercial y queda librado al prudente arbitrio judicial, debido a que se trata de situaciones en que varían diferentes elementos a considerar, tales como las características de las lesiones padecidas, la aptitud para trabajos futuros, la edad, condición social, situación económica y social del grupo familiar, etc., siendo variables los parámetros que harán arribar al juzgador a establecer la reparación. En consecuencia, encontrándose acreditadas las secuelas físicas y psíquicas, teniendo en cuenta los dictámenes periciales, que al momento del siniestro de autos la víctima tenía aproximadamente 23 años, con estudios secundarios completos, empleado de farmacia, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal, no habiendo sido apeladas por la actora y por no considerar elevadas las sumas fijadas por incapacidad psicofísica sobreviniente y tratamiento psicológico, propongo su confirmación.

b) En la sentencia de grado se fijó por daño moral la suma de pesos seiscientos cincuenta mil ($650.000).

Las accionadas solicitan la reducción de la partida.

A fin de cuantificar este ítem deben considerarse los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima. Es un daño no patrimonial, es decir, todo perjuicio que no puede comprenderse como daño patrimonial por tener por objeto un interés puramente no patrimonial. También se lo ha definido como una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica.

En casos como el de autos, ante los daños permanentes y transitorios ocasionados, el daño moral surge *in re ipsa*. En este sentido, la afectación al actor como consecuencia de los hechos por los que reclama, permite considerar la entidad de las perturbaciones de índole emocional o espiritual que se produjeron en su persona y que deben ser resarcidas.

La determinación de su cuantía se encuentra librada al prudente arbitrio judicial, con amplias facultades para computar las particularidades de cada caso. En virtud de estos parámetros y en uso de las facultades que confiere el art. 165 del Cód. Procesal, no habiendo apelado el actor y por no resultar elevada la partida fijada —dado que en la demanda se reclamó lo que en más o en menos surgiera de autos— propondré su confirmación.

c) Los gastos médicos, farmacéuticos, de traslado, de servicio doméstico, administrativos y de medicación se fijaron en la suma de pesos diecisiete mil ($17.000).

Al respecto se agravió la citada en garantía, quien solo planteó su disconformidad con la partida.

Si bien entiendo que no es necesaria su acreditación a través de recibos o facturas, sí deben guardar relación con las lesiones acreditadas por la víctima, quedando su monto resarcitorio librado al prudente arbitrio judicial. Cuando la asistencia fuera brindada en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, resulta muy frecuente que los pacientes deban hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por aquellas.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta las constancias agregadas al expediente y el dictamen pericial médico precedentemente analizado, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 Cód. Procesal, no habiendo sido apelada por la parte actora, y resultando acordes a las circunstancias, propondré la confirmación de la suma fijada.

V. Los intereses se fijaron desde el día del accidente (21 de agosto de 2017) hasta el efectivo pago conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, excepto la partida fijada para tratamiento psicoterapéutico, que devengaría intereses a partir de la sentencia.

Esto fue cuestionado por la citada en garantía, quien solicitó la aplicación de una tasa pura equivalente al 6% anual desde el hecho hasta la sentencia por considerar que los importes fueron fijados a valores actuales.

En el tema intereses, tratándose de una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a la demanda (art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación) corresponde confirmar los intereses a la tasa activa desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago, pues por imperio del art. 768 del Cód. Civil y Comercial, la tasa para liquidarlos nunca podrá ser inferior a aquella, ya que ante la falta de pago en tiempo y dada las actuales circunstancias económicas, otra solución iría en desmedro del principio de reparación plena del daño causado al cual se refiere el art. 1740 Cód. Civ. y Comercial (conf. CNC, Sala B, "Cisterna c. Lara s/ daños y perjuicios" del 09/11/2017, en RCyC N° 4, abril 2018, p. 209).

Nótese que, si bien el BCRA no ha reglamentado una tasa de interés moratorio para estos casos, judicialmente se ha suplido dicha omisión. Con anterioridad a la vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, regía el art. 622 del Cód. Civil, y la doctrina emanada del fallo de esta Cámara en los autos "Samudio de Martínez c. Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios" del 20/04/2009 por la cual correspondía aplicar intereses moratorios a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde la mora hasta el efectivo pago. Su aplicación tenía lugar aun cuando el juez estimara ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales para preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, pues ello no significaba que los jueces actualizaran los montos de la demanda o aplicaran índices de depreciación monetaria que se encontraban prohibidos desde la sanción de la ley 23.928 (1991).

Si bien el fallo preveía como excepción que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia, implicara una alteración del significado económico del capital de condena que configurara un enriquecimiento indebido, en mi criterio para que ello resultara procedente debían darse ciertos supuestos, como ser la derogación de las leyes como la aludida 23.928 —mantenida en el art. 4° de la ley 25.561— que prohibían toda indexación, actualización monetaria o repotenciación de deudas; y la existencia de otros recaudos que debían solicitarse y acreditarse debidamente por el interesado, como ser la coexistencia de enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, e inexistencia de una justa causa que avalara la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y del acreedor que altere el significado económico del capital de condena, por aplicación de una tasa distinta a la activa en el cálculo de los intereses moratorios (conf. fundamentos que suscribí en el plenario mencionado; también CNC, Sala K, "Hausbauer c. Iriarte" del 08/07/2013 en La Ley Online AR/JUR/41876/2013).

De modo que desde antes de la vigencia del nuevo Cód. Civ. y Comercial sostenía la aplicación de la tasa activa para todas las partidas indemnizatorias, desde el hecho - en que se produjo la mora - hasta el efectivo pago, sin que la fijación de partidas indemnizatorias a valores actuales importe un extremo que

obste a la aplicación de la doctrina "Samudio" (ver también CNCiv., Sala H, "S., N. c. E. del C. y otros s/ daños y perjuicios" del 15/02/2016 en La Ley Online AR/JUR/5218/2016).

Sin perjuicio de entender que las partidas se fijaron a valores históricos, y no habiendo apelado la parte actora, entiendo que corresponde confirmar todo lo dispuesto por la jueza en cuanto al cómputo de intereses de intereses.

VI. Por último, en la instancia de grado se declaró inoponible a la actora el sublímite de cobertura de $750.000 opuesto por la citada en garantía, Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales, respecto de quien se hizo extensiva la condena. Se difirió la restante para la ejecución de sentencia y se admitió la franquicia denunciada por la aseguradora.

Sobre la inoponibilidad del sublímite se agravió dicha citada en garantía, solicitando se declare oponible a la víctima.

En primer lugar diré que en función de lo dispuesto por el Decreto N° 917/2015 de la Provincia de Neuquén que rige la actividad de los Centros de Esquí de esa Provincia, existe la obligación de contratar un seguro por daños a terceros, sin perjuicio que los límites de cobertura puedan variar en función de los ítems allí indicados (ver capítulo XI, art. 55 en delante de ese decreto). De modo que estamos, en el caso, frente a un seguro obligatorio para la actividad.

En el seguro por responsabilidad civil, la obligación principal que asume el asegurador consiste en mantener indemne al asegurado. El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un daño en el patrimonio del asegurado. El interés asegurable es la indemnización del daño derivado de una deuda de responsabilidad. El asegurado contrata para quedar relevado por el asegurador de las consecuencias dañosas de su obrar antijurídico; aquella obligación es a favor del asegurado.

El tercero damnificado tiene un derecho al resarcimiento frente al asegurado como consecuencia del hecho lesivo, y es este crédito el que tiene privilegio sobre la suma debida por el asegurador. La víctima resulta ser la destinataria del pago de la indemnización; este es el propósito querido por la ley de seguros en virtud de la función social del contrato de seguro; de lo contrario quedaría desprovista de toda tutela (conf. Morandi Juan Carlos, "Estudios de Derecho de Seguros", p. 414 y ss., citado en el fallo mencionado *ut supra*).

Ante la exigencia de la contratación de un seguro por responsabilidad civil, no puede desnaturalizarse su destino con los límites de aseguramiento mencionados, los cuales podrían dejar sin cobertura asegurativa a la víctima.

La adopción de una solución diferente a la brindada, podría llevarnos a la conclusión de que existieran casos en que el damnificado quedara sin posibilidades de ejecutar a la citada en garantía como consecuencia de esta cláusula, implicando con ello una exoneración de responsabilidad, circunstancia que en mi criterio no puede concebirse.

A la misma solución arribó esta Sala en los autos "Figueredo, Juan A. c. Visciglia, Darío s/ daños y perjuicios" (Exp. N° 85.646/09) del 8 de marzo de 2013; "Sosa, Miguel Ángel c. Alegre, Emanuel s/ daños y perjuicios" (exp. N° 29.839/2009) del 12 de julio de 2012 con voto preopinante del Dr. Liberman al cual adherí oportunamente y "David, Adriana J. c. Caputo, Alejandro y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)" (Expte. N° 91.373/2.010).

Además, las cláusulas limitativas de responsabilidad en materia de seguros, especialmente aquellas que delimitan el riesgo asegurable, en tanto cláusulas de no seguro, deben ser nuevamente evaluadas en sus efectos, respecto de la víctima del siniestro, considerando que la ley de seguros 17.418 ha sido afectada por las modificaciones de la ley de defensa del consumidor 24.240 y sus modificaciones (ley 26.361), y la reforma constitucional del año 1994 al art. 42 de la Constitución Nacional. De modo que resulta claro y evidente la trascendencia que tienen estas últimas normas en toda la temática de los consumidores, en general, y en los consumidores de seguros en particular (conf. Sobrino, Waldo A.R. en "Consumidores de Seguros - Aplicación de la ley de defensa del consumidor a los seguros" en RCyS N° 6 junio - 2011, p. 6 y ss.).

No solo el principio de reparación integral se ha visto reforzado por la normativa sino del juego armónico de esas leyes surge que el seguro de responsabilidad tiene como objetivo exclusivo excluyente y único la protección de la víctima de un siniestro. De esta forma la víctima debe considerarse también un consumidor de seguros (art. 1°, ley 26.361) dado que si bien no fue parte en la firma del contrato, utiliza los servicios derivados del mismo; es un tercero beneficiario que debe ser considerado consumidor (conf. Lorenzetti, Ricardo L. en "Consumidores", p. 89, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003).

La normativa señalada, afectó seriamente el principio de relatividad de los contratos (art. 1°, ley 24.240, respecto del art. 1195 y 1198 del Cód. Civil) y de la autonomía de la voluntad (art. 1°, 35, 65 y complementarios de la ley 24.240 respecto del art. 1197

Cód. Civil) y la interpretación del convenio se hará siempre en el sentido más favorable al consumidor (art. 37 ley 24.240) considerándose también que las entidades aseguradas son "consumidores" de seguros, con presunción "*iure et de iure*" de debilidad contractual y donde el contrato de seguro es concebido como "contrato de adhesión" y/o como "contrato autorizado" ya que al estar autorizado por el Estado se supone de acuerdo a las previsiones de la ley 17.418, 24.240 y art. 42 de la Constitución Nacional (conf. Sobrino, Waldo, en "Consumidores de Seguros..." ya citado; RCyS N° 6 junio - 2011, p. 15 y ss., doctrina y jurisprudencia allí citada.

A ello cabe agregar lo expresado por mi colega Dr. Liberman en sus aclaraciones al votar en los autos "Correa c. Expreso s/ daños y perjuicios", Expte. N° 65.088 (41.233/02), en cuanto a que el efecto relativo de los contratos no es una defensa que permita dañar con inmunidad a terceros. Los contratos pueden afectar indirectamente a otros, con una tendencia a no asumir las externalidades negativas. Es entonces el Estado el que regula esas externalidades poniendo límites más o menos extensos al programa contractual (conf. Lorenzetti, Ricardo L., "Las normas fundamentales de Derecho privado", Rubinzal - Culzoni Editores, 1995, p. 464).

Las empresas de seguros, generan con su actividad empresarial una cadena de comercialización y han contribuido a la generación de una actividad de riesgo, con las inherentes responsabilidades que surgen del art. 42 de la Constitución nacional, y 40 de la ley 24.240.

Además, la actividad empresarial de la demandada impone la obligatoriedad de contar con seguro de responsabilidad civil sin franquicia para las víctimas, y en especial si —como en autos— hay daños personales. Los daños producidos ilegítimamente por el asegurado son la causa de la obligación de abonar de la aseguradora, y los límites al interés asegurable deben ser razonables para merecer respeto. Pese a encontrarse cuestionadas desde hace muchísimo tiempo, las aseguradoras —en estos autos como en otros muchos— no han intentado siquiera probar su irresponsabilidad actual, fundándose solo en la existencia del límite de cobertura.

Por su parte, Sobrino entiende que son consumidores de seguro tanto el asegurado cuanto el damnificado (Sobrino, Waldo A. R., "Seguros y Responsabilidad Civil", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, p. 25, con cita de Caballero Sánchez, y p. 31; ver nota 41 en que cita al mismo). Y afirma que "la télesis de la ley es muy clara: si el seguro es obligatorio, ello implica que se quiere proteger a la víctima" (op. cit., p. 35) de modo que se va aceptando cada vez con más generalidad que el seguro cumple una importante función social, es un mecanismo de protección social para garantizar alternativas de reparación (conf. Halperin, Isaac: Prólogo a la primera edición, en Halperin - Barbato, "Seguros...", ed. LexisNexis, 3ª ed. act., 2001, p. XII; Morandi, "Estudios...", cit., p. 386 y ss.; Trigo Represas, LA LEY, 2007-B, 995, y citas en nota 30; Pagés Lloveras, LA LEY, 2004-E, 1459 y citas de Gabriel Stiglitz y Echevesti, y Ghersi en nota 21).

Ello, con mayor razón si se repara en el criterio actualmente adoptado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, al sancionar la nueva normativa aplicable a partir de Septiembre/2016 (ver Resolución 39.927).

Por todas estas consideraciones, tratándose de un seguro obligatorio vinculado a las actividades de sky y snowboard, no puede dejar de tener una función social y el criterio de asegurar una reparación integral especialmente si median daños personales. Por ello entiendo que debe confirmarse lo decidido por la magistrada, en cuanto declara inoponible a la parte actora, el sublímite de cobertura de $750.000 opuesto por la citada en garantía.

VII. En suma, si mi voto fuera compartido, propongo al acuerdo: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo lo que decide y fue materia de agravios; 2) Imponer las costas de la alzada a las accionadas apelantes, por resultar sustancialmente vencidas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

El doctor *Liberman* dijo:

Que adhiere al preciso voto de la doctora *Pérez Pardo* y remite a mayor abundamiento, en lo referente a los límites de cobertura en seguros obligatorios, a lo que expusiera en "Papagno c. Lado". (CNCiv., Sala L, 19/09/2017; el Dial AAA292; 26/10/2017; RCyS 2017-XI, 241; La Ley Online AR/JUR/63864/2017), "Drammis c. Mottion" (seguros de RC en construcción), entre otros.

Por razones análogas a las de la doctora *Pérez Pardo*, la doctora *Iturbide* vota en el mismo sentido.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el tribunal decide: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo lo que decide y fue materia de agravios; 2) Imponer las costas de la alzada a las accionadas apelantes, por resultar sustancialmente vencidas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se difiere la regulación de honorarios por la actuación en la alzada para una vez que se haya efectuado la de primera instancia y exista liquidación definitiva. Hácese saber que la eventual difusión de la presente

sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Marcela Pérez Pardo. — Víctor F. Liberman. — Gabriela A. Iturbide.*

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Colisión en una encrucijada con semáforos. Aplicación del art. 1113 del Cód. Civil. Eximentes de responsabilidad. Ausencia de prueba. Declaraciones testimoniales contradictorias. Colisión plural de automotores. Acreditación del contacto material entre los vehículos. Incapacidad física y psíquica. Indemnización de la incapacidad sobreviniente. Falta de prueba acerca de las secuelas irreversibles. Rechazo. Gastos médicos y farmacéuticos. Daños materiales. Prueba pericial a base de fotografías. Privación de uso del automotor. Intereses. Fijación del capital de la condena según los valores vigentes al momento del dictado de la sentencia. Disidencia parcial.

1. — Cuando en la encrucijada haya semáforos, la prueba de la trasgresión por la víctima de la luz roja patentizará la existencia de un hecho del dañado con aptitud causal suficiente como para exonerar al sindicado como responsable, pero ello, no porque el art. 1113 —que consagra la responsabilidad objetiva— no resulte aplicable en tal supuesto, sino precisamente por haberse configurado una de las eximentes previstas en esa norma.

2. — No existe prueba alguna que sirva para determinar concretamente cuál de los vehículos que intervinieron en la colisión cruzó cuando le estaba impedido el paso por la señal de tránsito, es que las declaraciones de los testigos apoyan la versión de cada uno de los litigantes que los propusieron, por lo que se contradicen entre sí.

3. — Bastaba a cada una de las partes con demostrar el contacto material entre los vehículos y la producción de daños para que naciera a favor de cada una de ellas la presunción de adecuación causal que establece el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Código Civil, frente a lo cual debía la otra parte, para eximirse total o parcialmente de responsabilidad, acreditar y probar alguna eximente válida **[1]**.

4. — Los perjuicios físicos y psíquicos deben ser valorados en forma conjunta, porque los porcentajes de incapacidad padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos ya que, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales **[2]**.

5. — Las partes no han logrado acreditar el elemento esencial que tipifica la incapacidad sobreviniente, que es la secuela irreversible, vale decir, la merma física y/o psicológica que impide a una persona desenvolverse con la plena capacidad que tenía con anterioridad al evento dañoso, por lo que la indemnización solicitada, debe rechazarse **[3]**.

6. — No resulta necesaria una prueba concreta y específica de los gastos médicos y farmacéuticos, sino que su erogación se presume en orden a la entidad de los hechos acreditados, aun cuando la atención haya sido prestada en hospitales públicos o por una obra social pues, de ordinario, esas entidades no cubren la totalidad de los gastos en que incurren los pacientes **[4]**.

7. — Si bien el experto fundó su estimación en base a las fotografías acompañadas que no fueron reconocidas por la contraria y que no inspeccionó los vehículos, lo cierto es que la pericia no fue impugnada por las partes.

8. — En la privación de uso del automotor lo que se computa es la imposibilidad de disponer del vehículo, lo que per se genera un perjuicio indemnizable, sea que el rodado esté destinado al esparcimiento, sea que tenga por objeto su utilización laboral. Es que, en ambos supuestos, la privación es productora de daños y fuente de resarcimiento en la medida en que incide en forma negativa en el patrimonio de la víctima **[5]**.

9. — Toda vez que en la especie se ha fijado el capital de condena según los valores vigentes al momento del dictado de la sentencia de grado, la tasa activa no debería regir desde el origen de la mora, porque si así fuese se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido.

10. — Aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma

tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor (del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Actor a): Masculino; Reconviniente: Masculino.

Observaciones: Se admite la reconvención. Ambas partes son responsables en un 50%. La indemnización total otorgada al actor a) es de: $22.445

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: Reconviniente: $40.000

Daño psicológico: Tratamiento psicológico: Reconviniente: $15.000

Daño patrimonial

Daño emergente: Daños al vehículo: Reconviniente: $3172,5

Daños varios: Tratamiento kinesiológico: Reconviniente: $3.000; Gastos de medicamentos, médicos y de movilidad: Reconviniente: $1500; Privación de uso: Reconviniente: $250

CNCiv., sala A, 15/05/2020. - Chávez, Néstor Javier c. Cukierman, Abraham y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/16998/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, "Matilla, Juan Carlos c. Peralta, Carlos Alberto y otros", 18/11/2010, AR/JUR/83433/2010.

[2] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, "Amaya, Alfredo Edmundo c. Transporte Metropolitano General San Martín SA", 01/06/2010, AR/JUR/43022/2010.

[3] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, "Leiva, Nancy Beatriz c. Microomnibus Ciudad de Buenos Aires SATCI y otros s/ daños y perjuicios", 28/09/2012, AR/JUR/52171/2012.

[4] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, "Morteyru, Juan Alberto y otro c. Juan, Gustavo Gabriel y otros s/daños y perjuicios", 27/12/2011, AR/JUR/97240/2011.

[5] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, "Pozurama, Fabiana Marcela c. Yorio, Olga Emilia", 30/03/2010, AR/JUR/92185/2010.

COSTAS

Se imponen en partes iguales.

INTERESES

Se aplica desde el inicio de la mora y hasta el 1° de agosto de 2015, la tasa del 8% anual y desde entonces y hasta el efectivo pago, la tasa activa cartera general —préstamos— nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. En relación con los "daños materiales", se aplica la tasa del 8% anual desde la fecha del hecho hasta la de presentación de la pericia mecánica, y luego la tasa activa.

Expte. n° 40872/2007

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 15 de 2020.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Picasso* dijo:

I. La sentencia de fs. 454/456 hizo lugar a la demanda promovida por Néstor Javier Chávez, y condenó a Abraham Cukierman a abonar al primero el importe de $53.890, dentro del plazo de diez días, con más intereses y las costas del juicio. Asimismo, rechazó la reconvención deducida por Abraham Cukierman contra Néstor Javier Chávez, con costas a cargo del vencido.

Contra dicho pronunciamiento se alzan las quejas del demandado reconviniente a fs. 464/473. Esta presentación mereció respuesta de su contraria a fs. 475/476.

El demandado se agravia respecto de la responsabilidad atribuida en la sentencia en crisis, ya que considera que, al no haberse acreditado quién violó las señales lumínicas de los semáforos emplazados en la intersección donde su produjo el siniestro, corresponde concluir que hubo "culpa concurrente" de los participantes, en un 50% para cada uno de ellos, o bien rechazar ambas pretensiones. Asimismo, cuestiona los montos de los rubros "incapacidad física", "incapacidad psíquica", "daño moral", "gastos en general" y "daños al vehículo". Por último, solicita que se modifique la tasa de interés fijada por la Sra. juez de grado.

II. Liminarmente memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los

argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Cód. Procesal).

También creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, los hechos ventilados en el *sub lite* (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Cód. Civil derogado. Por consiguiente —y con excepción de lo que enseguida diré respecto de la cuantificación del daño— la cuestión debe juzgarse —en principio— a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación; vid. Roubier, Paul, Le droit transitoire. Conflit des lois dans le temps, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

Debe hacerse excepción a esta regla en lo que respecta a las normas relativas a la cuantificación del daño, dado que ellas no se refieren a la constitución de la relación jurídica (obligación de reparar) sino solo a las consecuencias de ella, y no varían la naturaleza ni la extensión de la indemnización que tiene derecho a percibir la víctima, pues se limitan a sentar una pauta para su liquidación. En este sentido dice Kemelmajer de Carlucci: "Hay cierto acuerdo en que debe distinguirse entre la existencia y la cuantificación del daño. La segunda operación debe realizarse según la ley vigente en el momento en que la sentencia determina la medida o extensión" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234). Por este motivo las reglas contenidas en los arts. 1741 —último párrafo—, 1746 y concs. del Cód. Civil y Comercial son directamente aplicables al *sub lite*.

Por último señalo que, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Cód. Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta Sala, 25/06/2015, "C., Jésica M. c. B., Carlos R. y otros s/ daños y perjuicios"; ídem, 30/03/2016, "F., Celeste E. c. D. P., Virginia G. y otro s/ daños y perjuicios", expte. n.° 11.725/2013; 11/10/2016, "R., Jorge O. c. A., Adrián Bartolomé y otro s/ Nulidad de acto jurídico" y "A., Adrián B. y otro c. R., Jorge O. s/ restitución de bienes", exptes. n.° 47.289/2001 y 38.328/2003; ídem, CAC y C, Azul, sala II, 15/11/2016, "Ferreira, Rodríguez, Amelia c. Ferreira Marcos, y otra s/ desalojo", LA LEY 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LA LEY 16/11/2015, 3).

III. Las partes son contestes en que, el 16 de mayo de 2006, el automotor que conducía el demandante reconvenido (Ford Falcon dominio ...), que circulaba por la calle Bravard de esta ciudad, al cruzar la intersección de esa vía con la Av. Ángel Gallardo, colisionó con el vehículo Fiat Regatta, dominio ..., que transitaba por esta última arteria.

La Sra. juez de grado consideró que el hecho ilícito fue consecuencia del obrar del demandado reconviniente, quien resultó el embistente mecánico en la emergencia, mas nada dijo sobre los semáforos que regulaban el tránsito vehicular en la citada encrucijada.

El caso encuadra en el segundo supuesto del segundo párrafo del artículo 1113 del Cód. Civil; o sea, se trata de un supuesto de atribución objetiva de la responsabilidad. Es que, de conformidad con lo resuelto por esta cámara en pleno, *in re* "Valdez, Estanislao F. c. El Puente S.A.T. y otro" (LA LEY, 1995-A-136), la responsabilidad del dueño o guardián emergente de accidentes de tránsito producidos como consecuencia de una colisión plural de automotores en movimiento no debe encuadrarse en la órbita del art. 1109 del Cód. Civil, lo que implica que resulta aplicable en tales casos el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del citado código.

No obsta a la aplicación de tal norma el hecho de que, como en el *sub lite*, el accidente de tránsito se produjo en una encrucijada donde hay semáforos. Ninguna norma dispone tal cosa, y sabido es que ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

Es decir que, en casos como el presente, y en los términos de la citada norma, bastará a los damnificados con acreditar el perjuicio por ellos sufridos y la intervención de la cosa que lo produjo o, lo que es lo mismo, la relación de causalidad puramente material entre el vehículo del cual se trata y el daño. Ello es así en la medida en que sobre el creador del riesgo gravita una presunción de adecuación causal, que solo puede ser desvirtuada si se acredita la intervención de una causa ajena; vale decir, el hecho de la víctima, de un tercero por quien no tenga el deber jurídico de responder o, en fin, el caso fortuito o la fuerza mayor (Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, LA LEY, Buenos Aires, 2006, T. II, p. 141; Zavala de González, Matilde, Responsabilidad por riesgo, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 43; Kemelmajer de Carlucci, Aída, comentario al ar-

tículo 1113 en Belluscio, Augusto C.- Zannoni, Eduardo A. (dirs.), Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. 5, p. 460; Trigo Represas, Félix A., "Concurrencia de riesgo de la cosa y de culpa de la víctima", LA LEY 1993-B-306).

Naturalmente, cuando en la encrucijada haya semáforos, la prueba de la trasgresión por la víctima de la luz roja patentizará la existencia de un hecho del dañado con aptitud causal suficiente como para exonerar al sindicado como responsable, pero ello, lo reitero, no porque el mencionado art. 1113 no resulte aplicable en tal supuesto, sino precisamente por haberse configurado una de las eximentes previstas en esa norma. En ese sentido dice Zavala de González: "...en colisión de automotores sucedida en intersección con semáforo, la prueba de que el otro conductor cruzó en rojo no se requiere para fundar la responsabilidad del demandado, sino para excluir la propia del sujeto contra quien se dirige la acción. Si esa prueba no se rinde, prosperan tanto pretensiones vertidas en demanda como en eventual reconvención. En efecto, no exime la causa desconocida, sino sólo la causa identificada y en tanto sea ajena al riesgo del automotor" (sic; Zavala de González, Matilde, "Problemas causales en accidentes de tránsito", RCyS 2011-X, 20).

Ello no obsta a señalar que no tiene virtualidad en estos casos la invocación de las normas de preferencia de paso, ni el lugar de la encrucijada donde se produjo la colisión, que son fuente de presunciones establecidas para el supuesto en que no existan los semáforos (esta Sala, L. N° 570.832 y N° 570.834 "O., Eduardo Pedro y otro c. M., Diego Damián y otros s/ daños y perjuicios" y "D., Juan P. c. R., Julio O. y otros s/ Daños y perjuicios", del 11/05/2012). Lo mismo sucede con la presunción que la jurisprudencia y la doctrina han consagrado contra el conductor del vehículo que revistió el carácter de embestidor, ya que en una esquina "semaforizada" tal extremo no es aplicable (Cazaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., Derecho de las obligaciones, LA LEY, Buenos Aires, 2010, T. V, p. 360).

Entonces, habiendo mediado demanda y reconvención, cada parte cuenta a su favor con la presunción de adecuación causal ya mencionada, por lo que cada una de ellas deberá resarcir los daños causados a la otra, salvo que se demuestre alguna eximente (vid mi voto en el fallo de esta Sala del 12/04/2018, "S. C., Pablo M. y otros s/ F., Hugo O. y otros s/ daños y perjuicios", expte. n.° 50.591/2013).

Sobre la base de esas pautas corresponde examinar las constancias de la causa.

IV. Como se dijo, el accidente se produjo en la intersección de dos bocacalles donde existía señal lumínica reguladora del tránsito, cuyo funcionamiento no sólo no fue controvertido, sino que también surge de las actas de choque oportunamente agregadas por ambos litigantes (vid fs. 161 y 178), en las que atribuyen a su contraria haber violado la luz roja del semáforo. Razón por la cual contaba con prioridad de paso aquel que se hallaba habilitado por el semáforo ubicado en el cruce de las arterias correspondientes (arts. 41 inc. "a" y 44 inc. "a" de la ley 24.449).

Sin embargo, adelanto que en autos no existe prueba alguna que sirva para determinar concretamente cuál de los vehículos que intervinieron en la colisión cruzó cuando le estaba impedido el paso por la señal de tránsito. Es que las declaraciones de los testigos apoyan la versión de cada uno de los litigantes que los propusieron, por lo que se contradicen entre sí.

En efecto, la testigo M. L. D. declaró: "yo cruzaba Ángel Gallardo por la senda peatonal del lado del parque centenario para Scalabrini Ortiz. En esa esquina hay semáforo, yo cruzaba así que tendría que estar en rojo (...) el Falcon cruzaba en la misma dirección que yo... yo iba cruzando Ángel Gallardo y el Falcon me pasó y el coche éste (Duna o Regatta) lo chocó casi llegando donde termina Ángel Gallardo. Yo estaba a cuatro metros fue adelante mío (...) hay un semáforo seguro que era el que me permitía cruzar" (fs. 129/130).

En similares términos depuso M. E. Q. a fs. 143. En este sentido, manifestó: "yo estaba parado en el semáforo manejaba yo una pick up f 100 patente ..., el semáforo estaba en rojo, esquina Patricias Argentinas del lado izquierdo calle que al cruzar Ángel Gallardo se transforma en Bravard, es una calle corta. Eran las 8 de la mañana, y de mi derecha pasó un auto rojo, el auto venía por Ángel Gallardo, en ese semáforo a esa hora el sol está de frente entonces uno no ve bien. Yo estaba esperando que cambie el semáforo y el auto pasó se incrustó contra otro auto que venía por Bravard o Patricias Argentinas. El auto que me pasó creo que era un Fiat Regatta claro, el otro auto era un Falcon". Preguntado acerca de si sobre la Av. Ángel Gallardo había otros rodados detenidos en la emergencia, respondió: "sí, los que estaban al lado mío en el semáforo".

En cambio, las declaraciones prestadas por el Sr. N. y el Sr. M. se contradicen con tales afirmaciones. Así, el primero de ello refirió: "yo tengo un Regatta, yo estaba parado en la senda peatonal porque estaba el semáforo en rojo. Frenamos todos y un coche Falcon clarito se coló por la izquierda mía y bueno salió y los primeros coches frenaron y el Falcon siguió cruzando Ángel Gallardo y casi al llegar a la otra esquina lo

embiste un Regatta que venía por la mano derecha de Ángel Gallardo y no lo vio porque el pelotón sale y es imposible verlo" (fs. 132).

En el mismo orden de ideas, H. M. postuló: "yo venía con mi auto mucho más atrás del auto del Sr. C. Lo presencié el accidente. Yo estaba a cuatro o cinco autos más atrás y cuando de pronto se produce una gran frenada, se cruza el Falcon Gallardo y el Regatta se lo lleva puesto". Consultado sobre "cómo estaba la luz del semáforo para los autos que venían por Gallardo", contesta: "verde. Para el Falcon que cruzó Ángel Gallardo estaba en rojo" (fs. 266).

Así, existen dos grupos de testigos. En tales condiciones, de lo que se trata es de sopesar estos dos grupos que, en lo que aquí interesa, han expuesto versiones sustancialmente diversas. Sabido es que en estos supuestos debe otorgarse mayor veracidad a las exposiciones que parecen más coherentes, de modo tal que la valoración, en definitiva, quedará sujeta al prudente arbitrio judicial según las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de sus declaraciones. En efecto, los testimonios deben ser apreciados en función de diversos elementos, ponderando las condiciones individuales y genéricas de los deponentes, seguridad del conocimiento que manifiestan, coherencia del relato, razones de la convicción que declaran y la confianza que inspiran. En este sentido, un juicio adecuado de convicción no puede sustentarse en la aislada apreciación de los dichos de cada uno de ellos, sino mediante un análisis conjunto conforme a las reglas de la sana crítica. De modo que en esta tarea de apreciación de la prueba testimonial en que los dichos son diametralmente opuestos debe otorgarse mayor veracidad a las exposiciones que parecen más coherentes, sin dejar de ponderar los motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de sus declaraciones (esta Sala, en Libres n° 256.311 del 16/04/1999 y n° 406.795 del 22/12/2004, entre otros muchos).

Empero, no encuentre mérito alguno para apartarme de la declaración de ninguno de los testigos aportados a la causa, puesto que no obran en autos otras pruebas que corroboren o disminuyan la fuerza de sus declaraciones.

En este punto, si bien el perito ingeniero mecánico sostuvo que "se trata de un choque entre dos vehículos que tienen direcciones concurrentes, en una encrucijada urbana semaforizada", lo cierto es que informó que "no existen datos de carácter técnico que permiten determinar la condición del semáforo para cada conductor" (fs. 329).

Concluyo, entonces, que las declaraciones reseñadas no son válidas para probar de manera concluyente cuál de los vehículos cruzó la mencionada intersección en violación a la luz del semáforo que regulaba el tránsito.

Así las cosas, ante la ausencia de elementos de convicción que prueben quien cruzó la intersección en forma antirreglamentaria, por no haber respetado el semáforo en rojo, considero que no quedó acreditado un hecho de la víctima que desvirtúe la presunción de adecuación causal que surge del art. 1113, segunda parte, segundo supuesto, del Cód. Civil.

En este sentido, ha señalado la jurisprudencia que ante una colisión de vehículos en movimiento ocurrida en una encrucijada regulada por semáforos correctamente activados, y no habiéndose acreditado quién efectuó el cruce en infracción, resulta aplicable el plenario "Valdez", razón por la cual quien alegó la transgresión de la señal lumínica debió probarlo para eximirse de responsabilidad, y, a falta de esa prueba, se torna aplicable la presunción legal contenida en el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Cód. Civil (esta cámara, Sala G, 01/11/2011, "V., Gabriel O. c. A., Matías S. s/ daños y perjuicios", votos de los Dres. Carranza Casares y Racimo, La Ley Online).

Sin perjuicio de ello, el demandado reconviniente requiere en su expresión de agravios: "siendo que las declaraciones testimoniales han quedado neutralizadas y que del informe pericial mecánico no resulta quien cruzó en rojo es que corresponde concluir en la culpa concurrente de los participantes en el siniestro en un 50% para cada uno o bien el rechazo de la demanda y reconvención ante la falta de acreditación del incumplimiento que diera lugar al accidente de tránsito" (fs. 468 vta.).

Es preciso recordar que el ya citado plenario de esta cámara *in re* "Valdez, Estanislao F. c. El Puente S.A.T. y otro", del 10/11/1994 estableció que cuando media una colisión plural de automotores en movimiento no resulta aplicable el art. 1109 del Cód. Civil. Eso implica que el resarcimiento de los daños sufridos por cada una de las eventuales víctimas se rige por el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del mentado código, a cuyo tenor el dueño o guardián de cada automotor responde a título objetivo por la totalidad de los daños sufridos por el propietario o los ocupantes del otro (o por los terceros damnificados indirectos), salvo que demuestre alguna eximente.

De ese modo, el plenario descartó no solamente la tesis de la neutralización de las presunciones, sino igualmente la de la distribución paritaria de los daños. A tal punto es ello así que el voto de la mayoría señala expresamente: "...el choque entre dos vehículos en movimiento pone en juego las presunciones de causalidad y responsabiliza a cada dueño o guardián

por los daños sufridos por el otro (art. 1113, párr. 2 *in fine*)". Como se echa de ver, la frase es terminante y abarca la totalidad de los daños sufridos por el dueño o guardián de cada uno de los vehículos involucrados en la colisión.

En definitiva, ni la ley (el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Cód. Civil, aplicable en la especie de acuerdo a la doctrina plenaria) ni el mencionado fallo plenario hacen referencia alguna a la distribución paritaria de los daños entre los involucrados, por lo que cabe aplicar el consabido adagio ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. En otras palabras, lo que la mencionada norma presume, probado el vicio o riesgo de una cosa y su contacto material con la sede del daño, es que la causa adecuada de los daños en cuestión (del total de ellos, y no de un porcentaje) es el riesgo o vicio de la cosa de la que el demandado resulta ser el dueño o guardián, a cuyo cargo queda la prueba de las eximentes. Y esa conclusión no varía por el hecho de que el daño se haya producido por la intervención de dos o más cosas riesgosas, pues en cada caso quien acciona se verá beneficiado por la presunción derivada de la aplicación de la norma citada.

La postura contraria (esto es, reducir en un 50% la reparación por el hecho de existir colisión plural de automotores) importa presumir una suerte de ruptura parcial del nexo de causalidad por culpa de la víctima, por el solo hecho de conducir o viajar en un vehículo que participó en la colisión. Y conspira contra la finalidad que inspira la consagración de las presunciones recíprocas de causalidad, que estriba en lograr el pleno resarcimiento de todos los involucrados en la colisión mediante el juego del seguro de responsabilidad civil, que cubrirá los daños causados recíprocamente (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aida, "¿Puede resucitar la teoría de la compensación de riesgos?", Revista de Derecho de Daños, Accidentes de tránsito-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 45 y ss.).

Por lo demás, esta es la interpretación que han dado, tanto al art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Cód. Civil, como al fallo "Valdez", la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, incluidas todas las otras salas de esta cámara (esta cámara, Sala B, 13/04/2012, "De Las Heras, Anahí M. c. Emp. de Transp. Tte. Gral. Roca SA y otros s/ ds. y ps.", L 590.521; ídem Sala C, 01/12/2010, "Schiff, Jorge V. c. Empresa LASA Sarmiento SRL y otros s/ ds. y ps.", L. 559.988; ídem Sala D, 18/11/2010, "Matilla, Juan C. c. Peralta, Carlos A. y otros s/ ds. y ps.", La Ley Online: AR/JUR/83433/2010; ídem Sala E, 21/03/2012, "Novarin, Rodolfo D. c. Millefanti, Guillermo O. y otro s/ ds. y ps.", L. 589.875; ídem Sala F, 11/06/2012, "Cubilla, Roberta y otros c. Domínguez, Carlos A. y otros s/ ds. y ps.", L 591.816; ídem Sala G, 27/09/2011, "Enciso, Carlos del P. c. Bustos, Marcelo H. y otros s/ ds. y ps.", L. 582.196; ídem Sala H, 12/08/2011, "Romanello, José L. c. Salmain, Gaspar s/ ds. y ps.", La Ley Online: AR/JUR/50967/2011; ídem Sala I, 03/05/2005, "Sury, Juan J. y otro c. Transporte Automotor La Plata SA y otro s/ ds. y ps.", La Ley Online: AR/JUR/4153/2005; ídem Sala J, 06/12/2011, "Pedrozo, Sergio R. y otro c. La Cabaña SA y otros s/ ds. y ps.", La Ley Online: AR/JUR/87172/2011; ídem Sala K, 28/10/2010, "Félix, Marcelo S. c. Romano, Matías A. s/ ds. y ps.", La Ley Online: AR/JUR/71150/2010; ídem Sala L, 12/03/2010, "Maldonado, Esteban c. Gaona, Mirta y otros s/ ds. y ps.", La Ley Online: AR/JUR/34093/2010; ídem Sala M, 18/11/2011, "Varela, Pablo M. y otro c. Castro, María N. y otro s/ ds. y ps.", La Ley Online: AR/JUR/82129/2011).

En tal sentido, dice Pizarro: "Conforme al criterio ampliamente dominante en doctrina y jurisprudencia, que compartimos, el dueño o guardián de cada uno de los vehículos que intervino en la colisión debe responder por los daños causados al otro, salvo que medie una causa eximitoria debidamente acreditada (...) De haber mediado reconvención, la obligación se extinguirá hasta el límite de la menor" (Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, LA LEY, Buenos Aires, 2006, T. II, p. 283). Por su parte, señalan Trigo Represas y Compagnucci de Caso que la tesis que postula el reparto paritario de los daños entre quienes intervinieron en la colisión "carece de apoyatura normativa en nuestro Derecho positivo, a la luz de los amplios términos del art. 1113 del Código Civil" (Trigo Represas, Félix A. - Compagnucci de Caso, Rubén H., Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, T. 2, p. 174). En el mismo sentido, vid. Kemelmajer de Carlucci, Aida, "Responsabilidad en las colisiones entre dos o más vehículos", en Kemelmajer de Carlucci et al, Temas de responsabilidad civil, en honor al Dr. Augusto M. Morello, Platense, La Plata, 1981, p. 232; ídem., "¿Puede resucitar la teoría de la compensación de riesgos?", op. y loc. cit.; Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., Derecho de obligaciones, LA LEY, Buenos Aires, 2010, T. V, p. 403; Zavala de González, Matilde, Responsabilidad por riesgo, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 77 y ss.; Alterini, Atilio A., "Presunciones concurrentes de causalidad en la colisión plural de automotores", LA LEY, 1998-D-296; Sagarna, Fernando A., "El vicio, los riesgos recíprocos y el factor etiológico en la causación de perjuicios", LA LEY, 1994-C-361; Galdós, Jorge M., "Los accidentes de automotores y la teoría del riesgo creado", LA LEY, 1991-C-719; Bustamante Alsina, Jorge, "Los riesgos recíprocos en la producción del daño", LA LEY, 1991-E-337 (rectificando su anterior criterio), entre muchos otros.

En conclusión, estimo que en el *sub lite* bastaba a cada una de las partes (el actor, y el demandado re-

conviniente) con demostrar el contacto material entre los vehículos y la producción de daños para que naciera a favor de cada una de ellas la presunción de adecuación causal que establece el art. 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del Cód. Civil (presunción que, como queda dicho, abarca el 100% de los daños sufridos por cada una de ellos), frente a lo cual debía la otra parte, para eximirse total o parcialmente de responsabilidad, acreditar y probar alguna eximente válida.

Sin embargo, en la medida en que no existe agravio del demandado reconviniente para que su pretensión prospere por el 100% de la totalidad de los daños por él sufridos, y a fin de evitar consagrar una reformatio in pejus, propondré: 1) confirmar la decisión adoptada en la anterior instancia en relación a la demanda incoada por Néstor Javier Chávez contra Abraham Cukierman; y 2) revocar la sentencia en tanto desestimó la reconvención y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda reconvencional interpuesta por Abraham Cukierman contra Néstor Javier Chávez, pero sólo por el 50% de la totalidad de los daños sufridos por el emplazado reconviniente. Lo que así propongo al acuerdo.

V. Sentado lo que antecede, trataré las quejas sobre las partidas indemnizatorias otorgadas al actor reconvenido abordadas en la sentencia en crisis, como así también al reclamo resarcitorio peticionado por el demandado reconviniente.

a) Incapacidad sobreviniente

La Sra. juez de grado concedió al actor reconvenido la suma de $18.000 en concepto de "daño físico y tratamiento kinésico", y la de $8.000 por "daño psíquico y tratamiento psicológico".

A su vez, el demandado reconviniente peticionó la suma de $10.000 a título de "daño físico e incapacidad sobreviniente", y la de $5.000 por "daño psicológico".

Ante todo, debe dejarse en claro que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.

La lesión de la psiquis de los reclamantes, entonces, no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente. Se trata, en ambos casos, de lesiones —causadas en la psiquis o el cuerpo de la víctima— que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente mensurables. Es esta merma, que resulta en una disminución patrimonial (un lucro cesante), lo que en definitiva constituye el daño resarcible.

En sentido concorde, esta Sala ha sostenido en forma reiterada que los perjuicios físicos y psíquicos deben ser valorados en forma conjunta, porque los porcentajes de incapacidad padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos ya que, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (esta Sala, 12/03/2013, "Heredia, Ricardo A. c. Empresa Ciudad de San Fernando y otros s/ Daños y Perjuicios", L. N° 610.399; ídem, 22/08/2012, "Rein, Flavio E. c. Bayer SA y otros", L N° 584.026; ídem, 19/06/2012, "García, Josefina c. Transporte Escalada S.A.T. y otro s/ daños y perjuicios", L. N° 598.408; ídem, 23/02/2012, "Giménez, Victoria Y. c. Morales, Pablo y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY 18/06/2012, 9; ídem, 01/06/2010, "Amaya, Alfredo E. c. Transporte Metropolitano General San Martín SA", La Ley Online, cita: AR/JUR/43022/2010, entre muchos otros).

Ahora bien, la perito médica designada de oficio refirió en su dictamen de 258/259 que el Sr. Chávez no presenta limitaciones en los movimientos de la articulación del hombro, tanto activos como pasivos, ni se objetiva pérdida de la fuerza de los miembros superiores. Asimismo, observó una rectificación de la columna cervical, condición ésta que produce contracturas musculares crónicas que se pueden reagudizar antes situaciones traumáticas como el accidente de autos. La experta concluyó que el demandante padece una dorsalgia postraumática con leves manifestaciones clínicas, y determinó una incapacidad parcial y transitoria del 5%, dado que los dolores crónicos son pasible de mejoría con tratamiento fisiokinésico de 10 a 20 sesiones, según la evolución del paciente.

En la faz psíquica, la idónea sostuvo que, sin llegar a configurarse una neurosis de tipo postraumática, amerita que el actor realice un tratamiento psicológico de una sesión semanal con terapia de tipo cognitiva conductal de corta duración, con un costo de $100 la sesión a nivel privado.

A su turno, la perito médica desinsaculada en autos también informó a fs. 215/216 que el Sr. Cukierman sufrió "politraumatismos a predominio de rodilla derecha, hombro izquierdo y región cervical" (sic). Las lesiones fueron de tipo contuso, con formación de hematomas que evolucionan en 30 días aproximadamente, con persistencia de síntomas como dolor, mareas, acúfenos y signos como dificultad en la movilidad del hombro. Agregó la experta que, al momento del examen, presenta disminución de la movilidad del hombro izquierdo en abducción, rotación interna y posterior, con disminución de la fuerza en comparación con el brazo derecho. Asimismo, en la columna cervical presenta un punto doloroso a nivel de C5 al rotar la cabeza. Indicó una limitación de la movilidad cervical (30%) y del hombro (20%), mas aclaró que la incapacidad que presenta el peritado es parcial y transitoria, puesto que es pasible de mejoría con rehabilitación.

En el aspecto psicológico, la perito sostuvo que el demandado reconviniente presenta un cuadro de neurosis ansiosa de tipo postraumático que representa una incapacidad del 10%, la puede que ser tratada con terapia de una frecuencia semanal, de un año de duración según evolución, a un costo de $80 por sesión a nivel privado y $50 según nomenclador nacional.

Es preciso remarcar que las pericias fueron consentidas por las partes, por lo cual, teniendo en cuenta asimismo la contundencia y la razonabilidad de los informes, otorgo a dichas piezas procesales fuerza probatoria en los términos del artículo 477 del Código Procesal, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 386 del mismo cuerpo legal.

Así las cosas, es claro que el demandante reconvenido y el emplazado reconviniente —sobre quienes pesaba la carga de la prueba, art. 377 del Código Procesal— no han logrado acreditar el elemento esencial que tipifica este perjuicio, que es la secuela irreversible, vale decir, la merma física y/o psicológica que impide a una persona desenvolverse con la plena capacidad que tenía con anterioridad al evento dañoso (esta Sala, 28/09/2012, "L., Nancy B. c. Microomnibus Ciudad de Buenos Aires S.A.T.C.I. y otros s/ daños y perjuicios", La Ley Online, cita: AR/JUR/52171/2012; ídem, 29/02/2012, "C., Federico c. H., Ricardo y otros s/ daños y Perjuicios", RCyS 2012-VII, 231; ídem, 17/11/2014, "S., Karina Edith y otros c. B., Luis y otros s/ Daños y perjuicios", expte. N° 45.848/2001).

En consecuencia, en el entendimiento de que la indemnización por incapacidad psicofísica sobreviniente presupone secuelas irreversibles o permanentes, propongo a mis colegas que se rechacen las partidas reclamadas por dichos conceptos, independientemente de que los mencionados padecimientos temporarios sean ponderados a la hora de tratar el daño moral.

b) Tratamiento psicológico

La colega de primera instancia fijó por el presente ítem la suma de $8.000 a favor del Sr. Chávez. Este importe fue cuestionado por el emplazado, quien entiende que debería ser rechazado o reducido.

Por otra parte, el Sr. Cukierman reclamó la suma de $2.500 por la partida en estudio.

La perito recomendó la realización de un tratamiento psicológico para el actor reconvenido "de corta duración", con una frecuencia semanal y a un costo estimado por sesión de $100 (fs. 259), mientras que, para el demandado reconviniente, sugirió una terapia de una frecuencia semanal, de un año de duración, a un costo de $80 por sesión a nivel privado y a $50 según nomenclador nacional (fs. 216).

Así las cosas, en atención al lapso y la frecuencia estimada por la experta para la realización de los tratamientos psicológicos aconsejados para el actor y el demandado, teniendo en cuenta que —según es notorio— el valor de la sesión en la actualidad es bastante más elevado que el indicado en la pericia (tomo la suma actual de $900), pero también que es preciso efectuar una quita sobre el capital a fin de establecer el valor actual de esa renta futura, atento al alcance del recurso —apelado sólo para reducir el monto—, propongo confirmar la sentencia apelada en este punto en relación al Sr. Chávez.

Con respecto al Sr. Cukierman, considero que debería reconocerse por este concepto la suma de $30.000 (art. 165, Cód. Procesal). Como quedó dicho, el actor condenado deberá afrontar solamente el 50% de ese importe.

No paso por alto que el demandado reconviniente pidió por este ítem una suma menor, pero, por tratarse de una deuda de valor, es pertinente liquidar su importe según valores al tiempo de la sentencia.

c) Gastos de honorarios tratamiento kinésico

La perito médica indicó para el Sr. Chávez un tratamiento fisiokinésico de 10 a 20 sesiones según evo-

lución. Agregó que, dada la edad del actor, es de esperar una buena evolución en este aspecto. Estimó el costo de las sesiones en $80 (fs. 258).

También informó que la incapacidad que presenta el demandado Cuckierman es parcial y transitoria, dado que es pasible de mejoría con rehabilitación. Destacó que recibe tratamiento con analgésicos y antiinflamatorios, y 10 sesiones de kinesiología. Afirmó la experta que, según la evolución de las lesiones, serían necesarios más tratamientos de rehabilitación (fs. 216).

Así las cosas, en atención al lapso y la frecuencia estimados por la experta, y teniendo en cuenta que —según es notorio— el valor de la sesión en la actualidad es más elevado que el indicado en la pericia (tomo la suma actual de $700), pero también que es preciso efectuar una quita sobre el capital a fin de establecer el valor actual de esa renta futura, considero que corresponde justipreciar esta partida en la suma de $9.000 para el demandante reconvenido (art. 165 del Cód. Procesal).

Ahora bien, no paso por alto que el demandado reconviniente no enuncia expresamente en su escrito de postulación un monto particular para sufragar el tratamiento kinésico, pero su íntegra lectura permite constatar que ofreció prueba pericial, precisamente, para que la experta se expidiera sobre "si se encuentran pendientes de realización otros tratamientos de rehabilitación" (fs. 78, punto 5, de la prueba pericial médica).

También la perito entendió que dicha cuestión fue sometida a su consulta, pues refirió que "recibe tratamiento con analgésicos y anteiinflamatorios y 10 sesiones de kinesioterapia (...) sí ha realizado tratamientos de rehabilitación (...) según evolución de las lesiones serían necesarios más tratamientos de rehabilitación (...) la incapacidad que presenta el demandado Cukierman es parcial y transitoria dado que es pasible de mejoría con rehabilitación" (sic, fs. 215/216). Además, la transitoriedad de la merma física evidenciada por la galena depende, precisamente, de la realización del tratamiento en estudio.

De lo expuesto surge que el reclamo en estudio comprende la pretensión que constituye el objeto de la demanda, aunque allí se presentara cierta imprecisión. De ahí que otorgar un monto por la partida bajo análisis no implica apartarse del principio de congruencia consagrado en los artículos 34 inciso cuarto y 163 inciso tercero del Cód. Procesal, sino la correcta aplicación de las normas que rigen en esta materia de daños derivados de ilícitos, según el criterio de la reparación plena que consagra el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Por otra parte, comprobada la responsabilidad como se encuentra en autos, forzoso es concluir en el deber del demandante reconvenido de cargar con las erogaciones de un tratamiento que contribuya a sobrellevar las secuelas conflictivas sobrevinientes (conf. esta Sala, "Leiva, Natividad c. Petroa, Raúl R. s/ daños y perjuicios", 19/06/1997).

Asimismo debe apuntarse que la relación causal entre el hecho de autos y la necesidad de encarar el tratamiento de esta índole fue suficientemente verificada con la prueba pericial, donde se destacó que el demandado reconviniente presentaba síntomas propios de un cuadro generado por el siniestro en estudio.

De acuerdo a todo lo hasta aquí expuesto, y teniendo en cuenta las facultades otorgadas al tribunal por el artículo 165 del Cód. Procesal, entiendo prudente otorgar la suma de $6.000 para el Sr. Cukierman por este renglón. Como quedó dicho, el demandante condenado deberá afrontar sólo el 50% de ese importe.

d) Daño moral

La colega de grado otorgó por este concepto la suma de $15.000. El demandado se queja porque considera que el monto es elevado para compensar los padecimientos sufridos por el demandante.

El emplazado reconveniente requirió por la misma partida la suma de $5.000.

Dispone el art. 1741 *in fine* del Cód. Civil y Comercial: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

Se trata de la consagración legislativa de la conocida doctrina de los "placeres compensatorios", según la cual, cuando se pretende la indemnización del daño moral, lo que se pretende no es hacer ingresar en el patrimonio del damnificado una cantidad equivalente al valor del daño sufrido sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyen o compensan lo perdido. La suma de dinero entregada como indemnización debe ser suficiente para lograr esos goces (Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, Ediar, Buenos Aires, 1971, T. V, p. 226; Iribarne, Héctor P., "La cuantificación del daño moral", Revista de Derecho de Daños, n.° 6, p. 235).

De este modo, el Cód. Civil y Comercial adopta el criterio que ya había hecho suyo la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo, en efecto, ese alto tribunal: "Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto

grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/04/2011, "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, 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 y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

Sobre ese piso de marcha corresponde, entonces, considerar las lesiones sufridas por las víctimas que surgen de las pericias ya analizadas, la atención recibida por el Sr. Cukierman en TCba Salguero Centro de Diagnóstico (fs. 163/166) y en el Hospital Italiano de Buenos Aires (fs. 167/171), las lesiones transitorias constatadas en los informes periciales —que, si bien no fueron ponderadas a la hora de analizar la incapacidad sobreviniente, deben ser valoradas aquí—, como así también los demás malestares y angustias que pudieron sufrir los reclamantes como consecuencia del hecho, más sus condiciones personales (74 años el Sr. Cukierman y 23 años el Sr. Chávez al momento del accidente).

Ahora bien, al mes de junio de 2007 el actor reconvenido pidió por este rubro la suma de $15.000, mientras que al mes de abril de 2008 el demandado reconviniente solicitó la de $5.000, y, en principio, nadie mejor que las víctimas pueden cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal. Por ese motivo, aun cuando el reclamo se haya sujetado —como en el caso— a lo que en definitiva resultare de la prueba a producirse en autos (fs. 76), no corresponde conceder más de lo solicitado si las producidas en el expediente no arrojan elementos adicionales a los que pudieron haber tenido en cuenta los reclamantes al demandar respecto de este punto (esta Sala, 22/08/2012, "R., Flavio E. c. Bayer SA y otros s/ daños y perjuicios", L N° 584.026; ídem, 18/02/2013, "S., Sebastián N. c. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros s/ daños y perjuicios", L. N° 534.862). Sin perjuicio de ello, tengo en consideración también que por tratarse de una deuda de valor es procedente que el juez fije el importe del perjuicio extrapatrimonial evaluando su cuantía al momento de la sentencia, aunque —por los motivos atinentes al carácter subjetivo del rubro, que ya he señalado— debe procurar mantener una razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda.

Así las cosas, atento al alcance del recurso —apelado sólo para reducir el monto—, propongo confirmar la sentencia apelada en este punto en relación al Sr. Chávez.

En cambio, propongo otorgar al demandado reconviniente, por este ítem, el valor actual aproximado del costo del traslado y el alojamiento para un viaje a un balneario de la Costa Atlántica (como Pinamar o Mar del Plata) durante un fin de semana largo, que estimo en la cantidad de $23.000 (art. 165, Cód. Procesal). No soslayo que esa suma es insuficiente para compensar las consecuencias extrapatrimoniales que causó al emplazado el hecho de autos, pero se trata de una suma proporcional a lo reclamado en su momento en la demanda, en los términos que ya he expuesto. Naturalmente, la condena debería prosperar únicamente por el 50% de esas sumas, en atención a lo resuelto con anterioridad.

e) Gastos médicos, de medicamentos y transporte

La anterior magistrada concedió al actor reconvenido, por este ítem indemnizatorio, la suma de $2.000, lo que recibe la queja del demandado reconviniente, quien peticiona su rechazo o reducción. Por otra parte, este último solicitó la suma de $1.1 en concepto de "Gastos de farmacia, radiografías, asistencia médica, tratamientos kinesiológicos, traslados, etc.".

Es cierto que no resulta necesaria una prueba concreta y específica de los gastos médicos y farmacéuticos, sino que su erogación se presume en orden a la entidad de los hechos acreditados, aun cuando la atención haya sido prestada en hospitales públicos o por una obra social pues, de ordinario, esas entidades no cubren la totalidad de los gastos en que incurren los pacientes (esta sala, 27/12/2011, "Morteyru, Juan A. y otro c. Juan, Gustavo G. y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2012-VI, 251).

También es presumible que los reclamantes hayan tenido que realizar erogaciones fuera de lo común para desplazarse por medios de transportes adecuados y más onerosos, en los días subsiguientes al accidente debatido en autos (esta Sala, 04/04/2013, "P.,

Jaime c. B., Mario D. y otros s/ daños y perjuicios", L. N° 605.352).

En consecuencia, teniendo en cuenta las lesiones sufridas por el actor, considero que la suma concedida en la sentencia de grado por este rubro no resulta elevada, por lo que corresponde su confirmación.

De acuerdo a todo lo hasta aquí expuesto, y en los términos del artículo 165 del Cód. Procesal, entiendo prudente otorgar la suma de $1.000 para el Sr. Cukierman. Como quedó dicho, el demandante condenado deberá afrontar el 50% de ese importe.

f) Daños materiales

La juez de grado otorgó por esta partida la suma de $10.890 por los gastos de reparación del vehículo del actor, cuya venta fue denuncia a fs. 323. El Sr. Cukierman peticionó por esta partida la suma de $5.000, acompañando a tal efecto la factura que en copia certificada luce agregada a fs. 124.

El perito ingeniero mecánico informó que no inspeccionó los vehículos de las partes. No obstante ello, refirió: "de acuerdo a las fotografías (del vehículo de la parte actora) resultó dañado en su lateral derecho interesando guardabarros delantero con mayor penetración a la altura de la rueda, capot, puerta delantera hundida hacia adentro en zona central, puerta trasera, posiblemente patente central, cristal puerta delantera, punta paragolpe, posible afectación de tren delantero" (sic). Agregó: "no se pudo inspeccionar los vehículos. Por tal motivo, para responder y mejor informar a S.S. se analizan los posibles daños teniendo en cuenta las fotografías y las características del choque" (sic). Estimó, así, en la suma $10.890 (a noviembre de 2011) el costo de reparación del rodado (fs. 330).

En cuanto al vehículo del demandado, informó: "presenta impacto frontal con rotura de paragolpe, parrilla, paragolpe, abolladura de capot con plegamiento de adelante hacia atrás, afectó ópticas delanteras, guardabarros delanteros (...) teniendo en cuenta que tampoco pudo inspeccionarse este automóvil, se responde teniendo en cuenta las fotografías y las características del choque" (sic). De esta manera, calculó que al mes de noviembre de 2011 el costo de las reparaciones pertinentes ascendía a la suma de $12.690.

No soslayo que el experto fundó su estimación en base a las fotografías acompañadas que no fueron reconocidas por la contraria y que no inspeccionó los vehículos; sin embargo, la pericia no fue impugnada por las partes. En particular, los interesados no cuestionaron, en su oportunidad, las conclusiones del perito, por lo cual la impugnación que formula el demandado reconviniente ante esta instancia deviene extemporánea.

Por otra parte, se ha señalado que: "para satisfacer el *onus probandi* a cargo del actor debe bastar que las características del suceso hayan sido aptas o idóneas para producir un deterioro como el que se invoca, descripto de ordinario en los presupuestos o recibos emitidos por los talleristas y que se acompañan en la demanda. Si tales consecuencias en el automotor guardan razonable vinculación con la índole del accidente, debe considerarse que son efectos producidos por este último, salvo prueba en contrario" (Zavala de González, Resarcimiento de daños, cit., T. 1, p. 38).

En base a lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta que ambas partes coincidieron en la descripción de los sectores de los vehículos que entraron en contacto, y de acuerdo también a las facultades que otorga al tribunal el art. 165 del Cód. Procesal, estimo que el importe conferido al Sr. Chávez en la anterior instancia para sufragar este perjuicio no es elevado, motivo por el cual propondré a mis distinguidos colegas que sea confirmado.

En cuanto al vehículo del demandado reconviniente, y de acuerdo también al art. 165 del Cód. Procesal, estimo que el importe informado en la pericia para sufragar este perjuicio es adecuado, motivo por el cual propondré a mis distinguidos colegas que se conceda la suma de $12.690 por reparaciones. No obstante, en atención a lo decidido en el considerando IV precedente, el importe de condena por este rubro debe ascender a $6.345.

No paso por alto que el demandado reconviniente pidió por este ítem una suma menor, pero la sujetó a lo que en más o en menos resultare de las constancias de autos (fs. 72 vta.). Además, por tratarse de una deuda de valor, es pertinente liquidar su importe según valores al tiempo de la sentencia.

g) Privación de uso

El demandado reconviniente pidió por esta partida la cantidad de $500.

En la privación de uso del automotor lo que se computa es la imposibilidad de disponer del vehículo, lo que per se genera un perjuicio indemnizable, sea que el rodado esté destinado al esparcimiento, sea que tenga por objeto su utilización laboral. Es que, en ambos supuestos, la privación es productora de daños y fuente de resarcimiento en la medida en que incide en forma negativa en el patrimonio de la víctima (esta cámara, sala B, 30/03/2010, "Pozurama, Fabiana M. c. Yorio, Olga E.", La Ley Online).

Se trata de un daño emergente referido a gastos necesarios para mantener una situación igual a la que se gozaba antes del suceso. Dice al respecto Zavala de González: "Esa reparación puntual debe comprender el perjuicio emergente, presente o futuro, y este daño se resarce, en principio, con el pago de la suma de dinero necesaria para la prosecución del goce de la cosa, según antes se hacía, para lo cual no hay otro remedio que reemplazarla" (Zavala de González, op. cit, T. 1, p. 123/124).

La privación de la utilización del rodado implica, en sí, un daño resarcible, sin que sea impedimento para fijar la indemnización la falta de elementos probatorios que precisen su exacta magnitud, desde que el monto puede establecerse con sujeción a los parámetros del art. 165 del Cód. Procesal.

El experto estimó 15 días de trabajo para la reparación del vehículo del demandado (fs. 330 vta.).

Ahora bien, en la medida en que el demandado reconviniente no sujetó su pretensión a lo que en más o en menos resultare de las pruebas a producirse en autos, sólo resulta pertinente acceder a lo que en su momento pidió por este rubro, es decir, la cantidad de $500. De lo cual, como ya lo he señalado, deberá abonarse el 50%.

V. La anterior magistrada decidió que debían aplicarse intereses desde las fechas indicadas en cada uno de los rubros y hasta el efectivo pago, a la activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

La demandada reconviniente pide que se aplique una tasa del 6% o del 8% desde el hecho y hasta la sentencia dictada en esta instancia, y desde entonces y hasta el efectivo pago, la referida tasa activa.

La cuestión de la tasa de interés ha sido resuelta por esta cámara en el fallo plenario dictado en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta S. A. s/ daños y perjuicios", del 20/04/2009, que estableció, en su parte pertinente: "2) Es conveniente establecer la tasa de interés moratorio. 3) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. 4) La tasa de interés fijada debe computarse desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

Corresponde entonces analizar si en el *sub lite* se configura la excepción mencionada en la doctrina plenaria, consistente en que la aplicación de la tasa activa "en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido".

En ese derrotero, la primera observación que se impone es que, por tratarse de una excepción, su interpretación debe efectuarse con criterio restrictivo. En consecuencia, la prueba de que se configuran las aludidas circunstancias debe ser proporcionada por el deudor, sin que baste a ese respecto con alegaciones generales y meras especulaciones. Será necesario que el obligado acredite de qué modo, en el caso concreto, la aplicación de la tasa activa desde el momento del hecho implica una importante alteración del significado económico del capital de condena y se traduce en un enriquecimiento indebido del acreedor. En palabras de Pizarro: "La alegación y carga de la prueba de las circunstancias del referido enriquecimiento indebido pesan sobre el deudor que las alegue" (Pizarro, Ramón D., "Un fallo plenario sensato y realista", en La nueva tasa de interés judicial, suplemento especial, LA LEY, Buenos Aires, 2009, p. 55).

Así las cosas, no creo posible afirmar que la sola fijación en la sentencia de los importes indemnizatorios a valores actuales basta para tener por configurada esa situación, situación que en la especia tampoco se verifica en todos los rubros otorgados. Ello por cuanto, en primer lugar, y tal como lo ha señalado un ilustre colega en esta cámara, el Dr. Zannoni, la prohibición de toda indexación por la ley 23.928 —mantenida actualmente por el art. 4 de la ley 25.561— impide considerar que el capital de condena sea susceptible de esos mecanismos de corrección monetaria. En palabras del mencionado colega: "La circunstancia de que, cuando se trata de resarcimientos derivados de hechos ilícitos, el juez en la sentencia estima ciertos rubros indemnizatorios a valores actuales —como suele decirse—, a los fines de preservar en equidad el carácter resarcitorio de la indemnización, no significa que se actualicen los montos reclamados en la demanda o se apliquen índices de depreciación monetaria", pues tales mecanismos de actualización están prohibidos por las leyes antes citadas (Zannoni, Eduardo A., su voto *in re* "Medina, Jorge y otro c. Terneiro, Néstor F. y otros", ésta cámara, Sala F, 27/10/2009, La Ley Online, entre otros).

Pero más allá de ello lo cierto es que, aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deu-

dor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada —a valores reales— respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

Por las razones expuestas no encuentro que se configure, en la especie, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido del actor, razón por la cual considero que debería confirmarse la sentencia en crisis.

La solución que propongo (es decir, la aplicación de la tasa activa establecida en la jurisprudencia plenaria) no se ve alterada por lo dispuesto actualmente por el art. 768, inc. "c", del Cód. Civ. y Com. de la Nación, a cuyo tenor, en ausencia de acuerdo de partes o de leyes especiales, la tasa del interés moratorio se determina "según las reglamentaciones del Banco Central". Es que, como se ha señalado, el Banco Central fija diferentes tasas, tanto activas como pasivas, razón por la cual quedará como tarea de los jueces, en ausencia de pacto o de la ley, la aplicación de la tasa de interés que corresponda (Compagnucci de Caso, Rubén H., comentario al art. 768 en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.) - Espert, Mariano (coord.), Cód. Civ. y Com. de la Nación comentado, LA LEY, Buenos Aires, 2014, T. III, p. 97). Asimismo, y en referencia a la tasa activa fijada por el plenario "Samudio", se ha decidido: "con relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la que aquí se dispone, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado" (esta cámara, Sala B, 09/11/2015, "Cisterna, Mónica C. c. Lara, Raúl A. s/ daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/61311/2015).

Adicionalmente apunto que —como se ha dicho con acierto—, más allá de que el plenario recién citado se haya originado en la interpretación de una disposición legal hoy derogada (art. 622 del Cód. Civil), lo cierto es que los argumentos recién expuestos permiten trasladar las conclusiones de aquella exégesis a la que corresponde asignar a las normas actuales, máxime si se repara en que las tasas del Banco Nación deben suponerse acordes a la reglamentación del Banco Central (esta cámara, Sala I, 03/11/2015, "M., G. L. y otro c. A., C. y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2016-III, 124).

Por todo lo que llevo dicho, mociono confirmar la tasa de interés fijada en el pronunciamiento apelado respecto de las partidas indemnizatorias otorgadas al demandante reconvenido.

Por otra parte, en función de lo que llevo dicho, los importes reconocidos a favor del Sr. Cukierman en el presente voto deben llevar intereses, calculados desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

VI. En consecuencia, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo a mis colegas acoger parcialmente las quejas del demandado reconviniente y modificar la sentencia apelada en tanto rechazó la demanda reconvencional. Por lo tanto, mociono: 1) hacer lugar a la reconvención entablada por Abraham Cukierman contra Néstor Javier Chávez, y en consecuencia: a) condenar a este último a pagar al demandado reconviniente la suma de $36.595, dentro de los diez días de quedar firme el presente pronunciamiento; b) disponer que el capital de condena llevará intereses, calculados desde la fecha del hecho hasta su efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, y c) imponer las costas de ambas instancias al actor reconvenido vencido; 2) modificar la sentencia apelada respecto del capital indemnizatorio reconocido al actor Néstor Javier Chávez, en el sentido de: a) rechazar la partida otorgada en concepto de incapacidad psicofísica sobreviniente; b) otorgar por tratamiento psicológico la suma de $8.000; c) conceder por "tratamiento kinésico" la suma de $9.000; d) confirmar el pronunciamiento recurrido en todo lo demás que decide y ha sido objeto de apelación y agravios, y e) en los términos del art. 68 del Cód. Procesal, imponer las costas de alzada deberían imponerse al demandado reconviniente, por resultar sustancialmente vencido.

El doctor *Molteni* dijo:

1. En primer lugar, en relación a la cuestión de fondo, he de puntualizar, que se ha dicho que las demandas entabladas se enfocan en relatar cómo fue que sucedió el accidente y "echan la culpa" al demandado. Sin embargo, esto no significa que el juez deba rechazarlas porque no se probó la culpa invocada, si de los hechos expuestos surge indudablemente que el riesgo, como factor de atribución, no ha sido ajeno a la litis, aunque así no haya sido calificado por la parte (Kemelmajer de Carlucci, op. cit. p. 63).

A esto es menester adicionar que, en función de la aplicación del citado fallo plenario ("Valdez, Estanislao F. c. El Puente SAT y otro"), en principio y respecto de cada conductor partícipe de un evento como el de marras, rigen presunciones concurrentes de responsabilidad, derivadas del riesgo recíproco que generaban al momento del hecho los vehículos por ellos conducidos. Por tal motivo, ambas partes debían desvirtuar esa presunción adversa que pesaba sobre sí, acreditando la culpa de la otra, la de un tercero por el que no deban responder o la configuración de un caso fortuito ajeno a dichas cosas riesgosas, que fracture la relación causal entre el riesgo y el daño inferido (conf. causas de esta Sala n° 181.285 del 11/02/1996; n° 211.954 del 21/03/1997; n° 241.870 del 03/07/1998; n° 326.951 del 24/10/2001; n° 337.686 del 23/05/2002; n° 375.513 del 19/09/2003; n° 391.542 del 03/11/2004, entre muchas otras).

En este contexto, la prueba concluyente para atribuir la responsabilidad por el evento dañoso que nos convoca, conformada por las declaraciones testimoniales aportadas a la causa, se vio desvirtuada —como ya se indicó en el primer voto— por las contradicciones existentes entre ellas. Por tal razón, no cabe más, que determinar que ambos partícipes del siniestro fueron responsables en su ocurrencia.

En tal orden de ideas, en base al criterio que vengo sosteniendo como integrante de este Tribunal, considero adecuado modificar la sentencia dictada en la instancia de grado, en materia de responsabilidad por el acaecimiento del hecho ilícito, la cual debería recaer sobre ambas partes, toda vez que la presunción que pesa sobre cada una de ellas no ha sido desvirtuada.

Como corolario de lo aquí expuesto, disiento parcialmente con la conclusión arribada en el primer voto y propongo modificar el pronunciamiento, en cuanto hace lugar en su totalidad a la demanda promovida por el Sr. Néstor Javier Chávez. Estimo que deberían distribuirse responsabilidades por la comisión del siniestro sometido a consideración: 50% para cada una de las partes. En esa medida deberá resarcir el emplazado reconviniente al actor, por los daños experimentados en el siniestro de marras.

Asimismo, me adhiero al voto de mi colega preopinante, en lo concerniente al progreso parcial de la demanda reconvencional deducida por el accionado.

2. Con respecto al "tratamiento psicológico futuro", he de aclarar que si bien no comparto la quita de una porción de capital, a fin de establecer el valor de esta partida por erogaciones futuras a favor del demandado reconviniente, coincido con la cifra que propone el Dr. Picasso en beneficio del Sr. Cukierman.

3. En relación a los gastos por "honorarios de tratamiento kinésico" me adhiero a los fundamentos y cifras que sugiere el Dr. Picasso en el voto que antecede, aunque no comparto su propuesta de efectuar una quita del capital acordado.

4. En lo referente al "daño moral", he de aclarar que la evaluación del perjuicio moral constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del derogado Cód. Civil —noción que actualmente se encuentra receptada en el art. 1740 del Cód. Civil y Comercial—. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata sólo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico (conf. CNCiv., Sala F, en autos "Ferraiolo, Enrique A. c. Edenor SA y otro s/ daños y perjuicios", voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 06/09/2000; CSJN, en autos "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros" del 12/04/2011, Fallos: 334:376).

Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva, por tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto, considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en las que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge "Equitativa valuación del daño no mensurable", publicado en "Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial", dirigido por Félix A. Trigo Represas, T. III, p. 689).

En la hipótesis sometida a estudio, a raíz del accidente, el demandado reconviniente fue asistido en el Hospital Italiano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en TCBA Salguero, Centro de Diagnóstico, quedando acreditado en autos que sus secuelas psicofísicas resultaron sólo de carácter transitorio.

Bajo estas directivas, evaluando las circunstancias de autos, las condiciones personales del Sr. Cukierman (74 años a la fecha del siniestro), las angustias que debió atravesar, como también sus malestares, todos ellos susceptibles de afectar su vida espiritual, de relación causal con el siniestro protagonizado, estimo razonable acordar al emplazado el importe de

$80.000, cifra que deberá ser soportada por el actor reconvenido, a razón del 50% por la responsabilidad que le cupo a cada protagonista en el accidente.

5. En relación a los "gastos médicos, de medicamentos y transporte", fijados a favor del reconviniente Cukierman, aún cuando no se hubiesen acreditado en su totalidad, la índole y naturaleza del evento, al igual que el tipo de lesiones experimentadas, determinan al órgano jurisdiccional por su reconocimiento. En consonancia con lo expuesto, y en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal, me inclino por reconocer al demandado la suma de $3.000 por este concepto, cifra que deberá ser afrontada por el demandante reconvenido en el 50%.

6. Como bien apunta mi colega preopinante, la sentencia apelada estableció que a los montos concedidos deberán adicionarse intereses, conforme a la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina, desde que cada partida fue otorgada y hasta el efectivo pago.

El emplazado reconviniente requiere ante este Tribunal de Alzada que se establezcan intereses desde el evento hasta la sentencia, acorde a una tasa del 8% anual y luego, desde la sentencia, se aplique la tasa activa resultante del plenario "Samudio".

De acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes s/ daños y perjuicios" del 20/04/2009, sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Empero, toda vez que en la especie se ha fijado el capital de condena según los valores vigentes al momento del dictado de la sentencia de grado, la indicada tasa no debería regir desde el origen de la mora, porque si así fuese se consagraría una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido, tal como puntualmente prevé la parte final de la referida doctrina plenaria, al contemplar una excepción a la vigencia de la tasa moratoria legal. Ello así, en la medida de que uno de los factores que consagra la entidad de la referida tasa, lo constituye la paulatina pérdida de valor de la moneda, extremo que en la especie ya fue ponderado al definir el capital a los valores actuales.

Ahora bien, el art. 768 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que el interés moratorio legal será el que surja de la convención de las partes o, en su defecto, del impuesto por leyes especiales y por último de las "tasas que se fijen según la reglamentación del Banco Central", ya que esta última hipótesis —que sería la que corresponde al caso de autos— comenzaría a regir a partir del 1° de agosto de 2015 y respecto de los intereses que fluyan con posterioridad a esa fecha, en que entrara en vigencia el nuevo ordenamiento. En el período anterior regía la doctrina del plenario "Samudio", que facultaba a los jueces a morigerar la tasa bancaria allí establecida en caso de producirse con su aplicación un enriquecimiento indebido, lo que brinda fundamento a la utilización de una tasa pura en el lapso que se devengó desde el accidente.

Pero respecto del tiempo posterior a la vigencia del nuevo ordenamiento, debe aplicarse la referida tasa activa, que es una de las autorizadas por las reglamentaciones del Banco Central, tal como lo exige la nueva norma que regula el interés moratorio de fuente legal.

En consecuencia, según el criterio mayoritario de esta Sala, correspondería que desde el inicio de la mora (16 de mayo de 2006) y hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (1° de agosto de 2015), se calculen los intereses a la tasa de interés del 8% anual y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Ello, teniendo en cuenta el puntual pedido efectuado por el apelante a fs. 473, punto VIII, último párrafo.

En relación a los "daños materiales", correspondería aplicar la tasa del 8% anual desde la fecha del hecho hasta la de presentación de la pericia mecánica, y luego la tasa activa dispuesta en el pronunciamiento apelado.

Similar tasa de interés debería aplicarse en lo concerniente al progreso parcial de la demanda reconvencional deducida por el emplazado, dejando a salvo que los intereses sobre los tratamientos futuros (psicológico y kinésico a favor del Sr. Cukierman y kinésico del Sr. Chávez), devengarán intereses conforme a la tasa activa, a partir de su cuantificación ante esta instancia, por tratarse de erogaciones que aún no han sido desembolsadas y han sido justipreciadas recién por este Tribunal.

Y, en relación a los gastos destinados a afrontar el "tratamiento psicológico" del actor reconvenido, en orden al alcance del recurso, a fin de no incurrir en una reformatio in pejus, sugiero confirmar la tasa de interés fijada en la precedente instancia, por haberse cuantificado ese renglón resarcitorio a la fecha de la pericia. Por consiguiente, devengará intereses según la tasa activa, desde esa fecha.

7. Por consiguiente, debería modificarse la sentencia apelada y disponerse que la demanda prospera parcialmente, estableciéndose responsabilidades

concurrentes, a razón del 50% para cada partícipe. Por ende, el capital de condena a favor del actor Néstor Javier Chávez alcanzaría sólo por el 50% de las sumas acordadas en cada partida.

Y, como se postula en el primer voto, debería admitirse la reconvención entablada, de manera parcial, a razón del 50%, aunque por las razones indicadas en el párrafo anterior.

De tal suerte, el actor reconvenido resultaría acreedor de la cifra de $22.445, correspondientes al 50% del capital de condena.

Por su parte, el demandado reconviniente sería acreedor de la suma de $66.095 (representativo del 50% del capital reconocido).

En consecuencia, en orden a lo normado por el art. 279 del Cód. Procesal, estimo que las costas de ambas instancias deberían ser afrontadas en partes iguales, a razón del 50% para cada uno de los litigantes (arts. 68, segundo párrafo y 71 del Cód. Procesal).

Con estas aclaraciones y disidencias, me adhiero en lo restante al voto del doctor *Picasso*.

El doctor *Li Rosi* dijo:

Adhiero al muy fundado voto del doctor *Molteni*.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede se resuelve: 1) habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha, a los fines del dictado de esta sentencia, conforme a lo dispuesto en los puntos 2 y 3, apartado IV del Anexo I de la Acordada 14/2020 de la CSJN; 2) modificar la sentencia apelada y disponer que la demanda prospera parcialmente, estableciéndose responsabilidades concurrentes, a razón del 50% para cada partícipe. Por ende, el capital de condena a favor del actor Néstor Javier Chávez alcanzará sólo por el 50% de las sumas acordadas en cada partida. Es decir que, el actor reconvenido resulta acreedor de la cifra de $22.445; 3) admitir la reconvención entablada, de manera parcial, a razón del 50%. El demandado reconviniente será acreedor de la suma de $66.095; 4) fijar que desde el inicio de la mora (16 de mayo de 2006) y hasta el 1° de agosto de 2015, se calculen los intereses a la tasa de interés del 8% anual y desde entonces y hasta el efectivo pago, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. En relación a los "daños materiales", aplicar la tasa del 8% anual desde la fecha del hecho hasta la de presentación de la pericia mecánica, y luego la tasa activa dispuesta en el pronunciamiento apelado. Similar tasa de interés deberá aplicarse en lo concerniente al progreso parcial de la demanda reconvencional deducida por el emplazado, dejando a salvo que los intereses sobre los tratamientos futuros (psicológico y kinésico a favor del Sr. Cukierman y kinésico del Sr. Chávez), devengarán intereses conforme a la tasa activa, a partir de su cuantificación ante esta instancia; 5) confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue objeto de apelación y agravios; 6) fijar que las costas de ambas instancias deberán ser afrontadas en partes iguales, a razón del 50% para cada uno de los litigantes (arts. 68, segundo párrafo y 71 del Cód. Procesal). Los honorarios serán regulados cuando se haga propio en la instancia de grado. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la CSJN, sin perjuicio de la suspensión de plazos dispuesta por las Acordadas 4/20 y 14/20 CSJN y Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica. — *Sebastián Picasso.* — *Hugo Molteni.* — *Ricardo Li Rosi.*

DAÑOS SUFRIDOS EN ACTIVIDAD DE *KARTING*

Buena fe contractual. Obligación de seguridad. Asunción del riesgo. Actividad de esparcimiento. Defensa del consumidor.

1. — El contrato que unió a las partes se trató de una prestación de servicios, cuyo objeto se debate entre el entretenimiento y el deporte, vinculado al uso de unos *kartings* en una pista que la accionada explota para rentar al público en general con el fin de esparcimiento. En virtud del principio de buena fe contractual, existe sin dudas el deber de seguridad. Esta obligación exige adoptar medidas de prevención adecuadas para hacer frente a los concretos riesgos que puedan surgir.

2. — A los fines de deslindar la responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad, cuando el mismo es de naturaleza objetiva —como es el caso de los contratos de consumo—, los demandados deben demostrar la existencia de una causa ajena tendiente a fracturar el nexo causal, sin que baste la prueba de su falta de culpa, dado que este factor resulta extraño a la imputación subjetiva, ello así, porque es una responsabilidad contractual derivada de una obligación de resultado.

3. — El esfuerzo argumental de la accionada en cuanto a que la actora asumió el peligro de sufrir daños producto de la práctica de un "deporte de riesgo" debe rechazarse, toda vez que se llevó a cabo una actividad lúdica de entretenimiento —*karting*— que provee la

firma demandada. La ausencia de cinturón de seguridad en los *kartings*, la carencia de requerimiento de requisitos específicos de los participantes para la práctica de la actividad, así como la sola mención de algunas instrucciones regulatorias de orden en la conducción antes de ingresar a la pista, dan cuenta de la ausencia en el caso de una práctica deportiva propiamente dicha.

4. — No es posible concluir que la actora, hábilmente pudo asumir el riesgo de una actividad deportiva cuyo conocimiento acabado ni le fue requerido para pilotar el vehículo en la pista, ni aparecía necesario para la actividad pasatista para lo cual emerge destinada la explotación de la demandada, y esto es así porque, efectivamente, no estaba realizando un deporte, sino una actividad de esparcimiento.

5. — En el *karting*, las eventuales maniobras de cruce de trayectorias entre los "corredores", ni aun el eventual impacto entre algunos de ellos, importa imprimir un riesgo extraordinario o fuera del uso normal de los vehículos destinados a entretenimiento.

6. — Habiendo ocurrido el siniestro en ocasión de la prestación derivada de un contrato de consumo, la argüida culpa de la víctima como elemento eximente de responsabilidad, debe ser considerada con mayor estrictez, dada la vulnerabilidad intrínseca del sujeto tutelado. Comprobada la generación de daños en ocasión del cumplimiento del contrato, se encuentra configurado el factor de atribución de responsabilidad objetivo derivado del incumplimiento del mentado deber de seguridad del proveedor.

CNCiv., sala G, 30/10/2020. - S. G., P. c. Auto Park SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/53522/2020]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. N° 43.539/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 30 de 2020.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Polo Olivera* dijo:

I. a. En la noche del viernes 3 de abril de 2015, la sra. P. S. G. concurrió con un grupo de amigos a la pista de kartings explotada por la firma AutoPark SA, denominada F1 Karting Motor Entertainment, ubicada en Ruta Panamericana km 29,948 (y Ruta 197) de la localidad de Pacheco, Partido de Tigre, Provincia de Buenos Aires, donde rentaron unos karts para circular en el circuito ofrecido por la accionada.

Refirió que a poco de dar unas vueltas a la pista, el rodado que conducía fue impactado de atrás por otro kart, lo cual generó que su vehículo saliera de la pista y siguiera su descontrolado derrotero —ausente cualquier valla protectora— para terminar impactando contra un muro. Producto de ese impacto salió eyectada de su asiento, pues el karting en el que circulaba carecía de cinturón de seguridad, golpeó su cadera contra el volante, salió despedida de la cabina y cayó contra el piso, golpeando su cabeza y espalda contra el suelo, además de otros impactos en las piernas y en los pies.

Sufrió diversas lesiones de consideración (fractura en el tobillo izquierdo, golpes en la entrepierna y nalgas, y fisura en la cadera), daños cuya reparación reclamó (v. fs. 12/17).

b. La demandada solicitó el rechazo de la pretensión resarcitoria incoada. Expuso que la pista cuenta con la habilitación municipal correspondiente, y que el accidente (cuya ocurrencia no se cuestiona) se produjo por culpa de la actora y su grupo de acompañantes, que condujeron los vehículos de manera desaprensiva (fs. 59/67).

c. Cumplida la etapa probatoria del proceso, el magistrado de grado dictó sentencia en fs. 363/377, mediante la cual condenó a Auto Park SA a pagar a la actora la suma de $1.055.000 con más sus intereses allí dispuestos. Le impuso las costas a la accionada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

d. La sentencia fue apelada por la actora y por la accionada en fs. 378 y 385; empero, la demandante desistió ulteriormente de su recurso (v. fs. 412 del registro informático).

La demandada fundó su recurso en fs. 397/403 del registro digital del expediente, cuyo traslado aparece contestado mediante la pieza electrónica de fs. 405/411.

Auto Park SA cuestionó aquel pronunciamiento con base en que el primer juzgador efectuó una incorrecta aplicación de las normas de defensa del consumidor, que no existió incumplimiento alguno del contrato y que omitió considerar que existió culpa de la

misma accionante en la ocurrencia del evento dañoso. También emitió queja por la imposición de costas.

La actora solicitó el rechazo de tales agravios, mediante el escrito mencionado más arriba.

II. Preliminarmente, en razón de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación, evaluaré 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, ps. 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 Cód. Civ. y Com. 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. Civ. 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.

También debe recordarse 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).

III. Tal como fue expuesto por el juez *a quo* en el considerando II, no es un hecho controvertido que existió un vínculo contractual entre la actora y la demandada; tampoco lo es que en una noche del mes de abril de 2015 la sra. S. G. sufrió diversas lesiones derivadas del impacto del karting que conducía en las instalaciones y de acuerdo a los servicios provistos por la accionada.

También coincido con el primer sentenciante en la aplicación en la especie de las normas dispuestas por la ley de defensa del consumidor, cuyo sustento tiene base constitucional (arg. CN:42).

El vínculo contractual que enmarca la situación en examen excluye pues la aplicación del Cód. Civil: 1113, en virtud de lo dispuesto por el Cód. Civil: 1107. Ello sin perjuicio que esta es una frontera hoy supera-

da, en base al actual sistema de responsabilidad civil previsto en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Sentadas estas primeras cuestiones de análisis, cabe avanzar sobre los agravios vertidos por la quejosa.

En primer lugar, la accionada expuso que existió un incorrecto encuadre y aplicación de la ley de defensa del consumidor, y que existió culpa de la víctima en la ocurrencia del evento cuya omisión derivó en la incorrecta condena en su contra.

También adujo que existió una asunción del riesgo por la práctica de un deporte, como el karting, que tiene ínsito cierto peligro en su práctica, y que además la actora suscribió una exención de responsabilidad civil, que liberó a la demandada del resarcimiento que aquí se reclamó.

Fijemos la vista, en primer término, en el vínculo contractual.

Se trata de una prestación de servicios, cuyo objeto se debate entre el entretenimiento y el deporte (y yo me inclino por el primero, como luego expondré), vinculado al uso de unos kartings en una pista que la accionada explota para rentar al público en general con el fin de esparcimiento.

En virtud del principio de buena fe contractual, existe sin dudas el deber de seguridad. Esta obligación exige adoptar medidas de prevención adecuadas para hacer frente a los concretos riesgos que puedan surgir.

Esta obligación de seguridad es el deber secundario y autónomo que, expresa o implícitamente, asumen las partes en ciertos contratos, de preservar a las personas y bienes de sus contratantes, respecto de los daños que puedan ocasionarse durante su ejecución. Tiene sustento en el principio de la buena fe (art. 1198 Cód. Civil) y en su ámbito específico, en el orden público de protección que impera en materia de defensa del consumidor. La utilidad práctica que ofrece depende, en buena medida, de que se afecten intereses distintos al de la prestación principal. Se refiere estrictamente a los daños que puedan experimentar la persona o los bienes de los contratantes con motivo de la ejecución contractual y constituye una obligación distinta de las que esencialmente impone el contrato a las partes. (Pizarro, Daniel Ramón "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa - contractual y extracontractual", ed. LA LEY, T. 3, p. 257/258).

El fundamento de esta obligación radica en el principio de la buena fe contenido en el Cód. Civil 1198, en virtud del cual cada parte puede confiar a la otra parte la seguridad de sus bienes y de su persona durante la ejecución contractual.

Se infieren, pues, los caracteres de este deber, como ser que tiene siempre naturaleza contractual, pese a que no obsta a dicho carácter la circunstancia de que eventualmente pueda reconocer su génesis en una norma legal, dispositiva o de oren público; que es una obligación secundaria y autónoma, puesto que no está subordinada a la obligación principal y tiene identidad conceptual y funcional propia dentro del contrato, toda vez que está ligada a un interés distinto y separable del de prestación (Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., ps. 265/267).

Por último, a los fines de la solución del caso en estudio, resulta trascendental determinar si esta manda configura una obligación de medios o de resultado.

Existe un criterio que la considera siempre e indefectiblemente de resultado, sin que quepa formular excepción alguna. En otro sector, Pizarro entiende que la obligación de seguridad no está sujeta a moldes rígidos y si bien ordinariamente es de resultado, nada impide que en ciertos casos pueda ser de medios, tal lo que sucede con la obligación de seguridad que asume el médico (Pizarro, Daniel Ramón, ob. cit., p. 268).

En consecuencia, cuando la obligación de seguridad es de resultado, la responsabilidad resulta invariablemente objetiva. Por lo tanto, ante un incumplimiento como el invocado, el damnificado se encuentra habilitado para reclamar los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y necesaria (conf. Cód. Civil 520).

Dicha obligación engloba los daños padecidos por las cosas riesgosas o peligrosas que utilice el deudor durante el cumplimiento de la prestación, para lo cual debe memorarse que las cosas pueden ser riesgosas tanto por su naturaleza como por las circunstancias que la tornen idóneas para producir menoscabos.

Así las cosas, y a los fines de deslindar la responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad, cuando el mismo es de naturaleza objetiva (como es el caso de los contratos de consumo), los demandados deben demostrar la existencia de una causa ajena —tendiente a fracturar el nexo causal—, sin que baste la prueba de su falta de culpa, dado que este factor resulta extraño a la imputación subjetiva. Ello así, porque es una responsabilidad contractual derivada de una obligación de resultado.

Así, pesa sobre aquella persona contra quien se ha dirigido la acción, la carga de acreditar que el hecho se debió a la culpa del damnificado, o de un tercero

por quien no sea civilmente responsable, o que provino del casus genérico perfilado por los arts. 513 y 514 del citado cuerpo legal.

Añádase que la concurrencia y acreditación de las condiciones eximentes, deberán ser interpretadas con criterio restrictivo —siendo la prueba liberatoria fehaciente e indubitada—, toda vez que la normativa ha creado factores objetivos de atribución que deben cesar únicamente en casos excepcionales.

No es materia de agravio, asimismo, que además del contrato que vinculó a las partes resulta aplicable el régimen de defensa del consumidor consagrado por la ley 24.240 y sus modificatorias. Así como lo dispuesto por el CN: 42.

La ley 24.240:5 y 6, también citada por el sentenciante de grado, establece claramente que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados de forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no impliquen peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios de los mismos.

Es importante destacar que el derecho a la salud e integridad física forma parte sustancial del plexo normativo convencional y constitucional de nuestro ordenamiento positivo (arg. CN: 75-22). En efecto, se encuentra consagrado explícitamente en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 11), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10.3 y 12, entre otros), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4 y 5) y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 19), la Convención sobre la Abolición de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11.2 y 12.2) y la Convención de los Derechos del Niño (art. 24).

Estas normativas, así como el texto expreso de la Constitución Nacional en su artículo 42, importa una garantía en la protección de la salud e integridad física de los consumidores y usuarios, en su condición de sujetos particularmente vulnerables frente al riesgo de empresa, cuya tutela se ha abrazado desde la Ley Fundamental.

Asimismo, el artículo 40 de la misma normativa prevé el factor de atribución objetivo y la responsabilidad solidaria en caso de producción de daños al consumidor por vicio o riesgo de la cosa o de la prestación de servicio, pudiendo liberarse el proveedor solo en caso de demostrar que la causa del daño le ha sido ajena.

Y a pesar de los esfuerzos argumentales de la accionada, no aparecen acreditados en la especie elementos que permitan exonerar de responsabilidad a la accionada.

De las pruebas aportadas se desprende que Auto Park SA tiene habilitación municipal para explotar en Colectora Oeste de Panamericana N° 29.948, El Talar, Tigre, Provincia de Buenos Aires, una "Pista de Entretenimiento con Kartings" (v. informe vertido por el municipio en fs. 175/177).

A su vez, la accionada en su responde dijo expresamente que su explotación es simplemente para esparcimiento, y que la pista no es un "kartódromo destinado a carreras fiscalizadas por una entidad" (fs. 61).

Sin perjuicio de destacar que podrían llegar a brindarse algunas disposiciones y reglas a los usuarios de los kartings para llevar a cabo la "carrera", entiendo que se trata acá claramente de un entretenimiento, y no de un deporte de riesgo como parece ensayar (ahora) la apelante.

En efecto, no solo dijo en su responde que su pista es solo de entretenimiento, sino que ofreció e instó prueba en tal sentido (v. puntos periciales de fs. VIII.4.2, donde requirió expresamente que el perito diferencie una pista de karting y un kartódromo, fs. 66).

El experto ingeniero mecánico expuso en su dictamen que conforme el decreto ordenanza N° 7041/1963 (B.M. 12.086) denomina kartódromo al recinto destinado para espectáculos y/o práctica del deporte con coches "kart", diferenciando pues el espectáculo de karting de la práctica de karting. En la primera el público no puede participar del mismo, sino que es un mero espectador, y en la práctica de karting el público "participa como actor del espectáculo..." (v. fs. 239).

Si conceptualmente se entiende por "deporte" al "inusual despliegue de destreza o la realización de un esfuerzo físico o mental por encima de lo común y ordinario; el ajuste a las reglas preestablecidas; y la persecución en forma mediata o inmediata de un fin salutífero de carácter personal" (arg. Trigo Represas, Responsabilidad derivada del Deporte Espectáculo, en la obra colectiva Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio, p. 819), me animo a decir que la actividad propiciada y brindada por la accionada y la práctica de la actora en la noche de abril de 2015 fue una actividad de mero esparcimiento y entretenimiento (conforme lo que ella misma ha dicho en su responde

y ha sido autorizada por la municipalidad en su explotación), no un deporte donde el o la atleta se encuentra particularmente entrenado para su actividad, que conoce y ha cultivado destrezas propias para la realización de la práctica y tiene un manejo adecuado y suficiente del reglamento del juego, según especificaciones redactadas por las federaciones compuestas alrededor de la disciplina.

Esta disquisición es importante, pues enerva el esfuerzo argumental de la accionada en cuanto a que la actora asumió el peligro de sufrir daños producto de la práctica de un "deporte de riesgo", categoría que no identifica, a mi juicio, a la actividad lúdica de entretenimiento que provee la firma demandada.

La ausencia de cinturón de seguridad en los kartings (v. fotografía ilustrativa de un karting provista por la accionada en fs. 57 y declaración testimonial de W. J. Á. en fs. 199 vta.), la carencia de requerimiento de requisitos específicos de los participantes para la práctica de la actividad, así como la sola mención de algunas instrucciones regulatorias de orden en la conducción antes de ingresar a la pista, dan cuenta de la ausencia en el caso de una práctica deportiva propiamente dicha.

De tal modo, no es posible concluir que la actora, al suscribir el instrumento de fs. 39, hábilmente pudo asumir el riesgo de una actividad deportiva cuyo conocimiento acabado ni le fue requerido para pilotar el vehículo en la pista, ni aparecía necesario para la actividad pasatista para lo cual emerge destinada la explotación de la demandada. Y esto es así porque, efectivamente, no estaba realizando un deporte, con las implicancias que puede tener su ejercicio regulado para quienes lo ejercitan.

Es que la asunción de riesgo importa considerar y aceptar por parte de la víctima el peligro implícito anormal y extraordinario —o agravando el riesgo normal ya existente— de determinada actividad o conducta.

La asunción del riesgo, por otro lado, no implica aceptar los daños, ni predica en ello una eximente autónoma de responsabilidad. La actual redacción del Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1719 establece expresamente que la exposición voluntaria de la víctima al peligro, no justifica el hecho dañoso, ni exime de responsabilidad.

Por otro lado, la redacción de la argüida "asunción de responsabilidad" invocada por la accionada, conforme el instrumento acompañado en fs. 39, que intenta introducir una abdicación anticipada del derecho resarcitorio, dado sus términos y la amplitud de la exención de todo reproche que predica en su redacción, resulta palmariamente abusiva y su contenido bien puede considerarse no escrito (arg. 953, 1198), de acuerdo al criterio actualmente sostenido por el Cód. Civ. y Com. de la Nación: 1720.

La aplicación en la especie de la obligación de garantía derivada de las disposiciones de la ley de defensa del consumidor (arg. ley 24.240: 5, 5, 6, 37 y cc.), impiden considerar aquel argüido documento de fs. 39 como una abdicación atendible.

No existe probada culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder la accionada, en virtud de los daños producidos en ocasión del servicio prestado por esta en la práctica de karting (cpr 377). En relación al otro conductor que habría impactado a la actora, ni siquiera fue identificado (v. fs. 76 vta.).

Tal como expuso el juez *a quo*, las eventuales maniobras de cruce de trayectorias entre los "corredores" convocados en la pista en la noche del 3 de abril de 2015, ni aun el eventual impacto entre algunos de ellos, importa imprimir un riesgo extraordinario o fuera del uso normal de los vehículos destinados a entretenimiento.

Habiendo ocurrido el siniestro en ocasión de la prestación derivada de un contrato de consumo, la argüida culpa de la víctima como elemento eximente de responsabilidad, debe ser considerada con mayor estrictez, dada la vulnerabilidad intrínseca del sujeto tutelado (arg. CN:42). Comprobada la generación de daños en ocasión del cumplimiento del contrato, se encuentra configurado el factor de atribución de responsabilidad objetivo derivado del incumplimiento del mentado deber de seguridad del proveedor.

Y no es suficiente que de la prueba pericial de ingeniería se desprenda que al momento de la inspección realizada por el experto, que la pista cuente con neumáticos superpuestos atornillados entre ellos, y que a lo largo del circuito "se conforma un guarda rail con tubos plásticos de color amarillo anclados a las cubiertas antes mencionadas", y que "todo el conjunto (cubiertas + guarda rail) no se encuentra anclado al piso con lo cual le otorga flexibilidad y amortiguación ante un impacto" (v. fs. 239); o bien que a su criterio "ante un impacto luce segura la pista peritada" (v. fs. 260), pues el deber de garantía exigible a la accionada no es el cumplimiento de una obligación de medios, sino de resultado, como fue expuesto más arriba.

Así, al contrario de lo sostenido por la apelante, el incumplimiento del contrato se encuentra configurado en la misma afectación de la salud e integridad de la actora, en su carácter de consumidora usuaria del servicio de karting para entretenimiento brindado por Auto Park SA, que implican aquel defecto en la

obligación de seguridad (arg. LDC: 5, CN: 42 y normas convencionales citadas).

La obligación de resarcir se desprende claramente, como se ve, de las normas de defensa del consumidor, y además como una derivación del riesgo de empresa.

El más Alto Tribunal ha expuesto en circunstancias que conceptualmente aparecen análogas, "la seguridad es un derecho que tienen los consumidores y usuarios (art. 42 Constitución Nacional) que está a cargo de quienes desarrollan la prestación o la organización bajo su control, porque no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas. Esta antigua regla jurídica que nace en el derecho romano, es consistente en términos de racionalidad económica, porque este tipo de externalidades negativas deben ser soportadas por quien las genera y no por el resto de la sociedad" —la cursiva es propia del suscripto— (CS, 06/02/2007, Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros).

Solo agrégase que en materia de la ciencia de la Economía se denomina "externalidad" cuando una persona se dedica a una actividad que influye en el patrimonio o bienestar de un tercero al que no se le compensa por ese daño; si el impacto sobre los expertos es negativo, se conoce como externalidad negativa, si lo beneficia se denomina externalidad positiva (Mankiw, N. Gregory, Principios de Economía, ed. Cengage Learning, 5ª Edición, p. 203 y ss.).

Por último, la imposición de costas a su cargo importa la aplicación precisa del principio objetivo de derrota previsto por el cpr 68, sin que existan configuradas circunstancias que permitan arribar a una conclusión distinta.

El mayor o menor progreso de los rubros indemnizatorios reclamados no modifican tal temperamento, en tanto su determinación se encuentra sujeta a las pruebas que, en definitiva, surjan del proceso cuya responsabilidad, aparece completamente establecida en cabeza de la accionada condenada.

IV. Las costas de Alzada se imponen a la accionada vencida (arg. cpr 68 y su doctrina).

V. En virtud de las consideraciones precedentemente expuestas, propongo al acuerdo confirmar la sentencia en todo cuanto ella decide.

Los doctores *Bellucci* y *Carranza Casares* 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. Rechazar el recurso de apelación interpuesto en fs. 385 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 362/377. Con costas de Alzada a cargo de la accionada vencida (arg. cpr 68 y cc.) 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", el 04/09/2018). Asimismo, cabe destacar que esta Sala tiene dicho, respecto del tope del Cód. Civil: 505 (actual Cód. Civ. y Com. de la Nación: 730), que aquel únicamente limita la responsabilidad del condenado en costas por los honorarios devengados y no su cuantía (conf. CSJN, Fallos: 332:921 y 332:1276), de modo que la fijación de ellos corresponde efectuarla de acuerdo a las leyes arancelarias correspondientes (CNCiv., esta Sala, "Narvaez, Adriana G. c. Bidone, Federico J. y otros s/ daños y perjuicios", del 11/10/2019). En consecuencia, en atención a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, resultado obtenido y lo normado por los arts. 6, 7, 9, 14, 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, por resultar elevados se reducen a pesos ... ($...) los honorarios regulados a la letrada patrocinante de la parte actora Dra. M. A. G. R. por las labores desarrolladas durante la vigencia de la ley 21.839; y se elevan a pesos ... ($...) los de la letrada y apoderada de la misma parte Dra. C. I. W., de los que la suma de pesos ... ($...) corresponden a las labores realizadas bajo la vigencia de la ley 21.839 y la de pesos ... ($...) —equivalentes a ...uma— a las tareas desarrolladas al amparo de la ley 27.423. Asimismo, al haber sido cuestionados únicamente por elevados, se confirman los honorarios de los letrados y apoderados de la parte demandada Dres. N. A. C., V. M. G. y A. V. R. en la suma de pesos ... ($...) de los que la suma de pesos ... ($...) —en conjunto— corresponden a las labores realizadas durante la vigencia de la ley 21.839 y la de pesos ... ($...) equivalentes a ...uma, corresponden a la Dra. R. por la labor desarrollada durante la vigencia de la ley 27.423. Por las labores de Alzada se establecen los honorarios de la Dra. W. en pesos ... ($...) equivalentes a ...uma; los de la letrada Dra. G. en pesos ... ($...) —equivalentes a ... uma— y de la apoderada Dra. R. en pesos ... ($...) que equivalen 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 reducen a pesos ... ($...) para cada uno de ellos los emolumentos correspondientes a los peritos médico Dr. J. C. R., ingeniero mecánico A. O. E. y psicóloga

Lic. M. A. B. Al haber sido apelados únicamente por elevados, se confirman también los honorarios de la mediadora Dra. A. M. D. E., en virtud de lo dispuesto por los decretos 1467/2011 y 2536/2015. III. Vueltos los autos a la instancia de grado el tribunal arbitrará lo conducente al logro del ingreso del faltante tributo de justicia, y se recuerda al personal la responsabilidad que impone la ley 23.898. 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 31/2011 y 38/2013 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/2013 de la CSJN; luego, devuélvanse. *— Gastón M. Polo Olivera. — Carlos A. Bellucci. — Carlos A. Carranza Casares.*

CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO

Daños derivados de la imposibilidad de uso del complejo durante tres años. Falta de notificación del cambio de administrador. Indemnización. Rechazo del daño directo y del lucro cesante. Daño moral.

1. — No existe evidencia alguna en autos de que la demandada hubiere notificado debidamente su desvinculación como administrador del complejo de tiempo compartido de marras, lo cual resulta relevante, dada la responsabilidad solidaria que pesaba sobre ella, en orden a la debida gestión y coordinación en el mantenimiento y uso de los bienes que integraban el STTC, que le imponían el deber de mantener el régimen de utilización de los bienes conforme a su destino y prestar o controlar las prestaciones convenidas entre el emprendedor y los usuarios, cumpliendo sus tareas con eficacia, diligencia y profesionalismo. Así las cosas, deberá confirmarse la decisión del juez de primera instancia en cuanto al rechazo de la oposición de falta de legitimación para ser demandada en este juicio.

2. — La demandada dijo haber renunciado a la administración del tiempo compartido en cuestión, pero no demostró haber delegado sus funciones en otro administrador, como le era requerido conforme el contrato de tiempo compartido del sub examine, máxime considerando que en el caso se encontraba involucrada una obligación a perpetuidad, si bien cesible, dado que se trataba de un derecho de uso que involucraba simultáneamente una venta de parte porcentual en condominio.

3. — Analizando el contrato de tiempo compartido, la demandada debió haber contestado la carta documento enviada por el actor en la cual se le requería expresamente que informe el nombre y domicilio del nuevo administrador y, en su defecto, haberlo informado al momento de presentar en estas actuaciones a contestar demanda. Razón por la cual no cabe sino considerar los dichos del actor respecto a la imposibilidad de utilizar el tiempo compartido durante las dos semanas anuales que le correspondían por contrato, en los años 2011, 2012 y 2013 (tal como lo informa el mismo accionante en su escrito de demanda) y, asimismo, la imposibilidad de abonar las cuotas correspondientes al tiempo compartido.

4. — Considerando que el pleito se encuentra enmarcado dentro del ámbito de la ley de defensa del consumidor y que esta Alzada coincide con el magistrado de primera instancia en cuanto a la aplicación del art. 53, LDC, correspondía a la demandada probar sus dichos y la negativa a la versión del actor. Y ello, no solo por lo establecido por el art. 53, LDC, sino que ya es sabido que la carga de la prueba pesa también sobre la parte que invoca hechos extintivos, invalidantes, impeditivos o excluyentes conforme el criterio ordenador que atribuye la carga de la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones de producirla.

5. — La demandada se mantuvo en silencio ante la intimación del actor por carta documento a través de la cual le requirió que informe el nombre y domicilio del actual administrador del tiempo compartido contratado por el actor. Dada la magnitud de sus responsabilidades, esta no cumplió en informar, como debiera, quién la reemplazaba en su rol de administrador. Por esta razón, ha de primar la postura del actor, en punto a que, en principio, la demandada debía continuar desarrollando las tareas de administrador —acotamos, a perpetuidad, en casos como el de autos—, si no acreditaba la cesión de ese rol —cosa que no hizo—, informando, ante los requerimientos del accionante.

6. — La ley 26.356 vino a zanjar ciertas dudas, estableciendo que la escritura de constitución del STTC sería otorgada por el emprendedor, debiendo prestar el consentimiento el titular del dominio del inmueble, cuando aquel no lo fuere. Los bienes deberían estar libres de gravámenes, restricciones e interdicciones y, ni el emprendedor ni el propietario, en su caso, podrían tener anotaciones personales en los

registros respectivos. Asimismo, se indicaba que el título constitutivo deberá ser inscripto en el Registro de la Propiedad respectivo y en el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, dependiente de la autoridad de aplicación de la ley, previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial.

7. — La aplicación del art. 40 bis, LDC debe darse dentro del ámbito de la administración pública ajena al Poder Judicial que no se encuentra habilitado para ello, tal como se señalara en la anterior instancia.

8. — La parte actora que no ha probado la pérdida de una ganancia efectivamente realizable respecto de los eventuales daños causados por la sola mención de una posible frustración en el alquiler de su porción de tiempo compartido, pues, tampoco acreditó siquiera la real existencia de una probabilidad de éxito frustrada por operaciones comerciales de tal índole, que no ha identificado en forma alguna, dado que ni siquiera ha ensayado una referencia que permita identificar pautas objetivas que sirvan para identificar personas involucradas o justipreciar valores que previsiblemente pudiesen ser atribuidos, aun a título de pérdida de chance, por lo que, considero que no cabe conceder una indemnización, ni por este concepto, ni por lucro cesante.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento de contrato de tiempo compartido

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $60.000

CNCom., sala A, 11/12/2020. - Charlesmortt, Alfonso Eduardo c. Emprendimientos Marplatenses del Sur SRL s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/65191/2020]

COSTAS

A la demandada.

Expediente N° 20.429/2013

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 11 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la doctora *Uzal* dijo:

I. Los hechos del caso.

1) Que a fs. 16/24 se presentó Alfonso Eduardo Charlesmortt y promovió demanda por daños y perjuicios contra Emprendimientos Marplatenses del Sur SRL —en adelante, Emprendimientos Marplatenses— y contra quien resulte su administrador, reclamando la suma de pesos ciento cinco mil ($105.000) y dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250), o en lo que en más o en menos resultare de la prueba, con más sus intereses y las costas.

Comenzó relatando que, con fecha 27/07/1993 suscribió con Civ. SA (Emprendedora, Ley N° 26.356), un contrato de adquisición de derechos por un tiempo compartido por un total de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250), a través del cual adquirió los derechos de uso y goce durante dos semanas fijas anuales, sobre una unidad tipo D (para seis personas), categoría Sun & Surf, correspondiente a las ocho semanas fijas de la temporada estival, que comprende las semanas de uno a ocho , por el plazo de 99 años, constituyéndose así el actor, en un usuario en los términos de la Ley N° 26.356.

Continuó señalando que, la unidad mencionada correspondía al establecimiento vacacional denominado "Casa Clara", ubicado en la ciudad de Santa Clara del Mar, partido de Mar Chiquita en la Provincia de Buenos Aires.

Indicó que dicho contrato se celebró por un precio de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250), abonando antes de la celebración del mismo la suma de dólares estadounidenses cinco mil setecientos (U$S 5700) y un anticipo de dólares estadounidenses novecientos (U$S 900), cancelando el saldo de dólares estadounidenses dos mil cuatrocientos noventa (U$S 2490) en treinta cuotas mensuales iguales y consecutivas de dólares estadounidenses ochenta y tres (U$S 83). Señaló que, a la fecha, el saldo mencionado ha sido cancelado.

Agregó que, con fecha 26/03/2007, ante la renuncia de Civ. SA, Emprendimientos Marplatenses se convirtió en la nueva administradora del tiempo compartido "Casa Clara". Manifestó que esto le fue informado mediante carta, a través de la cual se envió también el reglamento de uso de tiempo compartido del consorcio de propietarios de tiempo compartido "Casa Clara". Indicó, asimismo, que se le informó el número de cuenta de la sociedad donde debía hacerse efectivo el

pago de las cuotas a partir del 01/05/2007, Banco Río de la Plata, N° de cuenta ..., sucursal 163, Barrio Norte, CBU N° ... Añadió que, dichas cuotas se han abonado siempre en término.

Adujo que, a partir del año 2011 la demandada se desentendió de la administración del complejo "Casa Clara" y no se le brindó información alguna, ni siquiera en forma telefónica.

Manifestó que, con fecha 29/08/2012 su parte remitió una carta documento —N° CD263766575— a la accionada, requiriéndole se le indicase dónde y a quién debía abonar las expensas mensuales, todo ello bajo apercibimiento de reclamar por daños y perjuicios.

Relató que, hasta la fecha de promoción de la presente demanda no había obtenido respuesta a sus reclamos, por lo que no ha podido abonar las cuotas correspondientes, ni ejercer los derechos de uso y goce sobre la unidad afectada al servicio turístico de tiempo compartido durante los años 2011, 2012 y 2013.

Razón por la cual, atribuyó responsabilidad a la demandada y a su administrador, también demandado en los términos de la Ley N° 26.356.

Asimismo, reclamó una indemnización por: a) daño moral: la suma de pesos sesenta mil ($60.000); b) lucro cesante: la suma de pesos cuarenta y cinco mil ($45.000) y c) daño directo del art. 40 bis de la ley 24.240: la suma de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250).

2) A fs. 137/144 se presentó Emprendimientos Marplatenses del Sur SRL, y contestó demanda, solicitando su rechazo con imposición de costas.

Opuso en primer término excepción de incompetencia territorial al progreso de la demanda, señalando que los domicilios que determinaban la competencia territorial se situaban en distintas jurisdicciones de la Provincia de Buenos Aires y no, en la ciudad de Buenos Aires y que, aún en el caso en que se pretendiera hacer valer el lugar de celebración del contrato de tiempo compartido —Av. Cabildo 3836, 1° Piso, Ciudad de Buenos Aires— este no fue suscripto por su parte, por lo que mal podía vincular la competencia con ella.

Posteriormente, opuso excepción de falta de legitimación pasiva en los términos del art. 347 inc. 3°, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, señalando que la relación contractual fue entre el actor y Civ. SA y que, conforme la prueba acompañada en autos, podía advertirse que su parte no resultaba ser el sujeto pasivo de la relación sustancial controvertida en autos, razón por la cual, solicitó que se hiciera lugar a la falta de legitimación pasiva con expresa condena en costas a la parte actora.

Luego de realizar una negativa de los extremos expuestos en la demanda, relató su propia versión de los hechos.

Expuso que, su parte desconocía la relación que el actor pudiera tener con Civ. SA y el propietario del complejo denominado "Casa Clara", ubicado en Santa Clara del Mar, Partido de Mar Chiquita, Provincia de Buenos Aires, desde el 31/02/2009 hasta la fecha.

Sostuvo que, su parte dejó de administrar el sistema de tiempo compartido del complejo en cuestión el 31/03/2009 y notificó a los usuarios del sistema tal circunstancia, incluyendo al propio actor por lo que mal podía responder por pedidos posteriores a la mencionada fecha.

Manifestó que, el actor había celebrado un contrato con la empresa Civ. SA (esta última, en su carácter de titular de derechos de uso sobre la unidad que le vendió al accionante) y no con Emprendimientos Marplatenses del Sur. Sostuvo que, pese a que el actor adquirió el derecho de uso de manos de Civ. SA, no lo demandó en estas actuaciones, como tampoco lo hizo sobre el titular de dominio del inmueble asiento de su derecho de uso.

Agregó que, ningún usuario del sistema era propietario o poseía dominio de parcela/lote o bien alguno dentro del complejo, sino que poseía el derecho de uso en función del contrato que celebraba y que, en la especie, el contrato se había celebrado entre el actor y la sociedad Civ. SA.

Indicó que el demandante pretendía endilgarle a su parte una responsabilidad que excedía el marco normativo de la Ley N° 26.356 y la Ley N° 24.240, ya que se fundaba en una relación contractual que en nada se vinculaba con su parte.

Adujo que, el actor omitió hacer referencia al cese de la administración de tiempo compartido de su parte. Indicó que, por el contrario, solo señaló que Emprendimientos Marplatenses inició la administración del sistema a partir del 26/03/2007 y luego señaló que a partir del año 2011 se desentendió del mismo, pero nada dijo el actor acerca del cese ocurrido el 31/03/2009. Agregó que, luego de ello, el accionante envió una misiva documentada recién a fines de agosto del año 2012, que no fue dirigida al domicilio correcto y, por ello, no fue recepcionada por su lado.

Manifestó que, a todo evento, el vendedor, emprendedor y desarrollador del sistema tendría que haber evacuado las consultas del actor y no así Emprendi-

mientos Marplatenses, la cual fue solo una simple administradora.

Señaló, asimismo, que el actor había indicado que el obrar de Emprendimientos Marplatenses le imposibilitó de ejercer su derecho de uso y goce sobre la unidad afectada al sistema turístico de tiempo compartido, es decir, que se había privado de ejercerlos durante los períodos 2011, 2012 y 2013, pero que el actor nada dijo acerca de lo ocurrido durante el período correspondiente al año 2010 y que, a todo evento, eso demostraba una vez más el despropósito del reclamo, ya que en el período donde se desempeñó como administradora del sistema el accionante no formuló objeción, inconveniente o problema alguno.

Respecto a la supuesta responsabilidad atribuida a Emprendimientos Marplatenses, adujo que la simple alegación de la existencia de una relación contractual, sin sustento material y legal alguno que vincule directa o indirectamente a su parte con la venta del derecho de uso de tiempo compartido, no podía configurar un presupuesto de validez jurídica o existencia del nacimiento de una obligación indemnizatoria, cuando su parte solo se había desempeñado como administradora por un período determinado, durante el cual el actor tampoco denunció incumplimiento de su parte.

Añadió que, llevó adelante la administración del tiempo compartido a partir del 26/03/2007 y hasta el 31/03/2009 e indicó que, informó a los usuarios del sistema sobre la baja de la administración.

Manifestó que, la desvinculación fue comunicada a los usuarios del tiempo compartido a través de un correo electrónico de fecha 27/02/2009.

Adujo que, por ello, sus obligaciones y su responsabilidad cesaron en el mes de marzo de 2009, por lo que no comprendía la razón por cual había sido demandada en autos.

Agregó que, conforme surgía de la documentación acompañada, el actor celebró un contrato con la empresa Civ. SA, en su carácter de titular de derecho de uso sobre la unidad que vendió a Charlesmortt, pero no con Emprendimientos Marplatenses.

3) A fs. 152/154 el actor contestó el traslado de las excepciones opuestas por la demandada, solicitando su rechazo con imposición de costas. Respecto de la excepción de incompetencia territorial, señaló que, su parte exigía el cumplimiento de una obligación de origen contractual y que, por ello, resultaba competente el juez del lugar en el cual se suscribió el contrato cuyo cumplimiento se solicita. Con relación a la excepción de falta de legitimación pasiva, indicó que, si bien el contrato de tiempo compartido fue celebrado con Civ. SA el mismo fue transferido a la demandada, quien no cumplió con sus obligaciones alegando haber comunicado el cese de sus funciones, lo cual no es correcto.

4) A fs. 163/165 se resolvió rechazar la excepción de incompetencia y diferir el análisis de la excepción de falta de legitimación pasiva para la oportunidad de dictar sentencia.

5) Abierta la causa a prueba, se produjo la que surge de la certificación obrante a fs. 303.

6) A fs. 328/333 y fs. 335/341 se incorporaron en el expediente los alegatos de la parte actora y la demandada, respectivamente.

II. La sentencia apelada.

En la sentencia de fs. 345/356 vta., el magistrado de grado hizo lugar a la demanda entablada por Alfonso Eduardo Charlesmortt contra Emprendimientos Marplatenses del Sur, a quien condenó a abonar la suma de pesos sesenta mil ($60.000) en concepto de daño moral, con intereses a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días, sin capitalizar, desde el 31/08/2012 (la fecha de recepción de la carta documento cursada a la demandada) y hasta el efectivo pago, con costas a la accionada vencida.

En primer término, el Señor Juez analizó la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por la demandada. Indicó que, la falta de legitimación se configuraba cuando alguna de las partes no era titular de la relación jurídica en que se basa la pretensión con prescindencia de su fundamento. Ello, por cuanto la finalidad, era excluir de la causa a algún sujeto que no sea la persona habilitada por la ley para asumir la calidad de parte con referencia a la materia sobre la que versa el pleito.

Agregó que, constituía un presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo, ya que determinaba quiénes debían o podían demandar y a quién se debía o se podía demandar.

Con este marco, señaló que, en la especie, la demandada sustentó su defensa en el hecho de que, en sus dichos, dejó de administrar el complejo el 31/03/2009, situación que dijo haber comunicado a todos los usuarios, entre ellos, al actor, mediante el envío del correo electrónico de fecha 27/02/2009.

Indicó que, sin embargo, dicho e-mail era inidóneo para sustentar la invocada falta de legitimación pasiva, toda vez que el actor negó tanto su autenticidad

como su recepción y la demandada no produjo prueba alguna para superar esa negativa.

Indicó que, al no haberse acreditado que Emprendimientos Marplatenses hubiera comunicado al actor el cese de su actuación como administrador del complejo de tiempo compartido objeto del reclamo de autos, la excepción debía ser desestimada.

Sentado ello, manifestó que se encontraba fuera de discusión que el 27/07/1993 el actor había celebrado un contrato de adquisición de derechos por tiempo compartido con la firma Club de Intercambio Vacacional SA por un total de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250). Agregó que, el contrato daba derecho al accionante a gozar de dos semanas fijas por año en el complejo "Casa Clara", ubicado en la ciudad de Santa Clara del Mar, partido de Mar Chiquita, provincia de Buenos Aires, por el plazo de 99 años.

Sostuvo que, las partes se encontraban de acuerdo en que a partir del 26/03/2007 la demandada pasó a desempeñarse como administradora del tiempo compartido "Casa Clara", pero discrepaban sobre la responsabilidad que Charlesmortt endilgó a la demandada, ya que el actor entendió que existió un incumplimiento de las obligaciones de la demandada como administradora del complejo, pues no atendió sus reclamos cuando pretendió abonar la denominada cuota sostén y por privarlo de poder utilizar el tiempo compartido durante las dos semanas que le correspondieron en los años 2011, 2012 y 2013.

Por su parte, señaló el *a quo* que Emprendimientos Marplatenses había considerado que nada podía serle reclamado ya que el 31/03/2009 cesó en su actuación como administradora del complejo, comunicando dicha circunstancia a todos los usuarios mediante correo electrónico de fecha 27/02/2009.

Así las cosas, para analizar la cuestión, el magistrado de grado tomó el art. 53 LDC, del cual resultaba que el legislador ha impuesto sobre el proveedor que resiste la pretensión de un consumidor dos cargas: primero, aportar al proceso todo elemento de prueba que se encuentre a su alcance; y segundo, prestar toda la colaboración necesaria para esclarecer el asunto.

Agregó que, por ello, no era dable a la demandada mantenerse en la posición pasiva que ha exhibido en el pleito, ni era posible que este fuera resuelto a la luz del principio según el cual la carga de la prueba recae sobre quien alega el hecho que invoca en sustento de su derecho.

Sostuvo que, del art. 53 citado se desprendía que, encuadradas las relaciones de las partes dentro del ámbito del derecho de consumo, la distribución de las cargas probatorias dejaba de regirse exclusivamente por el art. 377 del Código Procesal para recibir otra impronta, que se concretaba en aquellas dos cargas que el legislador impone sobre el proveedor. Agregó que, se trataba de una regulación de índole procesal contenida en una norma de fondo que, por ello mismo, debía ser asimilada a esta en naturaleza, con la consecuente aptitud de desplazar a todas las normas rituales que se le opongan.

Agregó que, la idea de la ley, es proteger a sujetos consumidores o usuarios que el mismo legislador presume más débiles o vulnerables y que tal norma aparece complementando los derechos que ese ordenamiento reconoce a estos o, mejor dicho, integrando el elenco de tales derechos.

En este marco, el juez de grado entendió que, admitida la relación contractual que vinculó a las partes, la demandada debió aportar todos los elementos de convicción necesarios y suficientes para formar convicción acerca de su ajenidad al reclamo de autos, pero que la accionada solo adjuntó el correo electrónico en cuestión, cuya autenticidad y recepción fueron negados por el actor.

Por todo ello, el magistrado de primera instancia consideró que la demandada no produjo prueba eficaz alguna para acreditar la circunstancia dirimente en que fundó su postura defensiva, por lo que debía responder por el reclamo del demandante.

Agregó que, por otro lado, la demandada no respondió a la intimación que le cursó el actor a través de la carta documento de fecha 29/08/2012, cuya autenticidad se acreditó con el informe brindado por Correo Argentino, razón por la cual, el *a quo* entendió que la demandada debía indemnizar al actor los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento en el marco del contrato que las vinculó.

Por otro lado, respecto de los rubros reclamados, otorgó al actor una indemnización de pesos sesenta mil ($60.000) por daño moral, monto que había sido requerido por el actor.

Agregó que, el agravio moral importaba una lesión a las afecciones legítimas; entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad psíquica, los afectos familiares, etc. Indicó que, se trataba de una lesión susceptible de causar modificaciones disvaliosas del espíritu.

Indicó que, era suficiente acreditar el hecho de la acción antijurídica —prueba *in re* ipso— y la titularidad del derecho en cabeza del reclamante. Así pues, por medio de presunciones o por las características

propias del acto antijurídico se podía inducir que la efectividad de la lesión a intereses de índole espiritual que se produce siempre que se aminora las potencialidades personales. Agregó que, la determinación del quantum quedaba librada al prudente arbitrio judicial.

En la especie, entendió que el actor había sufrido un menoscabo en su ánimo frente a la imposibilidad de usar y gozar del tiempo compartido durante los años 2011, 2012 y 2013, en virtud de la falta de respuesta a sus reclamos imputables a la parte demandada. Razón por la cual, otorgó la indemnización antes descripta.

Por otro parte, rechazó los rubros lucro cesante y daño directo requeridos también por el actor.

En dicho sentido, entendió que, respecto al lucro cesante —reclamo del actor por la suma de pesos cuarenta y cinco mil ($45.000)—, Charlesmortt no había producido prueba alguna dirigida a acreditar la procedencia de este rubro.

Con relación al daño directo, art. 40 bis de la ley 24.240 —reclamo del actor por la suma de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250)—, entendió que el art. 40 bis de la Ley N° 24.240 facultaba a la autoridad de aplicación de la ley a dictar un acto administrativo obligando al proveedor a resarcir al usuario, pero que no era el Poder Judicial quien podía imponer dicha sanción.

Manifestó que, dado que la posibilidad de que la administración imponga la obligación de indemnizar al usuario constituye una excepción al principio según el cual la función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial, es claro que la validez de esa delegación a la autoridad administrativa requiere que se precisen con toda claridad los supuestos en los que se puede, válidamente, dictar tal tipo de resoluciones.

En dicho contexto, señaló que el ámbito de aplicación de la norma en cuestión se hallaba acotado a la esfera de la administración pública y no a la jurisdicción, razón por la cual no le correspondía la determinación de suma alguna por este concepto.

Así las cosas, el magistrado de grado admitió la demanda hasta la suma de pesos sesenta mil ($60.000), más sus intereses computados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días (CNCom. en pleno, "SA La Razón s/ quiebra s/ inc. de pago de los profesionales (art. 288)", 27/10/1994) sin capitalizar (CNCom. en pleno, "Calle Guevara, Raúl, Fiscal de Cámara s/ revisión de plenario (Expediente N° S.2572/2.001)", 25/08/2003), desde la fecha de mora, acaecida el día 31/08/2012, esto es, la fecha de recepción de la carta documento cursada a la demandada y hasta el efectivo pago del crédito y las costas a cargo de la demandada, sustancialmente vencida.

Finalmente, agregó que el magistrado no tenía la obligación de ponderar todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que juzgue, según su criterio, pertinente y conducentes para resolver el caso y que, tampoco tenía el deber de tratar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que estimen que posean relevancia para sustentar sus conclusiones.

III. Los agravios.

Contra dicho pronunciamiento se alzaron tanto la demandada como la actora, quienes fundaron sus recursos mediante los memoriales obrantes a fs. 370/380 y fs. 382/384 vta., respectivamente, siendo contestado el de la actora a través de la presentación de la demandada a fs. 389/392 vta.

1) Los agravios de la parte demandada:

Se quejó esta parte de que el Juez de grado haya rechazado la excepción de falta de legitimación pasiva fundada en una falta de comunicación del cese de la administración. Alegó, asimismo, falta de motivación y arbitrariedad.

En este marco, señaló que la sentencia carecía de motivación, en tanto eran erróneos los hechos fijados por el juez. Agregó que, la falta de legitimación pasiva introducida en la causa se fundaba en la documental acompañada por las partes y que fue soslayada de forma superficial por el magistrado de grado, limitándose solo al análisis de cuestiones dogmáticas sin reparar en aquellas jurídicas, como en la aplicación normativa.

Agregó que, para entender el agravio en cuestión debía realizarse un repaso sobre los principios generales del contrato y la responsabilidad contractual. Indicó que de una simple lectura de la prueba documental y en particular del contrato de compraventa suscriptor entre el actor y Club de Intercambio Vacacional SA se observaban las características del contrato, las cuales enumeró de manera pormenorizada.

Principalmente, cuestionó que su parte no había celebrado el contrato de tiempo compartido en cuestión y que, no podía atribuírsele responsabilidad contractual a una persona jurídica inexistente a la fecha de la firma del convenio en cuestión, que no era el titular dominial del bien objeto de venta de una porción indivisa, que no tenía posesión de inmueble.

Agregó que, de la lectura de la carta documento enviada por el actor se advertía que este intimaba a su parte para que denunciara quién era el nuevo administrador, amparándose en un contrato suscripto por él y por Civ SA, que luego fuera continuado por su parte, lo cual era falso y fue rechazado oportunamente por la demandada. Indicó que, para ello, se acude al art. 53 LDC, pero omite el texto del art. 2 del mismo plexo, ya que el obligado como proveedor a brindar dicha información era el titular de dominio y emprendedor y no, su parte. Reiteró que no resultaba ni resulta hoy, ni al momento en que se sucedieron los hechos denunciados, la titular de la relación jurídica en que se basaba la pretensión.

A continuación, realizó un detalle de los artículos vinculados al contrato de compraventa y señaló que los efectos de dicho convenio debían darse entre la actora y Club de Intercambio Vacacional SA que eran las partes que habían celebrado dicho contrato.

Indicó que de la lectura del documento analizado surgía que Civ. SA —y no Emprendimientos Marplatenses— tenía la responsabilidad de otorgar el acto escriturario de la porción indivisa del 1,918%, conceder el uso del inmueble conforme a los términos contractuales pactados, es decir, las semanas de uso y la entrega de la acción de su compañía. Agregó que, al juzgar por la prueba de la causa, no cumplió debidamente con ninguna de ellas.

En segundo lugar, se agravió de una errónea aplicación normativa. Indicó que, el sentenciante había considerado que a los fines de dilucidar la cuestión debía acudir al art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor, apuntando a la carga que le correspondería a su parte como proveedor en la relación jurídica con el actor. Sostuvo que, ello resultaba una errónea interpretación del juez, ya que su parte no revestía el carácter de proveedor sino que era un simple administrador del uso y no un proveedor de servicios o de derechos de uso, figura jurídica que se encontraba debidamente regulada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación y, a todo evento, y como los sucesos relatados habrían ocurrido con anterioridad a su vigencia, correspondía entonces su tratamiento con la Ley de Tiempo Compartido N° 26.356 y su decreto reglamentario 760/2014.

Agregó que, no podía solo aplicarse el art. 53 LDC, sino que debía analizarse toda la ley de Defensa del Consumidor, Cód. Civil y Ley N° 26.356 y también el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Puntualmente, señaló que su parte jamás admitió relación contractual alguna con el actor y que, por el contrario, negó el contrato aportado como fundamento de su reclamo. Indicó que, los elementos de prueba documental acompañados en el momento de contestar demanda demostraban lo inverosímil de dicha afirmación. Sostuvo que, su parte aportó copia certificada de su contrato constitutivo posterior al contrato suscrito por el actor con la empresa Club de Intercambio Vacacional SA y el acuerdo de cese de administrador del tiempo compartido, pero que el magistrado de grado solo había entendido que las obligaciones contractuales pasan de una persona jurídica a otra y se había limitado a analizar el correo electrónico enviado al actor.

En tercer lugar, se agravió de la falta de reconocimiento de la demostrada negligencia del actor como causa eficiente de la privación del uso y la consecuente interrupción del nexo causal por culpa de la víctima. Así pues, se agravió por la valoración efectuada por el magistrado de primera instancia respecto de la conducta del actor, en el entendimiento de que la falta o privación de uso alegado como generador del daño imputado a su parte, se encontraba justificado.

Indicó que el magistrado de grado no tomó en cuenta detalles fundamentales, tal como la falta de explicación alguna acerca de lo sucedido en el período 2010, habiendo su parte cesado su administración de forma legal como lo establece el acuerdo de cese de administración del tiempo compartido, quedando a cargo del emprendedor la designación de un nuevo administrador y notificando debidamente a los usuarios.

Explicó que el actor se limitó a intimar a su parte a que denunciara quién era el nuevo administrador, pero no así al resto de los actores del negocio jurídico, ya que resultaba más que claro que las condiciones y circunstancias que operaban como nexo causal y que determinaban la responsabilidad de la gente, no hubiesen existido si el propio actor en el momento de haber tomado conocimiento de la imposibilidad de su uso habitacional hubiese cumplido con los deberes a su cargo y con el seguimiento del propio manual el procedimiento fijado por el reglamento de uso establecido en la sección tercera del contrato de compraventa suscripto con Club de Intercambio Vacacional para este tipo de situaciones.

En cuarto lugar, se agravió de la imposición de las costas del proceso a su parte, señalando que la justificación de la solución a la que arribó el juez de grado no se ajustaba a derecho y que debía revisarse la cuestión cuando el fallo prescinde de circunstancias relevantes del proceso y contiene solo una fundamentación aparente que no satisface la exigencia de validez de las decisiones que impone, siempre, la aplicación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los derechos comprobados de la causa.

2) Los agravios de la parte actora:

Se agravió esta parte, de que el magistrado de grado solo haya hecho lugar parcialmente a la demanda interpuesta.

Puntualmente, se quejó en primer término, de que el juez de grado juzgó admitida la relación contractual que vinculó a las partes y determinó que la demandada debía ser condenada a indemnizar al actor por los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento, refiriéndose solo a la falta de satisfacción a la intimación cursada por el actor por la carta documento del 29/08/2012, pero que nada dijo respecto de la continuación del incumplimiento, toda vez que el contrato comenzó el 27/07/1993 y se extiende por 99 años, por lo que los daños y perjuicios continuaron luego de iniciarse la demanda, como se manifestó en el escrito obrante a fs. 293, por los períodos 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 y continuarán hasta tanto se tenga por resuelto el contrato por incumplimiento, o se compela a la demandada a dar cumplimiento a sus obligaciones, y permita el uso y goce durante la cantidad de dos semanas fijas anuales, designadas como las semanas tres y cuatro , sobre una unidad tipo D (para 6 personas), categoría Sun & Surf, correspondiente a las ocho semanas fijas de la temporada estival, que comprende las semanas uno a ocho , en el establecimiento vacacional denominado Casa Clara.

En segundo lugar, se agravió de que, el juez de grado no haya admitido la indemnización por lucro cesante. En dicho sentido, entendió que no se tuvo en cuenta que como usuario en los términos de la Ley N° 26.356, se le permite transferir su derecho de uso sobre la unidad indicada en el punto anterior, por lo que la imposibilidad de acceder al uso y goce de la misma, priva también al usuario de la percepción de una ganancia que fuera determinada en la pericia de tasación, privándose al actor de una reparación plena.

En tercer lugar, se agravió del rechazo del daño directo, considerando que el *a quo* no había determinado que la obligación del proveedor de indemnizar al usuario, por considerar que el art. 40 bis de la Ley N° 24.240, constituye una excepción al principio según el cual la función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial.

IV. La solución propuesta.

1) Marco legal de aplicación al caso.

En primer lugar señalo que es el criterio de esta Sala, que estimo aplicable en autos, aquel que conduce a dejar sentado que el caso habrá de decidirse conforme a las disposiciones del Cód. Civil (ley 340 y sus modificaciones), en lo pertinente, por entender que resultan inaplicables las disposiciones del nuevo Cód. Civ. y Comercial sancionado por la ley 26.994 que entrara en vigor el 01/08/2015.

Por otro lado, es de remarcar que la resolución de los problemas inherentes a los conflictos intertemporales provocados por el cambio legislativo que introduce el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación exige ahondar en los alcances del nuevo art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación en aquellos casos en los que quepa plantearse la pertinencia de la aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias.

Para ello, se observa que de la comparación entre los anteriores artículos 2 y 3 del Cód. Civil y los actuales artículos 5 y 7 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación surge que, salvo por la inclusión en este último de la referencia al principio de la favorabilidad respecto de las relaciones de consumo, las reglas conservan un paralelismo en su redacción, que torna vigente la rica elaboración doctrinaria y jurisprudencial civilista existente desde la reforma introducida por la ley 17.711 (conf. Uzal, María Elsa, "Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal con especial referencia al Derecho Internacional Privado", Revista Cód. Civil y Comercial —Director: Dr. Héctor Alegría—), Ed. LA LEY, N° 1, julio 2015, ps. 50/60).

Es de destacar que el art. 5 establece que las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen. En el caso del nuevo Cód. Civil y Comercial, el art. 7 de la ley 26.694 (sustituido por el art. 1 de la ley 27.077), dispuso que dicho cuerpo entrara en vigencia el 01/08/2015.

De otro lado, el art. 7 indica la manera en que han de efectivizarse los efectos de las leyes que se dicten con relación al tiempo y a las relaciones preexistentes. Dicha norma establece, textualmente, 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".

Esta última alternativa, impone ahondar en los alcances del mentado art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación en aquellos casos en los que, como en el que nos ocupa, se plantee alguna duda o controversia sobre la debida aplicación del nuevo ordenamiento legal a las relaciones y situaciones jurídicas ya existentes y sus consecuencias.

Debe repararse en que la interpretación de la norma de aplicación tiene como pilares dos principios fundamentales: la irretroactividad de la ley —salvo disposición en contrario, que en ningún caso podrá afectar derechos amparados con garantías constitucionales— y su aplicación inmediata, a partir de su entrada en vigencia "aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

Cabe profundizar aquí, en el primero de esos principios, esto es, aquel que veda toda posible aplicación retroactiva no prevista expresamente y que lleva de la mano a precisar cuándo una ley es retroactiva, lo que presenta particulares dificultades si se trata de hechos in fieri, es decir, en curso de desarrollo. Ello, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso puede implicar una indebida aplicación retroactiva.

Debe recordarse que se ha dicho que se configurará una aplicación retroactiva de la ley: a) cuando se vuelva sobre la constitución o extinción de una relación o situación jurídica anteriormente constituida o extinguida; b) cuando se refiera a los efectos de una relación jurídica ya producidos antes de que la nueva ley se halle en vigencia; c) cuando se atribuyan efectos que antes no tenían a hechos o actos jurídicos, si estos efectos se atribuyen por la vinculación de esos hechos o actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley; d) cuando se refiera a las condiciones de validez o efectos en curso de ejecución que resulten ser consecuencias posteriores de hechos ya cumplidos, con valor jurídico propio, en el pasado y que derivan exclusivamente de ellos, sin conexión con otros factores sobrevinientes; e) cuando se trata de situaciones jurídicas concurrentes que resultan de fuentes de derecho diferentes que entran en conflicto y pueden suscitar desigualdades entre los titulares de esas relaciones, precisamente, porque dado que cada una de ellas nace de causas diferentes, cada una debe soportar la competencia de la ley que corresponde al momento de su constitución, de sus efectos o de su extinción, según el caso (conf. Roubier, P., "Les conflicts des lois dans le temps", T. 1, ps. 376 y ss.; Borda, G., "La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", ED, T. 28, p. 809; Coviello y Busso, citados por Llambías, J. J., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", T. 1, ps. 144/5, en nota 68 bis; Uzal, ob. cit., nota 1).

Así, si la modificación legal sobreviene estando en curso la constitución, adquisición, modificación o extinción de un derecho, la nueva ley modificará esas condiciones de constitución, adquisición, modificación o extinción del derecho de que se trate, en tanto esas relaciones no se hallen ya consumidas con efectos jurídicos propios en el pasado, de modo que revistan el carácter de derechos adquiridos, debiendo el juzgador examinar las circunstancias de cada caso concreto atendiendo con ese sentido a la directiva legal (conf. Uzal, ob. cit., ps. 59/60).

Ya se ha destacado que la determinación de si se está frente a una aplicación retroactiva presenta particulares dificultades cuando se trata de hechos in fieri, es decir, en curso de desarrollo y que es imprescindible distinguir si se trata de situaciones que se encuentran en lo que puede describirse como una fase dinámica de la relación, en la que esta nace o muta (su constitución o extinción) o si, en cambio, se capta esa relación en una fase estática, cual sería aquella que concierne a sus efectos ya producidos y/o con valor jurídico propio, a fin de apreciar si la aplicación de la reforma en el caso concreto, puede implicar una indebida aplicación retroactiva, sobre hechos o situaciones jurídicas del pasado.

En el marco fáctico legal del *sub judice* las circunstancias de hecho del caso permiten concluir en que la aplicación de las nuevas modificaciones que pudiera haber introducido el Cód. Civ. y Com. de la Nación en la materia no resultan de aplicación.

Ello así toda vez que, de aplicarse las disposiciones contenidas en ese Código se vería afectado el principio de irretroactividad de las leyes consagrado por el art. 7 del mismo cuerpo legal, pues de otro modo se alterarían los efectos de una relación jurídica, ya producidos antes de que el nuevo Código se hallase en vigencia, volviendo sobre una relación o situación jurídica ya constituida anteriormente con efectos jurídicos propios en el pasado, atribuyendo efectos que antes no tenían a actos jurídicos, por la vinculación de esos actos con un período de tiempo anterior a la vigencia de la ley.

En consecuencia, déjase establecido que en autos se resolverán los recursos traídos a conocimiento de este Tribunal conforme las normas que se encontraban vigentes al tiempo en que acontecieron los hechos de marras.

2) El *thema decidendum*.

Preliminarmente, corresponde señalar que no resultaron cuestiones controvertidas por las partes que: i) el actor y Club de Intercambio Vacacional SA celebraron con fecha 27/07/1993 un contrato de adquisición de derechos por tiempo compartido por un total de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250) —véanse fs. 3/4 y fs. 6/10—, ii) el contrato celebrado le otorgó al actor el derecho de uso y goce de dos semanas fijas por año en el complejo "Casa Clara", ubicado en la ciudad de Santa Clara del Mar, partido de Mar Chiquita, Provincia de Buenos Aires, por el plazo de 99 años —véase fs. 6—, iii) desde el 26/03/2007 la demandada comenzó a desempe-

ñarse como administradora del tiempo compartido "Casa Clara" —véase fs. 11—.

Ahora bien, el actor demandó a Emprendimientos Marplatenses por daños y perjuicios que dijo haber sufrido por los incumplimientos que atribuyó a la demandada, ya que esta última, no le habría permitido abonar la cuota sostén, ni ejercer sus derechos de uso y goce sobre la unidad afectada al servicio de tiempo compartido que la demandada administraba en "Casa Clara".

Por su parte, la accionada rechazó los argumentos de la actora y negó la responsabilidad por los hechos deducidos en la demanda. Señaló que dejó de administrar el complejo en el mes de abril del año 2009, razón por la cual no se le podía reclamar por los períodos indicados en la demanda. En este contexto, opuso excepción de falta de legitimación pasiva y, se reitera, negó toda responsabilidad por los hechos de la demanda.

Ello establecido y descriptos del modo expuesto los agravios planteados por los recurrentes, el thema decidendum en esta Alzada pasa por determinar si asistió razón al Juez de grado al atribuir responsabilidad a la demandada o si, por el contrario, debe hacerse lugar a la falta de legitimación pasiva opuesta por Emprendimientos Marplatenses.

Señálese que de concluirse en que existió dicha responsabilidad, cabrá pasar a examinar la procedencia de los demás rubros indemnizatorios pretendidos por la accionante, para referirse luego, al régimen de imposición de costas del proceso.

3) Naturaleza jurídica del contrato de tiempo compartido y la responsabilidad de Emprendimientos Marplatenses en el vínculo contractual objeto de análisis.

En la especie, el actor, Alfonso Eduardo Charlesmortt, celebró con Club de Intercambio Vacacional SA un contrato de adquisición de derechos por tiempo compartido, por un total de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250) en el año 1993 —véase fs. 38— y dado que, se ha celebrado un convenio encuadrable en la figura del contrato de tiempo compartido, resulta pertinente realizar algunas consideraciones respecto al vínculo contractual habido entre las partes y el régimen legal que resulta aplicable en el caso.

Es que, desde su origen entre nosotros, el contrato de tiempo compartido fue, en su concepción más amplia, un sistema de comercialización por el cual una persona (desarrollador) concede a distintas personas (usuarios) el uso de una misma cosa, estableciéndose períodos determinados de tiempo para el uso de la cosa por cada usuario en forma exclusiva (conf. Di Filippo, M. I., "Tiempo compartido: un condominio especial", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 179; Fariña, Juan, "Contratos comerciales modernos", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 779; Coppoletta, Sebastián, "Contrato de tiempo compartido", en "Código de Comercio - Comentado y Anotado", T. II, LA LEY, Buenos Aires, 2005, p. 842).

Precisamente, la versión más conocida y difundida de esta modalidad contractual fue la de ser utilizada en el alojamiento vacacional (conf. Puerta de Chacón, Alicia, "Tiempo compartido ¿un producto turístico?, en 'Turismo, derecho y economía regional", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 129). En este caso, el objeto del contrato era el uso en forma exclusiva, por un período de tiempo determinado, de una unidad habitacional de un inmueble ubicado en una zona turística, más los bienes muebles que integran la unidad habitacional, los espacios comunes del inmueble y los servicios que en él se proporcionan al usuario (conf. CNCom., esta Sala A, "Morganti, Alberto c. Club House San Bernardo SA y otro", 15/02/2007).

Ahora bien, respecto a la tipicidad del contrato de tiempo compartido, debe señalarse que el principio de numerus clausus consagrado en el Cód. Civil por el art. 2502, restringía la libertad individual, en orden a la creación de nuevos derechos reales fuera de los tipificados por la ley y si, por contrato o por testamento, se otorgaba el acto creativo de un derecho real no previsto, valía como derecho personal, si como tal pudiese valer.

Ahora bien, la Ley N° 26.356, en el año 2008, vino a tipificar el contrato de tiempo compartido, regulando los Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (STTC), con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituían o transmitían y del régimen legal al que se encontraban sometidos los bienes que los integraban (art. 1°), actualmente sin embargo, todo el capítulo de la Ley N° 26.356 relativo a la constitución del sistema turístico de tiempo compartido (el cual comprende los artículos 8° a 25° de la Ley, supra citados) se encuentra derogado por el art. 3° inc. g) de la Ley N° 26.994 —Cód. Civ. y Com. de la Nación— vigente desde el 01/08/2015.

Así pues, hoy en día, el Cód. Civ. y Com. de la Nación, en su art. 1887 inc. e) enumera entre los derechos reales el "Tiempo Compartido" y luego lo regula en detalle en el Capítulo 2, del Título VI, sobre "Conjuntos inmobiliarios" en los arts. 2087 a 2102 Cód. Civ. y Com. de la Nación. En dicho sentido, el actual Código considera que existe tiempo compartido: "...si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turis-

mo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino" (art. 2087 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En la especie, sin embargo, debe repararse en que el actor celebró el contrato con Civ. SA, en el año 1993 y a través de él este último le vendió el 1,918% indiviso de una unidad funcional amueblada —véanse fs. 42— y el derecho de uso y goce de dos semanas fijas por año en el complejo "Casa Clara", ubicado en la ciudad de Santa Clara del Mar, partido de Mar Chiquita, por el plazo de 99 años —véase fs. 6—, de modo que los hechos traídos a la causa, acaecidos de 2009 en adelante, ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia del actual Cód. Civ. y Com. de la Nación y caen bajo la vigencia de la Ley N° 26.356 que deviene aplicable al tiempo de los hechos, vigente desde 2008 (art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 3 Cód. Civil).

A los fines de la ley en cuestión, se recuerda, que denomina contrato de tiempo compartido, independientemente del nombre o forma jurídica que se utilizase y del régimen jurídico a que se encontrasen sometidos los bienes, a todo convenio escrito en virtud del cual una persona llamada emprendedor, por sí o a través de terceros, se obligase a proporcionar en forma periódica y durante un tiempo determinado, turnos de alojamiento u hospedaje, en una unidad vacacional con el mobiliario y enseres necesarios para su uso y goce y con las cosas y espacios comunes, en uno o varios establecimientos vacacionales, que constituyen un STTC, con la calidad, características y demás condiciones expresamente pactadas, a otra persona llamada usuario, quien a su vez, se obligaba a pagar un precio determinado en dinero a cambio de dichas prestaciones, además de obligarse a cubrir con la frecuencia convenida, los gastos de administración y mantenimiento correspondientes (art. 14°).

La previa afectación al sistema de tiempo compartido, en tanto delimitaba el ejercicio del derecho real, debía integrar el título constitutivo, bajo la forma pública notarial y ser inscripto conjuntamente con este, en el Registro de la Propiedad Inmueble local, a fin de acordarle suficiente oponibilidad *erga omnes*. En tal inteligencia, la potestad de uso y goce del titular del derecho real de usufructo respecto de una unidad vacacional, se veía limitada al mero esparcimiento propio y de su familia, y a la percepción de los frutos civiles o rentas que la cesión en favor de terceros le redituase (respetando siempre el destino de la cosa dada en locación o cesión), tanto en punto a la unidad asignada, cuanto a sus accesorios y partes comunes del edificio, por el lapso pactado en el contrato que servía de título al derecho real (Conf. Di Filippo, M. I., "Tiempo Compartido. Un condominio especial", Ed. Abeledo-Perrot, 1987, p. 80).

A su vez, la Ley N° 26.356 vino a zanjar ciertas dudas, estableciendo que la escritura de constitución del STTC sería otorgada por el emprendedor, debiendo prestar el consentimiento el titular del dominio del inmueble, cuando aquel no lo fuere. Los bienes deberían estar libres de gravámenes, restricciones e interdicciones y, ni el emprendedor ni el propietario, en su caso, podrían tener anotaciones personales en los registros respectivos. Asimismo, se indicaba que el título constitutivo deberá ser inscripto en el Registro de la Propiedad respectivo y en el Registro de Prestadores y Establecimientos Vacacionales afectados a Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, dependiente de la autoridad de aplicación de la ley, previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial (art. 11°).

Ahora bien, respecto de la administración, la función de administrador podía ser ejercida por el propio emprendedor o por un tercero designado por este. En tal caso ambos tendrían responsabilidad solidaria frente a los usuarios, por la debida gestión y coordinación en el mantenimiento y uso de los bienes que integraban el STTC (art. 22).

Por otro lado, dentro de las facultades y deberes establecidos por la Ley N° 26.356 respecto del administrador, se disponía que este debería mantener el régimen de utilización de los bienes conforme a su destino y prestar o controlar las prestaciones convenidas entre el emprendedor y los usuarios, cumpliendo sus tareas con eficacia, diligencia y profesionalismo (art. 23, inc. a).

Definida la modalidad contractual pactada pues, interesa reparar en dos de sus caracteres predominantes: i) era un contrato comercial, carácter otorgado por la realización de la actividad con carácter empresario por el sujeto desarrollista —quien asume los riesgos jurídicos y económicos de su actividad (conf. art. 8 inc. 5 del Cód. Comercial) y ii) era, indudablemente, un contrato de consumo, siéndole por ende aplicable la legislación del sistema de defensa del consumidor (ley 24.240 y cc.; cfr. Lorenzetti, Ricardo, Luis, "Tratado de los contratos", T. II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 461) (conf. CNCom., esta Sala A, *in re:* "Morganti, Alberto c. Club House San Bernardo SA y otro", 15/02/2007).

Bajo este encuadramiento jurídico pues, corresponde ahora avanzar sobre el análisis de la falta de legitimación opuesta por la demandada.

4) Falta de legitimación pasiva de Emprendimientos Marplatenses y la responsabilidad de la demandada en los hechos de marras.

Cabe recordar que la *legitimatio ad causam* es la correspondencia del derecho sustancial con la perso-

na que lo hace valer, pues la pauta para determinar la existencia de legitimación procesal está dada, en principio, por la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso (CNCom., esta Sala, *in re:* "Daly y Cía. SA s/ quiebra c. Cadbury Schweppes Public Limited y otro", 28/06/2007; C.Apel.C.C.Junín, *in re:* "Cooperativa Agrícola Ganadera de Zavalía c. Rancho OCSA y otros", 20/06/1989; LA LEY, 1989-D, 406; DJ, 1989-2-778).

Ello implica que, para hacer valer un derecho en un proceso de índole judicial, debe preexistir —como recaudo sustancial— la posibilidad de señalar la existencia de un sujeto pasible de asumir el rol de demandado que resulte obligado (cualquiera fuere la causa que originare la obligación).

Trátase entonces de una excepción perentoria, cuyo principal efecto reside en la cancelación de los efectos jurídicos del derecho pretendido y de lo pedido en la demanda, con todo lo que ello significa para las partes alcanzadas por su acogimiento. Profundizando en el caso, con la concepción expuesta, está sobreentendido que más allá de poder encontrarse legitimados pasivamente varios sujetos, es requisito esencial para la procedencia de la acción contra cualquiera de ellos, que hayan sido demandados en la etapa procesal oportuna a través de los actos idóneos impulsados a tal fin, condición —ésta— indispensable para circunscribir el marco del litigio al cual el juez ha de ajustar su fallo.

En la especie, Alfonso Eduardo Charlesmortt reclamó daños y perjuicios contra Emprendimientos Marplatenses, con base en un supuesto incumplimiento contractual de su parte. En su escrito de inicio, señaló que con fecha 27/07/1993 suscribió con Civ SA un contrato de adquisición de derechos por tiempo compartido por un total de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250), a través del cual adquirió los derechos de uso y goce durante dos semanas fijas anuales, sobre una unidad tipo D (para seis personas), categoría Sun & Surf, correspondiente a las ocho semanas fijas de la temporada estival, que comprende las semanas de uno a ocho , por el plazo de 99 años, constituyéndose así el actor un usuario en los términos de la Ley N° 26.356 —véase el contrato en cuestión a fs. 41/47—.

Continuó señalando que, la unidad mencionada correspondía al establecimiento vacacional denominado "Casa Clara", ubicado en la ciudad de Santa Clara del Mar, partido de Mar Chiquita en la Provincia de Buenos Aires. Agregó que, con fecha 26/03/2007, ante la renuncia de Civ SA, Emprendimientos Marplatenses se convirtió en la nueva administradora del tiempo compartido "Casa Clara". Manifestó que esto, fue informado mediante carta, a través de la cual se envió también el reglamento de uso de tiempo compartido del consorcio de propietarios de tiempo compartido "Casa Clara". Indicó, asimismo, que se le informó el número de cuenta de la sociedad donde debía hacerse efectivo el pago de las cuotas a partir del 01/05/2007, Banco Río de la Plata, N° de cuenta ..., sucursal 163, Barrio Norte, CBU N° ... Añadió que, dichas cuotas se han abonado siempre en término.

Ahora bien, señaló que a partir del año 2011 la demandada se desentendió de la administración del complejo "Casa Clara" y no brindó información alguna, ni siquiera en forma telefónica.

Manifestó que, con fecha 29/08/2012 su parte remitió una carta documento —N° CD263766575— a la accionada, requiriéndole que se le indicase dónde y a quién debía abonar las expensas mensuales, todo ello, bajo apercibimiento de reclamar por daños y perjuicios. Relató que, no había obtenido respuesta a sus reclamos, por lo que no habría podido abonar las cuotas correspondientes, ni ejercer los derechos de uso y goce sobre la unidad afectada al servicio turístico de tiempo compartido durante los años 2011, 2012 y 2013.

Ahora bien, la demandada señaló que había dejado de administrar el complejo con fecha 31/03/2009 —véase acuerdo de rescisión de administración a fs. 75—, lo cual habría sido comunicado por correo electrónico de fecha 27/02/2009 —véase fs. 108—.

Más allá de ello, el actor negó la autenticidad y la recepción de dicho correo electrónico —véase fs. 154, punto V— y esta fue la única prueba que se introdujo en autos a efectos de justificar la falta de legitimación pasiva de la demandada.

Ello por cuanto, no existe evidencia alguna en autos de que la demandada hubiere notificado debidamente su desvinculación como administrador del complejo de tiempo compartido de marras, lo cual resulta relevante, dada la responsabilidad solidaria que pesaba sobre ella, en orden a la debida gestión y coordinación en el mantenimiento y uso de los bienes que integraban el STTC, que le imponían el deber de mantener el régimen de utilización de los bienes conforme a su destino y prestar o controlar las prestaciones convenidas entre el emprendedor y los usuarios, cumpliendo sus tareas con eficacia, diligencia y profesionalismo.

Así las cosas, deberá confirmarse la decisión del juez de primera instancia en cuanto al rechazo de la oposición de falta de legitimación para ser demandado en este juicio por parte de Emprendimientos Marplatenses.

Ahora bien, ya se ha hecho alusión en varias oportunidades al contrato de tiempo compartido objeto de autos —véase copia del contrato a fs. 41/47—, pero lo que ahora interesa remarcar es que no existe controversia en la especie con respecto a que, a partir del 26/03/2007 Emprendimientos Marplatenses comenzó a desenvolverse como administrador del tiempo compartido "Casa Clara". Ello surge, no solo de los dichos de las partes —véase escrito de demanda a fs. 17 y contestación de demanda a fs. 141—, sino de la comunicación reservada a fs. 11.

Del mismo modo, el actor ha señalado que en diversas oportunidades intentó comunicarse con el demandado para abonar la correspondiente cuota sostén del tiempo compartido. Y si bien es cierto que no surge evidencia de los llamados telefónicos que habría realizado el actor a la demandada, esta última tampoco ha acompañado a la causa prueba alguna que evidencie que hubiere efectuado algún tipo de intimación a la parte actora para cobrar las supuestas cuotas adeudadas por el accionante y hacer así mérito de las facultades y deberes que le corresponderían al administrador del tiempo compartido, conforme lo establecen el art. 10 del contrato de tiempo compartido del *sub lite* y el art. 23 de la Ley N° 26.356, lo cual permite suponer que en el período de su gestión nada hubo que reclamar al actor, pues el art. 10 de contrato establece que: "El administrador velará por el fiel cumplimiento de(l) (...) reglamento y, en particular, estará facultado para: (...) intimar al pago y promover las acciones de cobro judicial a que hubiere lugar" —véase fs. 44—, siendo a su cargo, el conjunto de tareas enderezadas a proveer la adecuada prestación de los derechos y servicios establecidos en favor del usuario, como así también aquellas tendientes al mantenimiento de los bienes inmuebles, muebles y servicios accesorios del sistema de tiempo compartido" —véase fs. 44—.

Por otro lado, el art. 9° del contrato en cuestión indica que: "El administrador desempeñará sus tareas respecto del sistema de tiempo compartido por todo el término contractual convenido, o a perpetuidad en el caso de los regímenes que comprendiesen el otorgamiento de derecho real de condominio —tal el caso de autos— con facultades de delegar en ambas hipótesis. La delegación de funciones aceptada por el delegado, importará eximir de ulterior responsabilidad al administrador saliente, salvo el caso de dolo" —véase fs. 44—.

Asimismo, dicho artículo establecía que: "El administrador cumplirá sus obligaciones con cargo de rendir cuentas en su domicilio una vez al año. A los fines dispuestos por la presente cláusula, las rendiciones de cuentas habrán de encontrarse a disposición de los titulares en el domicilio del administrador, durante el transcurso de la segunda quincena del mes de diciembre de cada año, reputándose aprobadas las que no fueren objetadas hasta el quinto día del mes de enero siguiente" —véase fs. 44—.

En la especie, la demandada dijo haber renunciado a la administración del tiempo compartido en cuestión, pero no demostró haber delegado sus funciones en otro administrador, como le era requerido conforme el contrato de tiempo compartido del *sub examine*, máxime considerando que en el caso se encontraba involucrada una obligación a perpetuidad, si bien cesible, dado que se trataba de un derecho de uso que involucraba simultáneamente una venta de parte porcentual en condominio.

Así pues, ante el requerimiento de la actora que le demandaba la información sobre quién era el nuevo administrador, se observa que la demandada no demostró haber informado los datos del nuevo administrador que le eran requeridos, ni al momento de ser intimado por el actor mediante carta documento —véase fs. 49—, ni tampoco, al tiempo de contestar demanda —véanse fs. 137/144—.

En efecto, analizando el contrato de tiempo compartido, la demandada debió haber contestado la carta documento enviada por el actor en la cual se le requería expresamente que: "informe el nombre y domicilio del actual administrador de Casa Clara Resort" —véase fs. 49— y, en su defecto, haberlo informado al momento de presentar en estas actuaciones a contestar demanda. Razón por la cual, no cabe sino considerar los dichos del actor respecto a la imposibilidad de utilizar el tiempo compartido durante las dos semanas anuales que le correspondían por contrato, en los años 2011, 2012 y 2013 (tal como lo informa el mismo accionante en su escrito de demanda) y, asimismo, la imposibilidad de abonar las cuotas correspondientes al tiempo compartido.

Más allá de todo lo expresado sin embargo, no puede obviarse y esto lo destaco, que permanece inexplicado cómo es que entre 2009 y 2011 no hubo ningún requerimiento de la actora por no haber ocupado las dos semanas que eran su derecho y por no haber podido abonar las cuotas de sostén y que nada le impidió en todo caso, consignar judicialmente, las cuotas sostén no abonadas, al menos, por el importe de las últimas que hubiere efectivizado, para dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo, cuestiones sobre las que también se guardó extraño silencio.

Por otro lado, la demandada se agravió de que el magistrado de grado haya considerado el art. 53 LDC para instar a la demandada a aportar los elementos que se encuentren a su alcance y prestar toda colaboración necesaria para esclarecer el asunto.

Ahora bien, considerando que el pleito se encuentra enmarcado dentro del ámbito de la ley de defensa del consumidor y que esta Alzada coincide con el magistrado de primera instancia en cuanto a la aplicación del art. 53 LDC, correspondía a la demandada probar sus dichos y la negativa a la versión del actor. Y ello, no solo por lo establecido por el art. 53 LDC, sino que ya es sabido que la carga de la prueba pesa también sobre la parte que invoca hechos extintivos, invalidantes, impeditivos o excluyentes conforme el criterio ordenador que atribuye la carga de la prueba a la parte que se encuentra en mejores condiciones de producirla.

Debe recordarse que se ha dicho que la carga de la prueba recae en el litigante que se encuentra en mejores condiciones de ofrecer y allegar los elementos de juicio que permitan elucidar las cuestiones controvertidas, lo que constituye una exigencia elemental de coherencia y buena fe-lealtad en el marco del proceso, que se expresa hoy en la doctrina de la denominada "carga dinámica de las pruebas" y cuya base normativa se encuentra en el CPR: 377. (Conf. esta CCom., esta Sala A, *in re:* "Eiriz, Norberto A. c. BBVA Banco Francés SA s/ Ordinario", 05/09/2007; idem, Sala C, *in re:* "Suministra SRL c. Pulmic SA s/ Ordinario" 02/06/2000; en igual sentido: Sala B, *in re:* "Palavecino, Mariela c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ amparo", 14/02/2005).

En efecto, la demandada se mantuvo en silencio ante la intimación del actor por carta documento de fecha 29/08/2012, a través de la cual le requirió a la demandada textualmente: "informe el nombre y domicilio del actual administrador de Casa Clara Resort, Tiempo Compartido, ubicado en José María Orezans s/ n, Santa Clara del Mar, del cual soy propietario del 1,918% indiviso de una unidad funcional amueblada y equipada durante el transcurso de las semanas tres y cuatro del período estival denominado "Sun & Surf" tipo C1 (para 6 personas), conforme el contrato de adquisición celebrado el 27/07/1993 con CIV SA, que luego fuera reemplazada por Emprendimientos del Sur, y que actualmente no me han informado quién continúa con la administración de Casa Clara. Informe lugar de pago de expensas a fin de poder dar cumplimiento con mis obligaciones legales. Todo bajo el procedimiento de reclamar por daños y perjuicios" —véase copia de CD N° 14755773 notificada con fecha 29/08/2012, cuya autenticidad fue confirmada por Correo Argentino a fs. 200/203—. Es claro pues, que se configuró en el caso una omisión al necesario deber de información que era a cargo de la demandada.

Así pues, la demandada no aportó a la causa elemento alguno a efectos de fundar su postura de que había notificado su desvinculación como administrador del complejo turístico y, más allá de que los términos de la carta documento que la actora le dirigiera al efectuarle su requerimiento, puedan permitir alguna inferencia en torno a que conocía la renuncia de la demandada, lo cierto es que, dada la magnitud de sus responsabilidades, esta no cumplió en informar, como debiera, quién la reemplazaba en su rol de administrador. Por esta razón, ha de primar la postura del actor, en punto a que, en principio, Emprendimientos Marplatenses debía continuar desarrollando las tareas de administrador —acotamos, a perpetuidad, en casos como el de autos—, si no acreditaba la cesión de ese rol —cosa que no hizo—, informando, ante los requerimientos del accionante. En consecuencia, corresponde rechazar el agravio de la actora en este punto.

Sentado lo precedentemente expuesto, cabe ahora tratar los diversos items de resarcimiento pretendidos, más allá de la indemnización por daño moral que fuera reconocido, como único resarcimiento en la instancia de grado.

5) Lucro Cesante.

En primer lugar, ha de abordarse el agravio referido al reclamo que la parte actora encuadró como lucro cesante, cuya procedencia fue rechazada en la anterior instancia.

Tiene dicho esta Sala que la indemnización del "lucro cesante" consiste en el resarcimiento de la ganancia de la que se vería privado el damnificado a raíz de un ilícito o del incumplimiento de una obligación, corriendo a cargo de quien lo reclama la prueba de su existencia (conf. CNCom., esta Sala A, "Bergilli, Néstor D. c. La Uruguaya Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima", 16/10/2007; idem, "Palmitano, Diego J. y otro c. Banco Río de la Plata SA s/ ordinario", 18/12/2008, entre otros).

También, reiteradamente, este Tribunal ha señalado que para el acogimiento de este rubro es necesario probar en forma precisa el perjuicio real y efectivamente sufrido. En otros términos, se deben acreditar las concretas utilidades frustradas, resultando insuficiente una simple mención imprecisa de posibles ganancias que se dejaron de percibir (CNCom., esta Sala, "Calastroni, Ricardo c. Astilleros Voguecraft SACIF", 29/10/1982; idem, "Monteiro, Domingo c. Manuel Tienda León", 20/10/1999; id., "Jannazzo, Mario A., c. Caja de Seguros SA", 10/07/2001; id., "Bergilli..." supra cit., entre otros).

En este marco, debe señalarse que el reclamo por la supuesta pérdida de oportunidades comerciales, crediticias y financieras del modo como ha sido propuesta, carece de toda la precisión y del menor detalle circunstanciado de las condiciones de procedencia

señaladas como exigibles para un reclamo por lucro cesante. Cabría quizás, examinar, antes de concluir, si el planteo puede, en todo caso, ser enmarcado *iura novit curia* dentro de la figura de "pérdida de chance".

Examinado el caso, bajo esta última óptica, se recuerda que la pérdida de chance —del francés: "ocasión" o "posibilidad"— es un daño cierto, por tanto resarcible, de haber obtenido un beneficio, por el cual se pretende la reparación por la probabilidad de éxito frustrada y a diferencia del lucro cesante, no es más que una consecuencia mediata del hecho ilícito (véase: Bustamante Alsina, Jorge, "La pérdida de una chance es una consecuencia mediata, previsible y por lo tanto solamente resarcible en caso de incumplimiento malicioso", LA LEY, 1993-D, p. 207). De allí que la diferencia entre uno y otro rubro estribe en un mayor o menor grado de certeza sobre la producción efectiva de las ganancias; la chance siempre permanece en grado de probabilidad, objetivamente juzgada (cfr. CNCom., Sala C, 07/08/1996, *in re:* "Aliaga Echegoyen, Agustín c. Rent a Car Travel Service SRL", JA, 1997-I-157); pues para admitir la pérdida de chance se analiza la frustración de la posibilidad de obtener ventajas; mientras que en el caso del lucro cesante se estudia el fracaso de ellas (cfr. Trigo Represas, Félix - López Mesa, Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil", T. I, LA LEY, Buenos Aires, 2005, p. 459 y ss.).

Ahora bien, se aprecia que la parte actora que no ha probado la pérdida de una ganancia efectivamente realizable respecto de los eventuales daños causados por la sola mención de una posible frustración en el alquiler de su porción de tiempo compartido, pues, tampoco acreditó siquiera la real existencia de una probabilidad de éxito frustrada por operaciones comerciales de tal índole, que no ha identificado en forma alguna, dado que ni siquiera ha ensayado una referencia que permita identificar pautas objetivas que sirvan para identificar personas involucradas o justipreciar valores que previsiblemente pudiesen ser atribuidos, aún a título de pérdida de chance, por lo que, considero que no cabe conceder una indemnización, ni por este concepto, ni por lucro cesante.

Bajo este orden de ideas, solo cabe rechazar el agravio y confirmar la sentencia que rechaza las pretensiones en este punto.

6) El daño directo.

Recuérdase que el accionante requirió una indemnización por daño directo, reclamando la suma de dólares estadounidenses ocho mil doscientos cincuenta (U$S 8250), es decir, que pretende como resarcimiento el monto que había abonado por el contrato celebrado por el tiempo compartido.

Para analizar este agravio, es importante señalar, liminarmente, que el daño directo que invoca se encontraría tipificado en el art. 40 bis LDC, el cual establece que tal daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

Por otro lado, agrega el mismo artículo citado que, los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Aparece evidente pues, que el art. 40 bis LDC que se invoca contempla una facultad que solo podrá ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas y c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Así pues, como se podrá apreciar a las claras, la aplicación del art. 40 bis LDC debe darse dentro del ámbito de la administración pública ajena al Poder Judicial que no se encuentra habilitado para ello, tal como se señalara en la anterior instancia. Razón por la cual, propongo a este acuerdo el rechazo del agravio esgrimido por la actora, también en este punto.

7) El agravio del actor respecto de la continuación del incumplimiento por parte de la demandada.

Por otro lado, el actor se agravió de que el Juez de primera instancia admitió la relación contractual que vinculó a las partes y determinó que la demandada debía ser condenada a indemnizar al actor por los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento, refiriéndose a la falta de satisfacción a la intimación cursada por el actor por la carta documento del 29/08/2012, pero que luego nada dijo acerca de la continuación del incumplimiento.

En dicho sentido, señaló el accionante que el contrato comenzó el 27/07/1993 y se extiende por 99 años, por lo que los daños y perjuicios continuaron luego de iniciarse la demanda, como se manifestó en el escrito obrante a fs. 293 por los períodos 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 y continuarán hasta tanto se tenga por resuelto el contrato por incumplimiento, o se compela a la demandada a dar cumplimiento a sus obligaciones, y permita el uso y goce durante la can-

tidad de dos semanas fijas anuales, designadas en el contrato.

En dicho sentido, véase que en autos, el Juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por el actor y, reconociendo el incumplimiento contractual por parte del demandado, otorgó una indemnización al accionante por daño moral.

Ahora bien, en cuanto a los hechos expuestos en este agravio, respecto de un pedido de resolución del contrato en cuestión o de una extensión de resarcimiento como la enunciada, solo cabe señalar que dichas cuestiones no fueron materia introducida en la demanda, ni en una posterior ampliación de la misma, razón por la cual, no corresponde a este Tribunal analizar esta cuestión en esta instancia.

Ello por cuanto, de abordar esta Alzada tal pretensión incurriría en el vicio de resolver extra petita, con violación del principio de congruencia y del principio de razonabilidad en la fundamentación.

Recuérdase que, por otro lado, por aplicación del principio de congruencia regulado en el art. 163, inc. 6 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el Juez debe ajustar su fallo al thema decidendum, considerando las acciones y excepciones deducidas por las partes, esto es, el quid petitum y el quid exceptus determinados en la demanda y en la contestación, delimitando la materia del litigio (conf. Morello, A. - Passi Lanza, M. - Sosa, G., - Berizonce, R., "Códigos Procesales, Comentados y Anotados", Ed. Platense, Buenos Aires, 1970, T. II, p. 753).

8) La imposición de costas.

Sabido es que en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos —como regla— por la parte que ha resultado vencida en aquel. Ello así en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que el art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación consagra el principio del vencimiento como rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota: de modo que quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar la contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN, Fallos: 312:889, entre muchos otros).

Es cierto que esa es la regla general y que la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss. Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Pero ello, esto es, la imposición de las costas en el orden causado o su eximición —en su caso—, solo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes. Su regulación, es claro, requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, p. 491).

En ese marco, ponderando tales parámetros, entiendo que de los antecedentes de este litigio, no se advierten fundamentos que se aprecie suficientes a los fines de desvirtuar el principio general de la derrota antes apuntado, por lo que estimo que las costas de esta instancia, conforme al criterio expuesto en los considerandos anteriores, deben ser impuestas íntegramente a cargo de la parte demandada, dada su calidad de sustancialmente vencida en este proceso (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

V. Conclusión.

Por todo lo expuesto propicio al Acuerdo:

a) Rechazar los recursos articulados por las partes actora y demandada.

b) Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo que decide y fue materia de agravio.

c) Imponer las costas de esta instancia a la demandada, sustancialmente vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

He aquí mi voto.

Por análogas razones el doctor *Kölliker Frers* adhiere al voto anterior.

VI. Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve: a) Rechazar los recursos articulados por las partes actora y demandada. b) Confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo que decide y fue materia de agravio. c) Imponer las costas de esta instancia a la demandada, sustancialmente vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). d) Notifíquese a las partes, a la Sra. Fiscal General ante esta Cámara y devuélvase a primera instancia. e) Oportunamente, glósese copia certificada de la presente sentencia al libro N° 130 de Acuerdos Comerciales - Sala A. f) A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexado a la Acordada 24/2013 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se

efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. Solo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). — *María E. Uzal.* — *Alfredo A. Kölliker Frers.*

RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD

Mujer que sufre un accidente al tropezar y caer por una loma de burro emplazada en la calle. Daño causado por el riesgo o vicio de la cosa. Señalización defectuosa. Falta de servicio. Poder de policía. Sentencia fundada. Indemnización. Pago. Plazo. Régimen de ejecución de sentencias contra el Estado.

1. — La postulación de la municipalidad impugnante no logra transponer el umbral de la mera discrepancia con la respuesta adoptada por los sentenciantes en el ejercicio de funciones privativas que no incumbe a esta Corte revisar, sin que tampoco se demuestre irrazonabilidad en la justificación expuesta por el *a quo* al sostener que, en definitiva, los daños ocasionados a la actora por la loma de burro sin señalizar le eran imputables a la municipalidad quedando acreditado con lo emanado de las probanzas de la causa el factor de atribución de responsabilidad en los términos del art. 1113, 2° apartado del Cód. Civil, por ser el ente público quien debía controlar —en ejercicio de su poder de policía sobre la vía pública— las medidas de seguridad en lo relativo a la instalación y demarcación del obstáculo minorador de velocidad vehicular, sin que de su parte hubiera demostrado el debido contralor.

2. — El Estado municipal, en ejercicio de su poder de policía sobre la vía pública, es responsable del control de cumplimiento de las medidas de seguridad que se deben implementar e instalar en los lugares donde se encuentren ejecutando obras, o donde existan instalaciones tendientes a retener la velocidad vehicular, o cualquier obstáculo, que —aun siendo reglamentario— pueda crear un riesgo si no se lo demarca convenientemente, en orden a brindar plena seguridad a terceros que se desplacen por tales espacios cuyo riesgo se ha incrementado como consecuencia de dichos obstáculos especiales; y frente a tales consideraciones la municipalidad impugnante plantea arbitrariedad normativa, omisión probatoria, dogmatismo y contradicción en lo resuelto, mas lo cierto es que su postulación no logra transponer el umbral de la mera discrepancia con la respuesta adoptada por los sentenciantes en el ejercicio de funciones privativas que no incumbe a esta Corte revisar, sin que tampoco se demuestre irrazonabilidad en la justificación expuesta por el *a quo*.

3. — La postulación del recurrente en cuanto a la imposición del plazo de cinco días para abonar la acreencia, lo que importaría un apartamiento del procedimiento de cobro de créditos contra el Estado previsto por la ley 12036, cuenta *prima facie* con suficiente asidero en las constancias de autos y suponen articular con seriedad planteos que podrían configurar hipótesis de inconstitucionalidad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de la instancia de excepción, dicho esto en una apreciación mínima y provisora, propia de este estadio y sin que ello implique adelantar opinión sobre la sustantiva procedencia de la impugnación.

4. — La postulación de la municipalidad —acusando incongruencia, apartamiento normativo y arbitrariedad fáctica— cuenta con suficiente asidero en las constancias de la causa e importa articular con seriedad planteos que pueden configurar hipótesis de violación del derecho a la jurisdicción con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia de excepción. Por ello entiendo que corresponde admitir la queja interpuesta y, en consecuencia, conceder el recurso de inconstitucionalidad. (del voto en disidencia de la Dra. Gastaldi).

CS Santa Fe, 15/09/2020. - Segovia, Ramona Analía c. Municipalidad de Rosario s/ daños y perjuicios- (Expte. 990/16- CUIJ21-12281517-7).

[Cita on line: AR/JUR/47553/2020]

Expte. C.S.J. CUIJ N° : 21-00512465-1

Santa Fe, septiembre 15 de 2020.

Considerando:

1. Por decisión 214 del 20/11/2018, la Alzada confirmó —en lo que aquí interesa— lo resuelto por el Juez de baja instancia, quien a su turno había hecho lugar a la demanda y, en consecuencia, condenado a la Municipalidad de Rosario a abonar a la actora un resarcimiento económico —en concepto de daño físico e incapacidad sobreviniente—, daño moral y gastos indocumentados, con más intereses y costas.

Contra dicha resolución, la Municipalidad vencida interpone recurso de inconstitucionalidad invocando el artículo 3 inciso 1 de la ley 7055.

En su presentación, afirma que se configura en el caso un apartamiento manifiesto del texto expreso de la ley, pues se ignoran los principios generales de la responsabilidad extracontractual y de la responsabilidad del estado puesto que en materia de pagos e intereses se aparta del artículo 9 de la ley 7234 modificada por la ley 12.036, y en materia de costas ignora lo establecido por el artículo 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Arguye que la Sala incurrió en una omisión en la valoración de la prueba, ya que ninguna de la producida se analizó objetivamente en el fallo impugnado y no se tomó en consideración la normativa municipal respecto de las responsabilidades del peatón contenidas en la Ordenanza 7181/01 —Código sobre los derechos del Peatón—, Ordenanza 6543/98 (arts. 4 inc. 1 y 10 y 34 incs. 1, 2 y 3), ni la ley nacional de tránsito 24.449 (arts. 5 inciso h), como así tampoco la culpa de la víctima (art. 1111 del Cód. Civil).

Expone que la sentencia impugnada resulta dogmática y contiene un defecto en la motivación porque aprecia los hechos sin haber sido probados ya que —afirma— la vereda no estaba obstruida y era transitable para los peatones señalando que la actora no acreditó la ocurrencia del hecho ni el nexo causal y no pudo probar los obstáculos en la vereda que obligaron a caminar por la calzada.

Aduce que la resolución recurrida incurre en arbitrariedad normativa, por aplicación errada del artículo 1113 del Cód. Civil, apartándose de las constancias de los expedientes administrativos N° 7471/16 y 7906/17, de las constancias de autos y del criterio ya reiterado por el Máximo Tribunal nacional sobre la "imputación por falta de servicio" regulado en el artículo 1112 del Cód. Civil, junto con la jurisprudencia que invocó en la contestación de demanda, alegato y expresión de agravios. En suma, afirma que la Sala omitió considerar la pretensión demandada por una de las partes, a saber, la responsabilidad del estado por falta u omisión del servicio y se pronunció sobre cosa extraña al litigio, sin examinar los agravios vertidos, dando crédito a un plexo probatorio endeble e incurriendo en arbitrariedad fáctica. Achaca a la Cámara el no haber valorado que la actora fue descuidada en su andar al caminar por la calzada, que es un lugar prohibido y exclusivo para vehículos y se agravia de que existen incongruencias en los relatos de los testigos, a punto que al contestar el señor F. respecto del estado de la vereda respondió que "era una obstrucción pasajera de los vecinos de la zona" y luego la testigo R. dijo que "no lo recuerda, pero que había pasado la colocación del gas, y con el tiempo se hundieron las veredas...y eso hizo que las baldosas cedieran y las veredas quedaran rotas...". Agrega que la señora R. introdujo a un tercero por quien la Municipalidad de Rosario no debe responder, que es el encargado de la obra de gas.

Aduce que el a quo se empecina en sostener que el hecho de la obstrucción está probado cuando ello no es cierto y son simples aseveraciones de los testigos que los jueces tomaron también como ciertas, al punto que las valida citando fotografías tomadas por el oficial de justicia que son posteriores al evento relatado. Asimismo dice que no puede sostenerse la aseveración, que es de imposible comprobación, de la existencia de un montículo referido a fojas 85 al momento del evento dañoso.

Manifiesta que la resolución impugnada se basó en una presunción de responsabilidad objetiva que resulta inaplicable a los bienes de dominio público y que favorece a la víctima haciendo hincapié en que las calles deben ser seguras para las personas, cuando las calles son para el normal tránsito de vehículos y no de personas.

Explica que la ausencia de consideración por la Sala del elemento de interrupción del nexo causal por culpa de la víctima la exime de responsabilidad, ya que se ha aplicado arbitrariamente lo dispuesto por el artículo 1113 del Cód. Civil y conforme a lo dispuesto por el artículo 1111 del Cód. Civil la actora no puede reclamar resarcimiento alguno, —pues entiende— el daño se produjo por una falta imputable a ella y la caída se hubiera producido de igual manera atento las circunstancias personales de la actora, independientemente de que el lomo de burro se encuentre señalizado o no.

Finalmente, señala la existencia de gravedad institucional, ya que lo resuelto en la causa se proyectará sobre otros juicios idénticos, cuando se demande a la Provincia, a las Municipalidades y a las Comunas, privando al Estado de recursos tan necesarios para otros fines.

2. El *a quo*, por auto 37 de fecha 27/03/2019 resolvió denegar la concesión del recurso de inconstitucionalidad por considerar que la Municipalidad de Rosario no había planteado oportunamente una cuestión constitucional concreta y que los agravios esgrimidos revelaban su discrepancia con la solución brindada por los Magistrados (fs. 31/34).

Tal denegación motiva la presentación directa de la compareciente ante esta Corte (36/40v.).

3. Se adelanta que la presente queja ha de prosperar parcialmente.

3.1. La lectura de los argumentos expuestos por la impugnante en el escrito de interposición del recurso que efectúa, en su cotejo con las razones invocadas en el fallo cuestionado, permite concluir que se limita a efectuar genéricas alegaciones de violación a derechos constitucionales surgiendo tan solo su disconformidad con la valoración de los hechos y de las pruebas y con la aplicación de las normas legales efectuadas por la Alzada, materias que al resultar ajenas al recurso extraordinario no habilitan la apertura de esta instancia de excepción. Cabe recordar que, en el caso, la Cámara confirmó la sentencia de baja instancia y, en consecuencia, condenó al Municipio al pago de los daños ocasionados a la actora como consecuencia del accidente sufrido al tropezar y caer con una loma de burro emplazada en la calle, siendo que transitaba por allí en virtud de encontrarse la vereda obstruida.

Para así decidir, en primer lugar la Alzada puso de resalto de manera previa que la expresión de agravios de la recurrente mostraba serias deficiencias que la enmarcaban dentro de la "deserción del recurso por insuficiencia técnica", no habiendo dado ajustado cumplimiento a lo prescripto por el artículo 365 del Cód. Proc. Civ. y Comercial local al formular idénticos argumentos en la instancia inferior. No obstante ello, el Tribunal decidió, con el fin de dar mayor contundencia a la respuesta jurisdiccional de los presentes actuados, que "...se efectuarán algunas consideraciones que dejan —con marcada evidencia— puesta de resalto la improcedencia de la petición articulada por la recurrente" (fs. 4).

En tal sentido, respecto del agravio según el cual la Municipalidad atribuye al Juez inferior el haber emitido su resolutivo condenando a la accionada con ausencia de pruebas o que los testigos son parientes de la actora o no han presenciado el evento siniestral, los Sentenciantes consideraron que, muy por el contrario, el Juez de grado no solo había valorado la prueba testimonial allegada a la causa, sino que también lo había hecho respecto a los demás aportes que la actora cumplimentó en su plexo probatorio.

En efecto, el a quo entendió que de las pruebas colectadas, a saber prueba testimonial, documental, informativa y pericial médica surgían diversas conclusiones.

En cuanto a la prueba testimonial del testigo H. H. F. (fs. 56), —esposo de la accionante— que manifestó lo siguiente '...Salíamos de mi casa, a eso de las 6.30 de la mañana y nos íbamos al médico, íbamos a tomar el ómnibus y la vereda estaba obstruida, y bajamos a la calle y nos encontramos con esa loma de burro, no señalada, que la habían colocado hace poco, y como no la conocíamos tropezó y se me fue de las manos, no la pude sostener y se cayó, entonces llamé a la ambulancia, y se la llevaron al PAMI II'. A continuación respondiendo la ampliación del interrogatorio efectuada por el letrado de la demandada, en orden a si el testigo tenía idea si la loma de burro había sido colocada mucho tiempo antes, contestó: '...Que no. Fue reciente la colocación, y no tenía señalador, nada, y encima la hora, eran las 6 de la mañana y estaba oscuro, fue en Junio...' Luego agregó que la obstrucción de la vereda '...era una obstrucción pasajera, de los vecinos de la zona' la Cámara juzgó en concreto que '...si bien, aunque la demandada en sus agravios cuestiona la fuerza convictiva del testimonio del señor H. H. F. —dada su condición de esposo de la actora damnificada—, no puede admitirse tal cuestionamiento de tacha sustentado únicamente en el vínculo de parentesco que el testigo tiene con la actora, y, conforme a tal circunstancia, tenerlo automáticamente por comprendido por las generales de la ley" (cfr. fs. 4); que "... El testigo aludido, no ha dejado dudas sobre la mecánica del evento siniestral provocante del daño. Resulta convincente y objetivo sobre cómo se han sucedido los hechos; describe ajustadamente el escenario del evento, la circunstancia de visibilidad del sitio del hecho en el horario en que el mismo se produjo. Por consiguiente el vínculo familiar que mantiene con la actora, no enerva la validez de sus dichos, dado que no ha quedado evidenciado que tal circunstancia, direccionara sus respuestas en favor del accionante"; que "...En dicho testimonio no se advierte ningún propósito deliberado de beneficiar a la accionante, ni la narración de hechos de imposible ocurrencia en el evento en crisis. Sus dichos han contribuido con precisiones sobre la ocurrencia del hecho dañoso, habida cuenta de que confirma las circunstancias completas del hecho" y por último que "este testigo, ni sus dichos, fueron tachados, por la demandada en la instancia oportuna" razón por la cual debía ser plenamente admitido (cfr. fs. 5).

Respecto del relato de N. G. R., el a quo consideró que esta testigo resultaba lo suficientemente explícita en su narración de cómo presenció el accidente; del estado físico como quedó la accionante; el estado y la demarcación del objeto provocante del siniestro (el lomo de burro); y la condición del entorno del mismo —entre otros, las veredas—; elementos estos que otorgan relevancia a sus dichos, en orden a considerar la validez de esta prueba. Seguidamente el Tribunal pasó a analizar la prueba documental (fotografías del lugar del accidente y de la asistencia emergencial de la actora, certificados médicos e historia clínica labrada en el Pami) la prueba informativa (mandamiento diligenciado e informe del Oficial de Justicia; expediente administrativo previo; informe del Ministerio

Público de la acusación respecto de la denuncia del accidente) y la prueba pericial médica (informe del perito médico designado en autos a fs. 70) concluyendo que, con los elementos probatorios descriptos, los que fueron de manera indubitable considerados por el Sentenciante de grado para emitir su sentencia, había quedado palmariamente acreditado el hecho generador del daño, de la forma descripta por la actora.

Luego, y con sustento en las pruebas premencionadas, el Tribunal determinó que cabía tener también por probados los daños —lesiones físicas en la persona de la actora— los cuales son susceptibles de resarcimiento, en los términos del artículo 1113 del Cód. Civil, resultando ajustado el análisis realizado por Juez de baja instancia en el resolutivo recurrido, el cual se ciñe a las probanzas allegadas a la causa.

En otro orden de consideraciones, la Cámara analizó la contestación de la demanda efectuada por la accionada y consideró que la misma "...si bien negó cada uno de los hechos invocados por la actora, no levantó la carga de dar su propia versión, fundando las razones de su negación" (fs. 6v.); que "..Tal omisión cabe interpretarse como falta de colaboración en la dilucidación de la verdad de los hechos" (fs. 7) y que "... No se esboza en la accionada la menor intención de asumir la responsabilidad que le cabe en el mantenimiento en buen estado del espacio público. Véase que lejos de admitir que el lomo de burro no esta pintado al momento de la ocurrencia del siniestro —tal como lo acredita la pieza fotográfica que obra agregada a fs. 5, la cual tiene impresa la fecha exacta del accidente—, el mismo —dos años después— cuando se practicó la constatación por el Señor Oficial de Justicia (vide fs. 85) aun permanecía sin señalización con los carteles reglamentarios; elementos estos que no solo están encaminados a advertir peatones, sino a los propios conductores de automotores" (cfr. fs. 7v.).

Con posterioridad, los Camaristas reprocharon el razonamiento de la demandada en relación a que el hecho había acontecido por la propia víctima quien no estuvo al propio cuidado de sus pasos y la afirmación de la Municipalidad respecto de que la señora Segovia al 08/06/2015 tenía 70 años y padecía diabetes insulino dependiente alegando "...es dable que la caída se relacione a la edad y la enfermedad de base" (fs. 7v.). En efecto, la Alzada consideró que "...tan desatinada argumentación de la demandada, llevaría a entender que la accionada advierte que las personas mayores, con algunos problemas de salud, no podrían transitar por las veredas, y si lo hacen deben ir tomados de la mano a otra persona, y, para el caso de ver obstaculizada la vereda, deberán franquear el obstáculo como puedan, pero que, si llegasen a tener un accidente en dicha maniobra de desplazamiento, sería su propia torpeza la que las haría responsables del evento." (fs. 8).

En otro orden de consideraciones, el Tribunal valoró las fotografías tomadas por el oficial de justicia (fs. 81), y afirmó que resulta falso el argumento de la demandada, en alusión a que "...las veredas y además la calzada están en excelente estado de conservación y debidamente señalizadas" pues emana de tales fotografías "...que en la verdad y, precisamente, a la altura del lomo de burro, existe un importante montículo de escombros que obliga a los peatones a tener que descender a la calle para poder franquear dicho obstáculo" (fs. 8).

En concreto, el Juzgador puntualizó centralmente que, ha quedado probado que el evento siniestral ocurrió de la manera narrada por la actora; que el lomo de burro —causante del siniestro— existía y existe actualmente; que no estaba ni está señalizado con los carteles pertinentes; que al ocurrir el accidente, tampoco estaba pintado reglamentariamente, sino que se confundía plenamente —en especial en la noche— con el asfalto de la calzada; que la actora sufrió las lesiones de que da cuenta la historia clínica obrante en autos; que el informe pericial despeja toda duda acerca de que existieron dichas lesiones, y las cicatrices demuestran los procesos quirúrgicos a los que debió ser sometida la actora víctima del siniestro; que el lomo de burro, forma parte del dominio público del Estado municipal.

Por su parte, la demandada no ha logrado demostrar alguna causal eximente de responsabilidad o que acredite la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

En torno al agravio sobre la no acreditación de la falta de servicio, precisaron los Camaristas que "... El estado municipal, en ejercicio de su poder de policía sobre la vía pública, es responsable del control de cumplimiento de las medidas de seguridad que se deben implementar e instalar en los lugares donde se encuentren ejecutando obras, o donde existan instalaciones tendientes a retener la velocidad vehicular, o cualquier obstáculo, que —aun siendo reglamentario— pueda crear un riesgo si no se lo demarca convenientemente; todo ello en orden a brindar plena seguridad a terceros que se desplacen por tales espacios cuyo riesgo se ha incrementado como consecuencia de dichos obstáculos especiales" (fs. 8v.).

Seguidamente el a quo agregó que "...El lomo de burro en cuestión si bien podría haber sido medianamente visible a la luz del día 'no contaba con señalización alguna', la cual podría haber evitado la producción del siniestro, tomando en cuenta que el mismo se produjo cuando todavía era de noche" y que "la ley

prevé la señalización de todo lo que pueda generar un riesgo para peatones y/o vehículos que se desplacen en la vía pública, y esta exigencia debe interpretarse como la condición, de que sea la normalmente eficiente en relación a las circunstancias de tiempo y lugar que haga posible un fluído desplazamiento sin tropiezos".

En particular, consideró demostrado el hecho y su mecánica a partir de las pruebas obrantes en la causa, tales como las declaraciones testimoniales coincidentes de F. y R.; la constatación judicial de foja 85 y el croquis de foja 84 realizados por el oficial de justicia; las fotografías adjuntadas por la actora a fojas 5, 79, 80 y 81 y la pericial médica de fojas 100/101 que acreditaba las lesiones sufridas por Segovia (fractura de epífisis de fémur izquierdo con colocación de material ósteo síntesis con limitación funcional. Incapacidad por la limitación funcional de la rodilla total del 12% de tipo permanente, de grado parcial y de carácter definitiva). A partir de allí, los Jueces entendieron que cabía asignarle responsabilidad al Municipio de Rosario al surgir acreditado que el obstáculo minorador de la velocidad vehicular (lomo de burro), se encontraba localizado con precisión y resultaba emplazado en la Municipalidad demandada, 'no contaba con señalización alguna' y el correlativo control de cumplimiento de las medidas de seguridad e instalación de dicho obstáculo estaban a cargo del Estado municipal.

Frente a tales consideraciones la Municipalidad impugnante plantea arbitrariedad normativa, omisión probatoria, dogmatismo y contradicción en lo resuelto invocando los argumentos antes reseñados, mas lo cierto es que —conforme se anticipara— su postulación no logra transponer el umbral de la mera discrepancia con la respuesta adoptada por los Sentenciantes en el ejercicio de funciones privativas que no incumbe a esta Corte revisar, sin que tampoco se demuestre irrazonabilidad en la justificación expuesta por el a quo al sostener que, en definitiva, los daños ocasionados a Segovia por la loma de burro sin señalizar le eran imputables a la Municipalidad quedando acreditado con lo emanado de las probanzas de la causa el factor de atribución de responsabilidad en los términos del artículo 1113, 2° apartado del Cód. Civil, por ser el Ente público quien debía controlar —en ejercicio de su poder de policía sobre la vía pública— las medidas de seguridad en lo relativo a la instalación y demarcación del obstáculo minorador de velocidad vehicular, sin que de su parte hubiera demostrado el debido contralor.

Por ello, resulta inequívoco que la pretensión última de la recurrente es renovar un debate ya agotado en las instancias ordinarias y que gira en torno a materias ajenas a la vía extraordinaria intentada, sin lograr poner en cuestión ni siquiera en grado liminar la validez de la sentencia impugnada, la cual encuentra fundamentos suficientes en las consideraciones expuestas por los Magistrados que bastan para satisfacer las exigencias del artículo 95 de la Constitución provincial y sellan la suerte adversa del recurso. La conclusión a la que arribó la Cámara podrá o no ser compartida por la recurrente, pero en la medida que no se demuestre un apartamiento del derecho a la jurisdicción, no puede descalificarse por inconstitucional.

De allí que pretender abrir los estrados de esta Corte a modo de una tercera instancia ordinaria que revea lo decidido por la Alzada, implicaría desconocer la naturaleza del remedio extraordinario intentado, que tiene por objeto únicamente el control de la adecuación de las sentencias al orden jurídico fundamental.

3.2. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de la postulación del recurrente en cuanto a la imposición del plazo de cinco días para abonar la acreencia, lo que importaría un apartamiento del procedimiento de cobro de créditos contra el Estado previsto por la ley 12.036, la que se advierte cuenta "prima facie" con suficiente asidero en las constancias de autos y suponen articular con seriedad planteos que podrían configurar hipótesis de inconstitucionalidad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de la instancia de excepción. Dicho esto en una apreciación mínima y provisora, propia de este estadio y sin que ello implique adelantar opinión sobre la sustantiva procedencia de la impugnación.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia resuelve: Admitir parcialmente la queja interpuesta y, en consecuencia, conceder el recurso de inconstitucionalidad con el alcance que surge de los considerandos que anteceden (cfr. apartado 3.2). Disponer que por presidencia se ordene la elevación de los autos principales y se les imprima el trámite que corresponda. Regístrese, hágase saber. — *Daniel A. Erbetta*. — *Roberto H. Falistocco*. — *María A. Gastaldi* (en disidencia parcial). — *Rafael F. Gutierrez*. — *Eduardo G. Spuler*.

Disidencia parcial de la doctora *Gastaldi*.

La postulación de la recurrente —acusando incongruencia, apartamiento normativo y arbitrariedad fáctica— cuenta con suficiente asidero en las constancias de la causa e importa articular con seriedad planteos que pueden configurar hipótesis de violación del derecho a la jurisdicción con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia de excepción.

Dicho esto en una apreciación mínima y provisoria, propia de este estadio, y sin que implique adelantar opinión sobre la sustantiva procedencia de la impugnación.

Por ello entiendo que corresponde admitir la queja interpuesta y, en consecuencia, conceder el recurso de inconstitucionalidad. — *María A. Gastaldi.*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

Colisión de un móvil policial contra la vidriera de un local luego de un previo impacto con otro rodado. Responsabilidad exclusiva del conductor del vehículo particular por los daños derivados del hecho. Rechazo de la demanda contra el Estado nacional.

1. — La sentencia que atribuyó la responsabilidad exclusiva al conductor de un vehículo particular por los daños sufridos por el dueño de un local cuando un móvil policial, tras colisionar con el primero, impactó contra una vidriera, debe confirmarse, pues se encuentra suficientemente acreditado que el vehículo policial circulaba en situación de emergencia hacia un objetivo determinado mediante la utilización de sirena y balizas de advertencia y, por otro lado, la conducta imprudente y desatenta adoptada en tal situación por el conductor codemandado al intentar el cruce de la bocacalle haciendo caso omiso a la presencia del móvil **[1]**.

2. — No puede responsabilizarse al conductor de un móvil en emergencia que, accionando las señales auditivas y luminosas reglamentarias, embiste a otro rodado, porque ello implicaría la derogación de la prioridad de paso de la cual gozan aquellos vehículos y que no resulta respetada por quien intercepta su marcha (conf. art. 61 de la Ley de Tránsito).

3. — En ocasiones de emergencia los restantes rodados deben facilitar el paso para que el móvil policial pueda cumplir la situación de urgencia que se presenta. El codemandado que intentó el cruce de la arteria omitiendo atender las contingencias del tránsito y a una velocidad que tampoco era la adecuada en situaciones normales es el responsable exclusivo por los daños. Es decir, no atendió a la sirena y baliza del móvil policial que atravesaba la avenida y tampoco detuvo su marcha como el resto de los rodados.

4. — La índole de las afecciones psíquicas padecidas por el actor, como la vivencia del hecho traumático sucedido en el local comercial en el cual, a raíz del choque de los rodados que impactaron en el frente y vidriera de aquel, con el consiguiente peligro para él, sus empleados y clientes que se encontraban allí en ese momento, es demostrativa de la pérdida del sentimiento de tranquilidad y seguridad que debió padecer, lo que lleva a propiciar que se eleve el rubro por daño moral.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Móvil policial que colisiona con una vidriera de un establecimiento comercial en una situación de emergencia.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $30.000

Daño patrimonial

Daños varios: Tratamiento psicológico $12.000; Daño material $162.400

CNCiv., sala F, 22/02/2021. - Joaquín, Raúl Daniel c. Rinaldi, Adrián Alfredo y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/634/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara de Apelaciones de Concordia, sala civil y comercial II, 12/06/2012, "Pacheco, Carlos Jonathan c. López, Héctor Alfredo y otro s/ ordinario", La Ley Online, AR/JUR/33398/2012.

COSTAS

A la parte demandada que resultó sustancialmente vencida.

Expte. N° 11820/2010

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 22 de 2021.

El doctor *Posse Saguier* dijo:

I. Raúl Daniel Joaquín inició demanda contra Adrián Alfredo Rinaldi —conductor del vehículo particular dominio...— contra Javier Eduardo Cuba Aguirre —chofer del vehículo policial dominio ...— y con-

tra el Ministerio del Interior Policía Federal Argentina Estado Nacional por el hecho ocurrido el 24 de diciembre de 2008.

Así, relató que es inquilino del local ubicado en la planta baja, sótano y primer piso del inmueble sito en la avenida ... de esta Ciudad, donde explota un comercio dedicado a la fabricación, compra y venta de ropa informal confeccionada de lencería blanca, mantelería, textil en general, pieles, el que se encuentra habilitado desde el año 1994.

Sostuvo que ese día, siendo aproximadamente las 16:40 horas, se encontraba dentro del local junto a otras personas y unos quince clientes que estaban realizando compras. En esas circunstancias, refirió que escuchó el sonar de sirenas y al levantar la vista observó que por la calle Carlos Calvo avanzaban dos móviles policiales en dirección este-oeste. El primer patrullero traspuso sin inconvenientes la avenida Entre Ríos, en tanto el segundo móvil inició el cruce de esta y habiendo traspasado una buena parte colisionó con un vehículo particular que circulaba de sur a norte por la citada arteria.

A raíz de la colisión, ambos rodados se desviaron de su línea de marcha y avanzaron en dirección al local, por lo que el actor pudo advertirles a las personas que se hallaban dentro que corrieran hacia el fondo, desde donde vieron como el móvil policial se estrellaba contra la puerta y el frente del establecimiento, rompiendo los vidrios y la puerta, mientras el otro vehículo chocaba contra la vidriera derecha del frente del local, ocasionando perjuicios.

El pronunciamiento de grado desestimó la demanda contra Javier Eduardo Cuba Aguirre, contra el Estado Nacional, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos —Policía Federal Argentina— y contra Caja de Seguros SA, imponiendo las costas al restante co-demandado Adrián Alfredo Rinaldi y a su aseguradora "Mapfre Argentina Seguros SA". Por otra parte, rechazó la defensa de falta de legitimación activa deducida por Adrián Alfredo Rinaldi, con costas a cargo de este último. Asimismo, desestimó el pedido de sanciones por temeridad que efectuara el actor contra el co-demandado Rinaldi, imponiendo las costas por su orden. Finalmente, admitió la pretensión dirigida contra Adrián Alfredo Rinaldi y su aseguradora "Mapfre Argentina Seguros SA" —esta última en los términos del art. 118 de la ley 17.418—, a pagar a Raúl Daniel Joaquín la cantidad de $178.000, con más sus intereses y las costas del proceso.

Apelaron el actor, el co-demandado Rinaldi y su aseguradora, expresando los respectivos agravios que fueron oportunamente respondidos.

II. Ante todo, cabe ponderar que dada la fecha de la ocurrencia del hecho, tanto la responsabilidad como las consecuencias derivadas de ella deben ser analizadas en orden a las previsiones contenidas en el anterior Cód. Civil (conf.: art. 7 del Cód. Civ. y Comercial, ley 26.994, esta Sala en autos caratulados: "Benítez, Pamela L. N. c. Arrieta, Roberto S. y otros s/ daños y perjuicios" sentencia del 15 de diciembre de 2015).

Cabe recordar que tratándose de accidente de tránsito, la misión del juzgador, quien no ha presenciado el hecho, consiste en reproducir, de acuerdo con las probanzas aportadas, la forma en que verosímilmente aquel pudo acaecer, para dilucidar en función de ello, la responsabilidad que pudiera caber a los intervinientes. El juez, excepcionalmente puede lograr una certeza absoluta sobre la forma en que el hecho ocurrió, pero es suficiente, para fundamentar su decisión, haber alcanzado la certeza moral, no ya la absoluta, acerca de la verdad (conf.: CNCiv., Sala K., mayo 29/ 1999 "Retamales Gallardo, Sócrates c. Zucarelli Hugo, A. y otro s/ daños y perjuicios").

Destaco también que no es obligación de los jueces hacerse cargo de la totalidad de las alegaciones formuladas, pudiendo desechar aquellas que considere innecesarias o inconducentes en relación con el objeto del proceso (conf. CSJN, Fallos: 250:36; 302:253; 304:819, entre muchos otros; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal...", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, T. 4, p. 406 y sus citas; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal...", Astrea, Buenos Aires, 1993, T. 1, p. 620), centrándose solo en las que sean decisivas (conf.: Colombo, Carlos J., y Kiper, Claudio Marcelo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado", Buenos Aires, LA LEY 2006, T. II, p. 167; CSJN abril 29-1970, LA LEY, T. 139, p. 617; ídem, agosto 27-1971, LA LEY, T. 144, p. 611; Fallos: 296:445; 297:333; 304:451; 304:819, entre muchos otros).

En primer término, habré de examinar las quejas del accionado y su aseguradora que intentan cuestionar la decisión de la juzgadora en cuanto atribuyó la responsabilidad exclusiva al conductor —Rinaldi— del vehículo particular marca Ford Orion. Sobre este aspecto, anticipo desde ya que las argumentaciones que se ensayan no logran conmover las sólidas y precisas consideraciones formuladas en el pronunciamiento recurrido. En efecto, el actor, en ocasión de producirse el siniestro, fue un sujeto ajeno a la intervención de los vehículos que colisionaron, por lo cual demandó a sus intervinientes sin obligación alguna de indagar sobre su mecánica.

Los apelantes insisten en sostener que no se encontraría acreditado que el patrullero que intervino en la colisión hubiese utilizado las sirenas y el encendido

de las balizas correspondientes, así como tampoco que estuviese en una situación de emergencia.

Al respecto cuadra recordar que el propio actor —tercero ajeno al siniestro— en su escrito inicial indicó en forma expresa haber advertido la situación imperante por el sonar de las sirenas que utilizan los vehículos pertenecientes a la Policía Federal. Es más, señaló que, al levantar la vista, observó a los móviles policiales que circulaban por la calle Carlos Calvo de este a oeste y que el primer rodado traspuso la avenida sin inconvenientes y el segundo colisionó con otro vehículo que circulaba por la avenida Entre Ríos, de sur a norte (véase fs. 96 vta.).

Por otra parte, y en relación a que no estaría acreditada la situación de emergencia, lo cierto es que esa afirmación se encuentra desvirtuada a través de la declaración del Subinspector Oscar Mariano Giglio (véase fs. 1/2 de la causa penal que corre por cuerda y tengo a la vista) —quien relató que en ocasión en que se encontraba cumpliendo servicio ordinario en calidad de Jefe del Servicio del cuarto IV—, oyó por modulación de frecuencia "trunking" de la División de Comando Radioeléctrico que el personal policial de la Comisaría había sufrido un accidente automovilístico en la intersección de la avenida Entre Ríos y Carlos Calvo en ocasión en que respondían en prioridad a un desplazamiento encomendado por la División referida a la calle ... a fin de verificar detonaciones de arma de fuego.

A fs. 42/43 de las mismas actuaciones obra la declaración del Subinspector Sergio Sebastián Marciano. Si bien no se me escapa que el deponente se encontraba a bordo del móvil policial que colisionó con el vehículo particular —cuyo chofer era el sargento Cuba Aguirre—, lo cierto es que la descripción del cruce que efectuara de la avenida Entre Ríos, así como que llevaba la sirena y balizas encendidas, fue corroborado por testigos que también declararon en la causa penal.

Así, obsérvese que a fs. 53 vta. declaró V. C. quien dijo que al momento de ocurrir el siniestro se hallaba atendiendo al público en el kiosco ubicado en la avenida ..., local 3, destacando que oyó la sirena del móvil policial que circulaba por la calle Carlos Calvo previo al siniestro, llegando a ver que los vehículos sobre la avenida referida estaban detenidos como a la espera de que cruzara el patrullero. Este relato reafirma los dichos de Subinspector Marciano —mencionado más arriba— en cuanto destacó en su exposición "que la totalidad de los vehículos que venían por la avenida, de su mano izquierda, detienen la marcha, otorgándole paso, por lo que el móvil policial retoma su recorrido a una marcha moderada, llegando a ver el testigo, que el último carril de la mano izquierda de la Avda. Entre Ríos se encontraba libre y en momentos en que estaban por finalizar el cruce de esta, siente en forma repentina un fuerte golpe. Producto del choque el móvil policial realiza varios trompos, terminando sobre la vereda de la mano derecha, impactando sobre la vidriera de un local en la ochava de la intersección (véase fs. 42/43). La testigo C. también refirió que el móvil policial tenía las balizas encendidas.

A su vez, a fs. 74/74 vta. E. V. —que estaba caminando por la vereda izquierda de la calle Carlos Calvo— dijo haber visualizado por la calle referida a dos patrulleros con sirena; que el primero de ellos cruzó la avenida Entre Ríos y cuando el segundo también lo hizo, apareció por la izquierda de la citada avenida un automóvil bordó, escuchando una fuerte frenada y luego el impacto contra el móvil policial. En forma concordante también declaró a fs. 79/79 vta. L. G. P. —quien caminaba por la avenida Entre Ríos y pudo observar el siniestro— destacando que el móvil policial llevaba las balizas encendidas.

Como se ve, a través de la prueba antes ponderada no cabe ninguna duda —tal como lo hizo la juzgadora— que se encuentra suficientemente acreditado que el vehículo policial circulaba por la calle Carlos Calvo en situación de emergencia encomendada por la División de Comando Radioeléctrico hacia un objetivo determinado —...—, mediante la utilización de sirena y balizas de advertencia tanto para los transeúntes como para los automóviles. Adviértase que, en el caso, incluso los rodados que circulaban por la avenida Entre Ríos se encontraban detenidos dando paso a los móviles policiales. Ello demuestra la conducta imprudente y desatenta adoptada en tal situación por el conductor Rinaldi al intentar el cruce de la bocacalle haciendo caso omiso a la presencia del móvil policial que —como se dijo— era anunciada a través de la sirena y baliza correspondientes; más aún cuando, incluso, tampoco parece haber advertido que los demás rodados que circulaban por la avenida se hallaban detenidos cediéndole el paso al vehículo oficial.

Por otro lado, obsérvese que de la pericia técnica llevada a cabo por la Prefectura Naval Argentina —a través del licenciado Schmidt— surge que se trató de una embestida perpendicular posterior que se produce cuando una unidad colisiona con otra en uno de sus laterales y el ángulo que forma entre sus ejes es de 90°. Concluyó que el automóvil Ford Orion revistió el carácter de embestidor y el móvil policial de embestido y que la velocidad mínima probable en los pre-momentos del accidente alcanzaría los 61 km/h (véase fs. 57/59 de la causa penal).

A fs. 641/649 de estas actuaciones obra la pericia mecánica en la que el experto designado de oficio, señaló en forma concordante con la realizada en

sede penal que el automóvil particular embistió con su parte frontal, la parte media y trasera del lateral izquierdo del móvil policial. Si bien coincide que la velocidad del Ford Orion antes del accidente alcanzaría los 61 km/h, lo cierto es que en las explicaciones de fs. 771/772 indica que en un choque entre rodados, al deformarse su estructura, hay un consumo de energía que habría que adicionarle a la velocidad. De allí que puede concluirse que circulaba a una velocidad superior a los 65 km/h.

Como se ve, entonces, tampoco la velocidad a la que el accionado intentó en cruce era la apropiada ya que excedía el límite que la ley de tránsito le permitía (ya que la máxima era de 60km/h; art. 51 inc. 2 de la ley 24.449).

En suma, resulta claro que no puede responsabilizarse al conductor de un móvil en emergencia que, accionando las señales auditivas y luminosas reglamentarias, embiste a otro rodado, porque ello implicaría la derogación de la prioridad de paso de la cual gozan aquellos vehículos y que no resulta respetada por quien intercepta su marcha (conf.: art, 61 de la ley de tránsito).

Propicio resulta recordar que en ocasiones de emergencia —como la que aquí se examina— los restantes rodados deben facilitar su paso para que puedan cumplir la situación de urgencia que se presentaba. Insisto, el co-demandado Rinaldi que circulaba por la avenida Entre Ríos intentó el cruce de dicha arteria omitiendo atender las contingencias del tránsito y a una velocidad que tampoco era la adecuada en situaciones normales ya que lo hacía a más de 60k/h. Es decir, no atendió a la sirena y baliza del móvil policial que atravesaba la avenida y tampoco detuvo su marcha como el resto de los rodados.

En función de ello, habré de propiciar el rechazo de los agravios y, en consecuencia, la confirmación de este aspecto de la sentencia.

III. La actora se queja de que la juzgadora no habría reconocido su legitimación para reclamar los daños y perjuicios ocasionados en el local comercial que explota en el local "I" denominado "Tabatha", ubicado en la ..., de esta Ciudad.

Sin embargo, de la lectura del considerando VI y del punto 2 de la parte dispositiva del pronunciamiento surge precisamente lo contrario, esto es, que la juzgadora reconoció su legitimación activa para promover la acción, a tal punto que desestimó la defensa articulada por el co-demandado Rinaldi a quien, además, le impuso las costas. De allí que no corresponda efectuar ninguna otra consideración con relación a esta cuestión.

IV. La juzgadora fijó en concepto de tratamiento psicológico la cantidad de $6.000. La actora se queja por considerar exigua dicha suma, mientras la demandada considera improcedente dicho rubro y, en subsidio, pide su reducción.

La pericia psicológica obrante a fs. 466/472 da cuenta de que el actor presentó un cuadro de estrés postraumático por haber estado expuesto a un acontecimiento traumático caracterizado por amenazas a su integridad física, al cual responde con temor, en sueños, sensaciones y malestar psicológico intenso al exponerse a estímulos internos o externos que simbolizan o recuerdan un aspecto de aquel, con alteraciones y un malestar o deterioro social, laboral y de otras áreas de la actividad del individuo.

Si bien la experta concluyó que se podría sostener que padece de una leve incapacidad, en ningún momento indicó que dicha dolencia fuese permanente, por lo que la juzgadora —con todo acierto— entendió que era meramente transitoria. Es más, el propio actor se limitó a reclamar el gasto que le habría de ocasionar la realización de una terapia (véase punto 5 de fs. 58 vta./59).

De más está decir que el cuestionamiento de la demandada a la procedencia de la terapia que recomendó la facultativa resulta a todas luces injustificada, si se tiene en cuenta que la dolencia padecida tiene su causa en el siniestro de autos.

Por tanto, cabe admitir la realización de un tratamiento psicológico breve —tal como lo estimó la experta—, durante un lapso de tres meses y con una frecuencia de una sesión semanal (véase fs. 472). En relación con el costo de la terapia, atento el criterio de esta Sala ($1.000 por sesión), propicio incrementar el rubro en examen a la suma de $12.000 (conf. art. 165 del Cód. Procesal).

V. La sentencia estableció en concepto de daño moral la cantidad de $10.000. El actor solicita su incremento y la demandada su reducción.

Como es sabido, la fijación de este rubro es de dificultosa determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados hallándose así sujeto su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante, en función de los distintos precedentes de la Sala.

La índole de las afecciones psíquicas padecidas por el actor ya ponderadas, como la vivencia del hecho

traumático sucedido en el local comercial en el cual, a raíz del choque de los rodados estos impactaron en el frente y vidriera de aquel, con el consiguiente peligro para él, sus empleados y clientes que se encontraban allí en ese momento, son demostrativas de la pérdida del sentimiento de tranquilidad y seguridad que debió padecer, lo que me lleva a propiciar se eleve este rubro a la cantidad de $30.000.

VI, la juzgadora fijó en concepto de daños materiales la cantidad de $160.200 y de $2.200 por reposición de maniquíes. La actora se queja por considerar reducidas dichas sumas. Por su parte, la demandada la encuentra elevada.

Debe señalarse que los importes admitidos en la sentencia fueron determinados en función de los comprobantes de gastos de reparaciones, materiales y mano de obra que adjuntara el propio reclamante. A esos fines, también resultó relevante la pericia realizada por el ingeniero designado de oficio (fs. 680/682). Allí el experto describió en forma precisa las tareas que eran necesarias para reparar las partes afectadas por el siniestro. Asimismo, también efectuó un detalle del valor de los materiales necesarios para efectuar los trabajos, concluyendo que el monto ascendía a la cantidad de $160.200, que es la cifra admitida por la juzgadora con más los $2.200 en concepto de reposición de maniquíes.

De allí, entonces, que las objeciones y disconformidades que expresan las partes, no pasan de ser más que meras disconformidades con las conclusiones del experto que fueran aceptadas por la juzgadora de acuerdo a lo prescripto por el art. 477 del Cód. Procesal. Ninguna de las argumentaciones que formulan los apelantes logran desvirtuar las conclusiones del facultativo y, por ende, de la decisión en que se fundó la juzgadora para fijar el resarcimiento. Por ello, habré de propiciar la confirmación de la sentencia en este punto.

VII. El actor también cuestiona que la juzgadora haya desestimado el resarcimiento en concepto de lucro cesante.

Como he señalado en anteriores pronunciamientos, la indemnización por lucro cesante está referida a las ganancias dejadas de percibir a consecuencia del accidente. Asimismo, debe tenerse presente que este rubro, para ser admitido, requiere una prueba concreta de las pérdidas experimentadas o por lo menos el aporte de datos que permitan presumirlas de modo fidedigno. Ello quiere decir que debe haber certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño y que este no puede ser eventual o hipotético (conf.: esta Sala en causa libre N° 311.589 del 15/05/2001).

En la especie, las argumentaciones que ensaya el apelante no logran conmover el fundamento central de la juzgadora para decidir de la manera en que lo hizo, esto es, que no acreditó de manera alguna los ingresos que pudo haber dejado de percibir, siendo insuficiente a esos fines, la prueba testimonial a que hace referencia. De allí que habré de propiciar la desestimación de los agravios y, en consecuencia, la confirmación de la sentencia en este aspecto.

VIII. Dispuso la sentencia que los intereses correrán desde la producción del perjuicio y hasta su pago a la tasa activa prevista en el plenario "Samudio de Martínez", con excepción de los gastos futuros, que correrán a partir de que quede firme el fallo y de los daños materiales que lo harán desde la fecha de la pericia (31/12/2016).

El actor cuestiona la fecha de inicio del cómputo por los daños materiales, y la demandada requiere se modifique la tasa activa fijándose una inferior.

En lo atinente a la tasa aplicable corresponde señalar que esta Sala, por unanimidad, sostiene, desde lo resuelto con fecha 14/02/2014 en los autos "Zacañino, Loloir Z. c. AYSA s/ daños y perjuicios" (Expte. N° 162.543/2010,), que debe computarse la tasa activa, cartera general (préstamos) nominal vencida a treinta días, del Banco de la Nación Argentina, conforme lo previsto en la doctrina plenaria sentada en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios del 20 de abril de 2009, desde la producción del hecho y hasta la fecha del efectivo pago.

En su mérito, corresponde modificar los intereses respecto de los daños materiales, que correrán desde el hecho y hasta el pago a la tasa activa de referencia.

Por todo lo expuesto, si mi voto fuese compartido, propongo que se confirme la sentencia en lo principal que decide, modificándosela en cuanto al costo de la terapia y el daño moral, que se incrementan a $12.000 y $30.000, respectivamente. Asimismo, se modifican los intereses respecto del rubro daños materiales conforme los lineamientos establecidos en el considerando VIII. Las costas de alzada se imponen a la parte demandada que resulta sustancialmente vencida.

Por razones análogas a las aducidas por el doctor *Posse Saguier*, los doctores *Galmarini* y *Zannoni* votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia en lo principal que decide, modificándosela en cuanto al costo de la terapia y el daño moral, que se incrementan a $12.000 y $30.000, respectivamente. Asimismo, se modifican los intereses respecto del rubro daños materiales conforme los lineamientos establecidos en el considerando VIII. Las costas de alzada se imponen a la parte demandada que resulta sustancial-

mente vencida. Pasen los autos a estudio por honorarios. Notifíquese. Devuélvase. *Eduardo A. Zannoni. —Fernando Posse Saguier. —José L. Galmarini.*

RESPONSABILIDAD DE LAS LÍNEAS AÉREAS

Vuelo cancelado por una medida de acción gremial. Familia que tiene que permanecer cinco días más en el extranjero. Daño material y daño moral.

> Es indudable que como consecuencia de la cancelación del vuelo los actores debieron hacer frente con su patrimonio a gastos básicos. Estos daños materiales surgen del curso natural y ordinario de las cosas. La prudencia lleva a ponderar, con delicadeza y cautela, un conjunto de circunstancias que proporcionan bases indiciarias útiles, como podrían ser las erogaciones realizadas en hospedaje, traslados, llamadas telefónicas, en comidas, gastos en tintorería y lavandería, extensión de asistencia médica. Corresponde elevar el monto otorgado para el rubro daño material a la cantidad de catorce mil pesos para cada uno de los actores **[1]**.

CNFed. Civ. y Com., sala II, 11/02/2021. - A., S. G. y otros c. Tam Linhas Aereas SA s/ incumplimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/142/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 04/05/2017, "Damiani, Jorge Claudio c. Delta Airlines Inc. s/ incumplimiento de contrato", La Ley Online, AR/JUR/30958/2017.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Causa N° 6653/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 11 de 2021.

El doctor *Gusman* dijo:

I. Los señores S. G. A. y L. R. se presentaron, por derecho propio y en representación de sus hijas menores de edad D. A. R., J. A. R. y R. A. R., iniciando demanda por daños y perjuicios contra la empresa aérea Tam Linhas Aereas SA como consecuencia del incumplimiento del contrato de transporte concerniente al vuelo de regreso desde Brasil a la ciudad de Buenos Aires previsto para el día 05 de abril de 2017 y cancelado por una medida de acción gremial.

Expusieron que, el día 03 de abril de 2017, mientras se encontraban vacacionando en Brasil, recibieron un correo electrónico de la demandada en el cual se les informaba que su vuelo, que cubría el trayecto Recife-Brasilia y Brasilia-Ezeiza, había sido intempestivamente cancelado. Destacaron que la compañía no les brindó ningún tipo de información respecto de los motivos de la cancelación, solo que debían dirigirse a la sección "Mis Viajes" de Latam.com para conocer las nuevas opciones de vuelo. Agregaron que, al ingresar al sitio web, no había opción alternativa de vuelo por lo que debieron comunicarse con el contac center de la compañía aérea, lo cual les resultó extremadamente dificultoso. Concluyen que la demandada nunca les ofreció ninguna alternativa de vuelo y que la única oferta disponible era un vuelo el día 10 de abril de 2017 con conexiones en San Pablo y Santiago de Chile, el cual debieron adquirir.

Finalmente, agregan que durante todo ese período la aerolínea no cubrió los servicios de alojamiento, asistencia ni los gastos en comidas que debieron ser solventados por su parte.

Por ende, a fin de obtener el pago de una indemnización adecuada para restañar los perjuicios, los actores promovieron la demanda de autos, reclamando el pago de 800 Derechos Especiales de Giro en concepto de gastos equivalentes a $23.464 por cada accionante y 1600 Derechos Especiales de Giro por daño moral equivalentes a la suma de $46.928 por pasajero (ver fs. 49).

La demanda fue resistida en los términos que da cuenta la contestación obrante a fs. 84/90 vta.

II. En el pronunciamiento de fs. 197/203 vta., el Señor Juez de primera instancia hizo parcialmente lugar a la demanda, condenando a Tam Linhas Aéreas SA a pagar a la parte actora la suma de pesos cuarenta mil ($40.000), con más los intereses que se devengaran a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde la fecha de la notificación de la demanda (29/05/2018, conf. fs. 55 vta.) hasta el momento de su efectivo pago y las costas del juicio (art. 68 del Cód. Procesal).

Para decidir de ese modo, tuvo por acreditada la responsabilidad de la compañía de aviación Tam Linhas Aéreas SA y fijó los montos de los perjuicios resarcibles en las sumas de $5.000 en concepto de daño material y $10.000 por agravio moral para S. G. A. y L. R., respectivamente. Finalmente, a las hijas menores de edad les otorgó en concepto de daño moral la suma de $4.000 para la co-actora D., $3.000 para J. y $3.000 para R. A su vez, dispuso que el capital de condena tendrá la limitación prevista en el artículo 22 del Convenio de Montreal de 1999, con exclusión de los intereses.

III. La sentencia referida motivó la apelación articulada por la parte accionante a fs. 210/217, quien expresó agravios a fs. 225/229 vta., los que merecieron la réplica de la demandada a fs. 231. Por su parte, la compañía demandada apeló a fs. 206, pero su recurso fue declarado inadmisible, conforme surge de la resolución obrante a fs. 223/224.

Las quejas que las accionantes traen a estudio y decisión de esta Alzada tienen que ver con: a) La reducida suma dispuesta por el Magistrado para compensar el daño material. En apoyo a su postura, transcribe distintos precedentes de esta Cámara y hace especial mención respecto al régimen indemnizatorio consagrado en el Convenio de Montreal de 1999. En tal sentido, solicita que se readecuen los montos en razón de que, al momento de iniciar la demanda, la indemnización fue solicitada en Derechos Especiales de Giro convertidos a pesos al momento del dictado de la sentencia y b) En lo relativo al agravio moral, corresponde la elevación del monto reconocido por el *a quo* pues no guarda relación con el perjuicio sufrido.

Median, también, recursos interpuestos por los letrados intervinientes contra los honorarios regulados en la instancia de grado (conf. fs. 206 y 218) los que, de encontrarse en condiciones, serán examinados por la Sala en conjunto al finalizar el Acuerdo.IV. En primer término, cabe señalar que en autos no se encuentra cuestionada la procedencia del reclamo en tanto no ha sido materia de agravio la responsabilidad atribuida a la aerolínea demandada. Lo único pendiente de resolver son los agravios dirigidos a cuestionar la cuantía de los rubros indemnizatorios.

Antes de esa faena, corresponde realizar una breve aclaración relativa al modo en que fueron solicitados los ítems indemnizatorios. En este sentido, cabe mencionar que en el escrito de demanda, los actores reclamaron el daño moral sufrido y los gastos materiales sin precisar la suma, solicitando que al momento de dictar la sentencia y conforme a las facultades de los arts. 163 y 165 del Cód. Procesal, el Tribunal establezca el monto indemnizatorio (ver fs. 43).

Montreal de 1999 que fija indemnizaciones en derechos especiales de giro como monto del reclamo en pesos de acuerdo a la cotización de 1600 Derechos Especiales de Giro asciende a $46.928 por pasajero conforme surge de la página web http://www.convertme.com/es/convert/currency/XDR.html por daño moral y para el rubro de gastos se reclama la suma de 800 derechos especiales de giro asciende a $23.464 por pasajero y/ o en lo que más o en menos establezca de acuerdo a los parámetros de los arts. 163 y 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación" (sic, conf. fs. 49).

Aclaradas las circunstancias fácticas, pasaré a analizar los agravios referidos a los gastos en los que debieron incurrir los señores S. G. A. y L. R.

La prudencia lleva a ponderar, con delicadeza y cautela, un conjunto de circunstancias que proporcionan bases indiciarias útiles, como podrían ser las erogaciones realizadas en hospedaje, traslados, llamadas telefónicas, en comidas, gastos en tintorería y lavandería, extensión de asistencia médica, etc. Al respecto, la parte actora acompañó al inicio de la demanda copia del resumen de cuenta de la tarjeta Santander Río Visa que informa algunos gastos que debieron realizar en alojamiento, comida, etc. Asimismo, adjuntó copia de recibos relacionados con hospedaje en "Enotel - Hotels & Resorts", llamadas telefónicas, estacionamiento en el Aeropuerto de Ezeiza y diversas erogaciones (ver fs. 14/19). Por otra parte, la prueba informativa de fs. 107/150 dirigida al Banco Santander Río corrobora los consumos efectuados en Brasil durante las fechas en las que debieron quedarse como consecuencia de la cancelación de su vuelo de regreso.

Cabe señalar sobre el punto que los demandantes reclaman las erogaciones en las que debieron incurrir debido al incumplimiento de la contraria. En este sentido, ante la absoluta indiferencia de Latam que se ha constatado en la causa, es indudable que como consecuencia de la cancelación del vuelo los actores debieron hacer frente con su patrimonio a gastos básicos. Estos daños materiales surgen del curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 del Cód. Civil y actual art. 1727 del Cód. Civ. y Comercial) y, en buena medida, de las constancias acompañadas a fs. 14/19.

Por ello, si bien es cierto que no se encuentran identificadas con absoluta precisión las sumas que debieron abonarse ni se adjuntan facturas o recibos que acrediten todos los gastos que efectuaron, de todos modos, dicha omisión no constituye óbice alguno para la procedencia y cuantificación del rubro. Ello por cuanto no parece discutible que durante los cinco días que debieron quedarse en Brasil, los actores debieron alimentarse, realizar llamadas tanto a la compañía aérea para reprogramar su viaje como a su familia, efectuar gastos en lavandería, actividades de ocio, hospedaje, entre otras.

En tales condiciones, ponderando la extensión de la permanencia en Brasil reconocida en la anterior instancia y que no ha merecido agravio alguno, evaluando las distintas probanzas adunadas a la causa pero también haciendo uso de las atribuciones concedidas en el art. 165 del Código Procesal, corresponde elevar el monto otorgado para el rubro daño material a la cantidad de catorce mil pesos ($14.000) para cada uno de los actores S. G. A. y L. R.

V. Corresponde abordar el agravio de la parte actora referido a la cuantificación otorgada para resarcir el rubro indemnizatorio "daño moral", el que peticionan que sea elevado.

Cabe señalar que, en materia contractual, para el reconocimiento del daño moral el Juez debe ponderar su procedencia en atención al hecho generador y a las particulares circunstancias del caso (conf. art. 522 del Cód. Civil y actual art. 1738 y 1740 del Cód. Civ. y Comercial), siendo necesaria la constatación de molestias o padecimientos que hieren las afecciones legítimas de la víctima. Es decir, que excedan la mera contrariedad por la frustración de la relación convenida y esperada (conf. esta Sala, causa N° 2788/2016 "Bonifacio, Horacio R. y otro c. Societe Air France SA s/ incumplimiento de contrato" del 22/09/2020), pues la finalidad del rubro no es engrosar la cuantía de la indemnización por daños materiales, sino mitigar, mediante una "compensación de bienes", los males o las heridas causados a las afecciones más estrechamente ligadas a la dignidad y a la plenitud del ser humano (conf. Sala I, causa N° 16.407/03, del 29/03/2007).

Ahora bien, hay acuerdo en considerar que el daño moral es de difícil cuantificación, dado que las perturbaciones anímicas quedan en el fuero íntimo del damnificado. Sin embargo, la magnitud de los hechos y la índole de las lesiones constituyen elementos objetivos que permiten determinar una cantidad indemnizatoria. Esto no soluciona el dilema del juzgador ante la disyuntiva de evaluar cuánto sufrió la víctima. Por ello se sostiene que la cuantificación del resarcimiento queda sometida más que en cualquier otro supuesto al prudente arbitrio judicial y que la víctima debe arrimar elementos que convenzan al Juez de la existencia del daño extrapatrimonial, de la alteración disvaliosa del espíritu; del dolor, sinsabores o sufrimientos; amarguras o desazones (confr. Jorge Mosset Iturraspe y Miguel Piedecasas, "Código Civil Comentado, Doctrina -Jurisprudencia - Bibliografía, Responsabilidad Civil", arts. 1066/1136, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, ps. 113/113 vta.).

Desde esta perspectiva, considero que las circunstancias de esta causa han evidenciado una angustia que supera los parámetros de lo tolerable. En este sentido, no tengo dudas respecto a que la falta de comunicación con debida antelación por parte de Latam sobre la cancelación del vuelo, la falta de contención en el operativo de alojamiento en un hotel como así también el hecho de que los accionantes no pudieron disponer libremente del propio tiempo y decidir en qué lugar estar por un plazo de cinco días por una conducta imputable a la demandada, justifican la elevación de la suma fijada en la anterior instancia. Ello así pues, no se puede soslayar que tal situación les generó, además de las molestias obvias, un estado de incertidumbre y zozobra por no saber cuándo iban a poder regresar a su hogar y que tal situación se vio empeorada al tener la plena certeza de que ya no podrían cumplir con sus tareas habituales. Recuerdo que el regreso recién pudo realizarse cinco días después de la fecha programada. Más todavía los padres, que a su propia situación de incertidumbre debieron sumar el esfuerzo de intentar contener a sus tres niñas, más propensas a angustiarse en razón de su inexperiencia y edad.

Sobre tales bases, tratándose de daños que son consecuencias naturales del incumplimiento, en razón de las facultades que me confiere el art. 165 del Cód. Procesal, considero que la cuantía por este concepto debe elevarse a la suma de veinticinco mil pesos ($25.000) para cada uno de los progenitores y en la suma de seis mil quinientos pesos ($6.500) para L. y en suma de cinco mil pesos ($5.000) para J. y R.

VI. En mérito a lo expuesto, propongo hacer lugar al recurso de la parte actora y modificar la sentencia de fs. 197/203 vta. en cuanto a la indemnización del daño material, elevándola para S. G. A. y L. R. a la suma de catorce mil pesos ($14.000) para cada uno y la del ru-

bro daño moral, en la suma de veinticinco mil pesos ($25.000) para cada uno de los progenitores y en la suma de seis mil quinientos pesos ($6.500) para L. A. R., cinco mil pesos ($5.000) para J. y cinco mil pesos ($5.000) para R. A. R. Asimismo, imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68, primera parte, Cód. Procesal).

Los doctores *Recondo* y *Gottardi* por razones análogas a las expuestas por el doctor *Gusman* adhieren al voto que antecede.

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Sala resuelve: a) Hacer lugar al recurso de la parte actora y modificar la sentencia de fs. 197/203 vta. en cuanto a la indemnización del daño material, elevándola para S. G. A. y L. R. a la suma de catorce mil pesos ($14.000) para cada uno y la del rubro daño moral, en la suma de veinticinco mil pesos ($25.000) para cada uno de los progenitores y en la suma de seis mil quinientos pesos ($6.500) para L. A. R., cinco mil pesos ($5.000) para J. y cinco mil pesos ($5.000) para R. A. R.; b) Las costas de Alzada se imponen a la demandada vencida (art. 68, primera parte, Cód. Procesal) y c) Asimismo, se dejan sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado (art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), difiriéndose la estimación de los estipendios para el momento en que obre en autos liquidación aprobada con participación de las partes interesadas, conforme las pautas de esta sentencia. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Alfredo S. Gusman. — Eduardo D. Gottardi. — Ricardo G. Recondo.*

PROCESO DE DAÑOS

Jurisprudencia

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Hombre que es intervenido luego de un accidente laboral. Artroscopía. Condena fundada en el incumplimiento del deber de información. Ausencia de reclamo en la demanda. Revocación de sentencia.

1. — En la demanda no se reclamó por el supuesto incumplimiento de la obligación de información, ni tampoco se demandaron daños causalmente vinculados a esa supuesta inejecución. Por consiguiente, la decisión que condena con fundamento en la falta de información (pero que, por añadidura, tampoco vincula los daños que manda indemnizar con esa específica inejecución) vulnera el principio de congruencia, y por ese motivo corresponde acoger los agravios de los emplazados, revocar la sentencia recurrida, y rechazar la demanda.

2. — La obligación de informar al paciente es distinguible de la obligación principal que asumen los nosocomios y los profesionales de la salud, consistente en prestar cuidados médicos de acuerdo con las reglas del arte. Bien podría cumplirse una e incumplirse la otra, como sucedería en el caso de un cirujano que opera correctamente a su paciente, pero omite informarle acerca de un riesgo normalmente asociado a esa práctica, que sobreviene luego de la intervención. O viceversa, si el cirujano ha informado correctamente al paciente, y obtenido su consentimiento, pero es negligente al practicar la operación y con ello le produce un perjuicio. Tratándose de obligaciones distintas, también lo serán las consecuencias de su posible violación.

3. — En la prestación médica enderezada a asistir al paciente no se garantiza la recuperación del asistido, sino el adecuado tratamiento. El profesional se obliga a utilizar los medios propios de su ciencia y de su arte, más no puede ofrecer el resultado óptimo de la curación sin secuelas. Se adquiere el compromiso de atender al paciente con prudencia y diligencia (del voto del Dr. Li Rosi).

CNCiv., sala A, 15/12/2020. - K., V. c. A., A. s/ daños y perjuicios – resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: AR/JUR/73341/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 15 de 2020.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Picasso* dijo:

I. La sentencia de fs. 595/610 hizo lugar a la demanda incoada por V. K. contra A. A., Sociedad Española de Beneficencia, Medilaes SA y Federación Patronal Seguros SA, (esta última, en los términos del art. 118 de la ley 17.418, y en la medida del seguro), y condenó a todos ellos a abonar al primero, dentro del plazo de diez días, la suma de $350.000, con más intereses y costas. Asimismo, desestimó la demanda entablada por V. K. contra Liberty ART SA (actualmente, Swiss Medical Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA), con costas a los vencidos.

El pronunciamiento fue apelado por el actor, quien fundó sus críticas el 09/09/2020. Esta presentación fue contestada por Medilaes SA el 15/09/2020, por Swiss Medical Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA el 17/09/2020, y por A. A. el 20/09/2020. A su vez, este último, y Federación Patronal de Seguros SA, expresaron agravios el 17/09/2020 y el 18/09/2020, respectivamente, los que fueron respondidos por el demandante el 01/10/2020. Por último, Medilaes SA alzó sus quejas el 11/09/2020, las que fueron contestadas por Swiss Medical Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA el 21/09/2020, y por el actor el 01/10/2020. Todas las presentaciones fueron efectuadas de manera electrónica.

II. Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Cód. Procesal).

Asimismo aclaro que, al cumplir los agravios del actor, del demandado A. y de la citada en garantía la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 265 del Cód. Procesal, en aras de la amplitud de la garantía de defensa en juicio, y conforme al criterio restrictivo que rige en esta materia (Gozaini, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, LA LEY, Buenos Aires, 2006, T. II, p. 101/102; Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, T. I, p. 426), no propiciaré la sanción de deserción que postulan el demandante y los emplazados Swiss Medical Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y A.

Por otra parte creo menester poner de resalto que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, los hechos ventilados en el *sub lite* (y por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Cód. Civil derogado. Por consiguien-

te —y con excepción de ciertas normas puntuales de la nueva legislación que resultan inmediatamente aplicables, según se expondrá en cada caso—, la cuestión debe juzgarse a la luz de la legislación derogada, que mantiene ultractividad en este supuesto (art. 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación; vid. Roubier, Paul, Le droittransitoire. Conflit des loisdans le temps, Dalloz, Paris, 2008, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

III. El actor refirió en su demanda que el 04/07/2002, a las 9 hs., en circunstancias en que trabajaba como conductor de un taxi, procedió a correr el asiento delantero del acompañante y, como consecuencia de ello, sufrió un fuerte tirón en su hombro izquierdo y un intenso dolor. Concurrió a la guardia del Hospital Español, donde se le tomó una placa radiográfica, se le indicó reposo y antiinflamatorios no esteroides (AINE), se lo derivó a Liberty ART SA, quien decidió el seguimiento del actor en dicho nosocomio. Continuó diciendo el demandante que, tras un diagnóstico de ruptura subescapular y luxación de bíceps del hombro izquierdo, fue sometido a una artroscopía reconstructiva del hombro izquierdo, a cargo del cirujano A. A., y luego fue de derivado para efectuar sesiones de kinesiología. Refirió que, como continuó con el dolor y la limitación funcional, Liberty ART SA ordenó proseguir su atención en el centro médico ALPI, donde fue intervenido nuevamente en su hombro izquierdo por el Dr. N. F., operación esta que —según el actor— habría logrado la estabilidad del hombro, mas no pudo impedir las disfunción actual. Sostuvo el demandante que el Dr. A. no brindó un diagnóstico correcto, y omitió realizar una exploración del hombro a cielo abierto, y más amplia. Atribuyó la limitación funcional del hombro izquierdo, y el compromiso del nervio circunflexo, al actuar negligente del galeno.

A su turno, Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español realizó una negativa pormenorizada de los hechos relatados en el escrito inaugural. Señaló que actor fue internado en el nosocomio en virtud de una relación contractual que la unía con Medilaes SA Alegó que no hubo culpa de parte de los profesionales del hospital, ni relación causal de los presuntos daños con el accionar médico.

Por su parte, el Dr. A. reconoció que operó al Sr. K., aunque señaló que, si bien el procedimiento consistió en una artroscopía, también hubo una incisión deltopectoral a través de la cual se hizo la visión del hombro a cielo abierto. Sostuvo que, con posterioridad a la cirugía, se efectuó una ecografía, cuyo resultado fue normal. Finalmente, indicó que el diagnóstico y el procedimiento quirúrgico fueron correctos.

A su turno, Liberty ART SA señaló que puso a disposición del actor el tratamiento médico necesario y requerido por las lesiones sufridas a raíz del accidente laboral, de conformidad con la normativa impuesta por la ley 24.577. Añadió que la atención fue oportuna y correcta, y que las secuelas anatómicas y funcionales no fueron producto de una actuación negligente de los profesionales, sino que fueron consecuencia del infortunio.

Federación Patronal Seguros SA contestó la citación en garantía, y señaló que emitió en favor de Medilaes SA la póliza n° ... a favor del demandado A. También invocó el límite de la cobertura pactada y adhirió a la contestación de demanda que efectuó el galeno.

Por último, Medilaes SA contestó la citación de tercero solicitada por la demandada Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español y la citada en garantía. Expresó ser una empresa que se dedica a prestar servicios de medicina laboral para los trabajadores derivados por las aseguradoras de riesgos del trabajo y que, en dicho marco, Liberty ART SA derivó al actor al Hospital Español, a raíz de la existencia de un convenio celebrado con Sociedad Española de Beneficencia, a través del cual realizó la atención del paciente dentro de las dependencias e instalaciones de dicho nosocomio. Alegó que siempre actuó en forma diligente y en cumplimiento de las instrucciones de la ART y, en este sentido, indicó que se realizaron los estudios complementarios, las prácticas médicas y la cirugía indicada por los profesionales, y se siguió la evolución del paciente tendiente a obtener la adecuada rehabilitación del hombro; hasta que, por indicación de Liberty ART SA, aquel fue derivado a otro centro médico. Finalmente, adujo la falta de relación de causalidad entre las supuestas secuelas y la atención médica.

En su sentencia, el Sr. juez de grado —como ya lo señalé— admitió la demanda contra el médico A., pues, si bien no consideró acreditada negligencia en el acto operatorio, juzgó que el galeno no recabó acabadamente el consentimiento informado del actor, al no haberle detallado cabalmente los riesgos de la operación. Asimismo, hizo lugar a la demanda contra Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español y Medilaes SA, pues entendió que ellos deben responder objetivamente, en tanto deudoras de una obligación tacita de seguridad. Extendió la responsabilidad a Federación Patronal Seguros SA, en la medida del seguro y en los términos del art. 118 de la ley 17.418. En cambio, rechazó la demanda contra Liberty ART SA (actualmente, Swiss Medical Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA), al considerar que esta última acreditó el cumplimiento de sus obligaciones.

IV. Antes de abordar el tratamiento de los agravios relativos a la responsabilidad, es menester analizar el encuadre jurídico de la pretensión deducida contra cada uno de los demandados.

a) Encuadre jurídico de la responsabilidad de Liberty ART SA.

En primer lugar, entiendo que la eventual responsabilidad de la ART frente a los daños que puedan sufrir sus afiliados como consecuencia de una deficiente prestación de salud debe enmarcarse en la esfera contractual. Es que, como lo he señalado en otras oportunidades, a diferencia del modelo francés —que trata lo relativo a la responsabilidad contractual en su Libro Tercero, Título III, titulado "De los contratos o de las obligaciones convencionales en general", por lo que liga la idea de obligación a la de contrato, y carece por ende de una teoría general (autónoma) de las obligaciones—, el Cód. Civil argentino sigue otro derrotero, pues regula la llamada "responsabilidad contractual" en el marco de una teoría general de las obligaciones, estableciendo que estas pueden surgir de diversas fuentes (contractuales o no, art. 499), y sentando reglas comunes para el caso de incumplimiento (arts. 505, 509, 513, 514, 519 a 522 y concs.). Por ello la doctrina mayoritaria señala que basta con que el deber vulnerado constituya una verdadera obligación, cualquiera sea su fuente, para que estemos ante esa clase de responsabilidad (Llambías, Jorge J., Tratado de derecho civil. Obligaciones, Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I, p. 175, nota 21; Bueres, Alberto J., El acto ilícito, Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 66; Compagnucci de Caso, Rubén H., "Incumplimiento de un deber legal: ¿contractual o extracontractual?", LA LEY, BA, 2005, 15; DJ, 2005-1-636; Vázquez Ferreyra, Roberto A., Responsabilidad por daños, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 67 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge - Piedecasas, Miguel A. Responsabilidad contractual, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p.9 y ss.; Pizarro, Ramón D., Daño moral, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 169/171; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, p. 469; Bustamante Alsina, Jorge, "La responsabilidad delictual o aquiliana es de derecho común y la contractual de excepción", JA, 1989-IV-474; Wayar, Ernesto C., Tratado de la mora, Ábaco, Buenos Aires, 1981, p. 56. Alterini, Atilio A., Responsabilidad civil. Límites de la reparación civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 31 y 32).

En resumen, si —como queda dicho— el Cód. Civil argentino, a diferencia del francés, regula una teoría general de las obligaciones, cualquiera sea su causa, sentando reglas generales para su incumplimiento, no cabe sino concluir que la llamada "responsabilidad contractual" resulta en realidad aplicable a todos los supuestos en los que se infringe tal tipo de deber jurídico calificado, aun cuando no tenga por fuente un contrato (esta Sala, L. N° 571.184, del 23/02/2012; vid. asimismo mis trabajos La singularidad de la responsabilidad contractual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 29 y ss.; "El incumplimiento de las obligaciones contractuales. El problema de la ausencia de culpa y de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Obligaciones de medios y de resultado", en Ameal, Oscar J. (dir.) - Gesualdi, Dora M. (coord.), Derecho Privado, libro en homenaje al profesor Dr. Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 1097 y ss., y "Perfiles actuales de la responsabilidad contractual", Foro de derecho mercantil, n° 17, Bogotá, octubre-diciembre de 2007). Contrariamente, allí donde no se vulnere una obligación preexistente, la responsabilidad será de índole extracontractual.

En el caso de las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo, nos encontramos con un plexo legal —con eje en la ley 24.557— que regula su funcionamiento y establece diversas obligaciones (otorgar a los trabajadores asistencia médica y farmacéutica, prótesis y ortopedia, rehabilitación, etc.). Nótese que se trata de verdaderas obligaciones, y no de deberes generales, pues se deben en forma particularizada frente a cada uno de los beneficiarios, que constituyen sus acreedores. Así las cosas, y en virtud del criterio ya explicado, corresponde concluir que la eventual responsabilidad que pudiera caber a la ART demandada se enmarca en la órbita de la responsabilidad "contractual" (rectius: obligacional).

Por lo demás, cuando, como ocurre en el caso, la ART deriva la atención de sus afiliados y beneficiarios a una empresa prestadora de servicios de medicina laboral, como Medilaes SA, sigue siendo ella quien tiene a su cargo el deber asistencial y, en consecuencia, debe responder por el incumplimiento de la prestación de salud delegada a estos centros médicos.

Como lo ha decidido esta Sala con anterioridad (L. N° 581.002, "Leguizamón, Hilda del V. c. De La Fare, Mauricio y otros", del 08/03/2012; ídem., L. N° 571.184, "Peralta, Ricardo, c. Obra Social Ferroviaria", del 23/02/2012), para llegar a esta conclusión, no es preciso recurrir —un tanto ficticiamente— a la teoría de la obligación de seguridad, ni de la estipulación a favor de terceros, sino que basta con constatar que la ART, Medilaes SA y el nosocomio siguen siendo los deudores de las prestaciones médicas —aunque las hagan ejecutar materialmente por otro—, y en esa medida (es decir, en su carácter de deudoras) responden naturalmente por el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea el sujeto que de hecho haya materializado esa inejecución (vid. Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R.J., Tratado de daños, LA LEY, Buenos Aires, 2019, T. II, p. 363; vid. asimismo mis trabajos La singularidad de la responsabilidad contractual, cit, p.

29 y ss. y "Responsabilidad civil en un caso de transfusión de sangre contaminada", RCyS, agosto de 2006, p. 42; Bénac-Schmidt, Françoise y Larroumet, Christian, "Responsabilité du fait d'autrui", en Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil, París, 2002, T. IX, p. 4; Durry, Georges, informe conclusivo en La responsabilité du fait d'autrui, Responsabilité Civile et Assurances, noviembre de 2000, p. 63; Rémy, Philippe, "La 'responsabilité contractuelle': histoire d'un faux concept", Revue trimestrielle de droit civil, 1997-323, p. 346; Starck, Boris - Roland, Henri - Boyer, Laurent, Droit civil. Les obligations, Litec, París, 1996, T., T. 2, p. 709; Flour, Jacques - Aubert, Jean L. - Savaux, Éric, Les obligations, Armand Colin, París, 2002, T. 3, p. 132/133; Larroumet, Christian, "Pour la responsabilité contractuelle", en Le droit privé français à la fin du XXe siècle, obra en homenaje a Pierre Catala, Litec, París, 2001, p. 15; Jordano Fraga, Francisco, La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, Civitas, Madrid, 1994; Lorenzetti, Ricardo L., La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, p. 113, 117/118 y 426 y ss.; Ramella, Anteo, ponencia presentada en las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1967; Trigo Represas, Félix A. y Stiglitz, Rubén S., "El daño moral en el incumplimiento contractual. El contrato forzoso y la relación paciente-obra social", LA LEY, 1985-B, 156; Kemelmajer de Carlucci, Aida, Daños causados por los dependientes, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 41; Pizarro-Vallespinos, Obligaciones, cit., T. 3, p. 157; Banchio, Enrique C., Responsabilidad obligacional indirecta, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 66; Tobías, José W., "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", LA LEY, 1983-b, 1143).

No puedo dejar de señalar que en el Cód. Civ. y Comercial hay una norma expresa que regula estas situaciones, el art. 732, cuyo texto reza: "Actuación de auxiliares. Principio de equiparación. El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado".

Se advierte, entonces, que el mencionado código descartó expresamente la teoría de la estipulación a favor de terceros para establecer, directamente, una responsabilidad directa del deudor (en este caso, Liberty ART SA) por el hecho de la persona que ha puesto a ejecutar la obligación (en el *sub lite*, Medilaes SA), como por otra parte lo ha señalado expresamente la propia Comisión de Reforma en sus fundamentos (vid. Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R. J., Tratado de Derecho de Daños, LA LEY, Buenos Aires, 2019, T. II, p. 371 y ss.).

Por consiguiente, no se trata ya de expresar una opinión personal, sino de constatar que la ley ha adoptado una posición concreta sobre este tema, que es diversa de la teoría de la estipulación a favor de terceros, sostenida por la doctrina mayoritaria con anterioridad a la adopción de este nuevo cuerpo legal.

Bien se ha dicho, en este sentido: "No debemos olvidar que el deudor principal frente al paciente es la entidad médica con la que se encuentra vinculada contractualmente, y el médico, no es más que un tercero que ejecuta dicha prestación. Y, al respecto, es irrelevante que para cumplir con la prestación principal asumida, el establecimiento o la empresa de medicina prepaga / obra social dependa y se valga de la actividad de terceros (médicos), ya que el incumplimiento es considerado propio, como lo destaca actualmente en forma clara y contundente el art. 732 Cód. Civ. y Comercial, en cuanto consagra el principio de equiparación (...) En consecuencia, es indudable que ante el cumplimiento defectuoso de la atención médica imputable al profesional, el deber de responder nacerá en cabeza del deudor principal, que es la entidad médica, sea esta un establecimiento asistencial, una empresa de medicina prepaga o una obra social (...) Concluimos, por último, que el actual estado del derecho privado argentino, exige que definitivamente se acepte el cambio de paradigma: se debe dejar atrás el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales en la estipulación a favor de terceros (con la cual estuvimos alguna vez de acuerdo), para encuadrarla definitivamente en el régimen de defensa del consumidor. La forma por la cual el paciente accede, en la gran mayoría de los casos, a la prestación de servicios médicos, amerita este cambio de apreciación, y su inclusión en un régimen cada vez más creciente" (Calvo Costa, Carlos A., "Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma", LA LEY, 2016-C, 974).

En la misma tesitura, la Sala L de esta cámara ha decidido: "En fin, en la órbita contractual se responde por el hecho de todas las personas de las que se vale el deudor para el cumplimiento de la obligación. El Centro Médico, comprometió una cobertura médico-asistencial a través de sus prestadores y debe responder civilmente por el obrar de ellos (...). Dicha doctrina fue receptada incluso normativamente en la redacción del nuevo artículo 732 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, que equipara el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación, al derivado del propio hecho del obligado" (CNCiv., Sala L, 13/05/2020 "C. M. C. c. OSPAV", Expte. N° 62.614/2013).

Es cierto que, en este caso, no es de aplicación el Cód. Civ. y Comercial, pues los perjuicios cuya reparación reclama el actor fueron ocasionados con anterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, esta Sala ha señalado en infinidad de oportunidades que, incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Cód. Civ. y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días (esta Sala, 25/06/2015, "C., Jésica M. c. B., Carlos R. y otros s/ daños y perjuicios"; ídem, 30/03/2016, "F., Celeste E. c. D. P., Virginia G. y otro s/ daños y perjuicios", Expte. N° 11.725/2013; 11/10/2016, "R., Jorge O. c. A., Adrián B. y otro s/ nulidad de acto jurídico" y "A., Adrián B. y otro c. R., Jorge O. s/ restitución de bienes", exptes. N° 47.289/2001 y 38.328/2003; ídem, CAC y C, Azul, sala II, 15/11/2016, "Ferreira, Rodríguez Amelia c. Ferreira Marcos, y otra s/ desalojo", LA LEY, 2017-B, 109, RCCyC 2017 (abril), 180; Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", LA LEY, 16/11/2015, 3, entre muchos otros).

Finalmente, corresponde recordar que la obligación de prestar atención médica tiene, como regla general, la naturaleza de un deber de medios, razón por la cual la condena de la ART demandada requería, en principio, la prueba de la culpa de los médicos que cumplieron materialmente las obligaciones asumidas por aquella (Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 489 y ss.; Trigo Represas, Reparación de daños por "mala praxis" médica, cit., p. 108; Calvo Costa, Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, cit., p. 115 y ss.; López Mesa, Marcelo J. - Trigo Represas, Félix A., Responsabilidad civil de los profesionales, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 453 y ss.).

b) Encuadre jurídico de Medilaes SA y de Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español Medialaes SA reconoció que celebró un convenio con Liberty ART SA a través del cual brinda prestaciones médicas a los trabajadores que la ART le deriva en el marco de la ley 24.557, y puntualmente admitió que el actor fue atendido por el Dr. A., que trabajaba en el Hospital Español.

Más allá de esto, es evidente que entre el actor —por un lado— y Medilaes SA y Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español —por el otro—, quienes actuaron en tanto prestadores de las obligaciones asumidas por la ART, medió una relación de consumo en los términos del los arts. 1 y 2 de la LDC.

En efecto, como lo ha señalado este tribunal en L. N° 582.467, del 11/03/2012, si bien los servicios de los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240 (art. 2, ley citada), no ocurre lo propio con las relaciones entre los pacientes y las clínicas, que —en tanto implican la prestación del servicio de salud para el consumo final de los enfermos— deben regirse por esa normativa (Lorenzetti, op. cit., p. 447; Idem., Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 102 y 114). En ese sentido, ha dicho la jurisprudencia que la ley 24.240 "...es de aplicación a los servicios médicos porque esta establece que quedan obligadas todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aún ocasionalmente, produzcan, importen distribuyan o comercialicen cosas o prestan servicios a consumidores o usuarios" (Cám. Nac. Civ. Com. Fed., Sala III, 26/09/2006, RCyS, 2006-685; vid. asimismo SCJ Mendoza, Sala 1, 11/10/1995, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, JA, 24/05/2006; esta cámara, Sala L, "C. de A., O. R. c. Obra Social del Personal Rural y estibadores de la República Argentina y otros", L. N° 568.586, del 02/02/2012).

Concluyo, entonces, que resulta aplicable al *sub lite* la ley 24.240 y las normas que con ella se integran. Y aunque resulte sobreabundante, señalo que esta afirmación es independiente de que las partes hayan o no invocado dicho microsistema legal pues, como es sabido, corresponde al juez determinar el derecho aplicable a los hechos planteados por los litigantes, más allá de la calificación que, estos les hayan asignado (*iura novit curia*). Adicionalmente, surge del art. 63 de la norma citada que se trata de una ley de orden público y, como tal, debe ser aplicada de oficio por el juez.

Sentado ello, añado que, como es obvio, la empresa de medicina laboral y el hospital responden por el hecho de los médicos que emplean para cumplir sus obligaciones, en los términos que ya he señalado en el acápite anterior.

c) Encuadre jurídico de la responsabilidad del médico demandado

Por último, con relación al Dr. A., adelanto que su responsabilidad debe ser analizada desde el ámbito extracontractual.

Como agudamente lo señala Jourdain: "proporcionando sus cuidados a un cliente de la clínica, un médico asalariado de aquella no ejecuta una obligación que habría contratado libremente frente al paciente, sino la prestación de trabajo a la que se comprometió frente al establecimiento" (Jourdain, Patrice, "Vers une responsabilité contractuelle des établissements hospitaliers privés du fait des médecins qu'ils emploient", Revue trimestrielle de droit civil, 1992-123; la traducción es mía).

Por ello, como lo he señalado con anterioridad (vid. mi obra La singularidad de la responsabilidad contractual, cit., p. 207 y ss.), entiendo que corresponde considerar que el médico dependiente que atiende a un paciente en el marco de una institución hospitalaria no celebra con él ningún contrato, razón por la cual su responsabilidad debe enmarcarse en la órbita aquiliana (Lorenzetti, La empresa médica, op. y loc. cit.; Tobías, José W., "En tomo a la responsabilidad civil de los médicos", ED, 84-832; ídem, "El fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos asistenciales y su responsabilidad por el hecho de las cosas", op. y loc. cit.; Savatier, René, Traité de la responsabilité médicale en droit français, Livrairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1951, T. II, p. 403; Mémeteau, Gérard, "Contrat hospitalier et obligation de soins", Revue de droit sanitaire et social, 1988-517; Auby, Jean-Marie, Le droit de la santé, Themis, Paris, 1981, p. 357). Esta es la postura adoptada por la Corte de Casación francesa a partir de los precedentes que ya he citado (vid. Welsch, Sylvie, Responsabilité du médecin, Litec, Paris, 2003, p. 223 y ss.).

Una vez más, esta idea está ahora expresamente consagrada por la ley, dado que, desde el momento en que el Cód. Civ. y Comercial se aparta tajantemente del criterio de la dependencia para estructurar la responsabilidad del deudor cuando el incumplimiento es materializado por terceros (art. 732), carece de fundamento seguir sosteniendo que el caso del médico que atiende al paciente en el marco de una clínica, o de un hospital, debe regirse por criterios distintos en razón de que no puede hablarse allí de la existencia de una relación de dependencia. Haya dependencia o no, el deudor de una obligación responde siempre de modo directo por la inejecución causada por un tercero (arts. 1749 y 732 Cód. Civ. y Comercial), lo que priva de todo sustento al alambicado recurso a la teoría de la estipulación a favor de terceros para el caso de los médicos que ejecutan las obligaciones de las clínicas (vid. Picasso-Sáenz, Tratado..., cit., T. II, ps. 374/375).

A lo que debe añadirse que —en consonancia con el pensamiento del Dr. Lorenzetti, presidente de la Comisión de Reforma, quien en sus trabajos atinentes a este tema había rechazado explícitamente la teoría de la estipulación a favor de terceros y había defendido la naturaleza extracontractual de la responsabilidad del médico que actúa en el marco de una clínica (Lorenzetti, op. cit., p. 113, 117/118 y 426 y ss.)—, el citado código establece expresamente que tal estipulación "es de interpretación restrictiva" (art. 1027).

Por supuesto, podría ocurrir que, en algún caso concreto, el paciente haya elegido al médico que habrá de atenderlo, y contratado específicamente con él (como sucede con el paciente que elige ser atendido en un consultorio externo por el médico que figura en la cartilla de una institución médica); pero esto vendría a constituir una excepción que debe ser probada por quien afirma la existencia de esa relación contractual.

En el caso, teniendo en cuenta que el Dr. A. atendió al actor en su carácter profesional del centro médico —esto es, que no existió un contrato particular entre él y el demandante—, corresponde enmarcar su responsabilidad en los arts. 1109 y concs. del Cód. Civil.

Además, es pacífica la opinión de que la culpa profesional no es más que la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión, regulada por los principios generales de la culpa. De esta manera, en la responsabilidad médica, la diligencia exigible al profesional del arte de curar variará de acuerdo a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512, Cód. Civil).

No se me escapa que existen tendencias que pregonan una concepción más rigurosa de la culpa profesional, apoyándose en los arts. 902 y 909 del Cód. Civil, que llegan a la conclusión de que la diligencia que se debe exigir al profesional es muy estricta, por lo que bastará con probar la menor imprudencia o negligencia para comprometer su responsabilidad. Sin embargo, en el Cód. Civil no se admite la postulación a priori de un standard fijo e invariable, como lo sería la "culpa grave", por lo que la culpa es siempre la misma y lo que varía son las circunstancias a tener en cuenta en cada caso para generar el parámetro de comparación (vid. mi trabajo "Error y culpa médica", en Kemelmajer de Carlucci, Aída —dir.—, Responsabilidad civil. Liber amicorum a Francois Chabas, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 267).

V. Sobre ese piso de marcha, corresponde entrar en el análisis de los agravios del actor atientes a la mala praxis que endilga al galeno demandado.

En función de lo que acabo de exponer, debe determinarse si existió una conducta negligente del Dr. A. en la atención del paciente. Adelanto que coincido con el magistrado de la anterior instancia en que la impericia no ha sido debidamente acreditada.

El recurrente sostiene que —contrariamente a lo señalado por el anterior sentenciante— habría elementos de convicción que acreditarían la actuación negligente del Dr. A. Alega que la mayor limitación de la articulación del hombro izquierdo luego de la cirugía, los repetidos bloqueos anestésicos para calmar el dolor (infiltraciones), y la sugerencia del galeno de practicarle una exéresis (ablación del extremo distal de su clavícula), ocasionaron la decisión del Liberty

ART SA de apartar al galeno demandado de la atención médica del paciente, todo lo cual indicaría la existencia de culpa de su parte. Asimismo, alega que el médico demandado habría provocado una lesión en el labrum (estructura de fibrocartílago), que ocasionó el agravamiento de sus dolencias. Finalmente, cuestiona que, a pesar de que el Sr. juez de grado indicó que siguió las conclusiones periciales, desatendió la información puntual del perito, en la que refiere que la persistencia del dolor luego de la operación sería una consecuencia probable de que "en la primer cirugía no se realizó la técnica adecuada" (sic).

En primer lugar, considero que la decisión del Liberty ART SA de apartar al Dr. A. no se relaciona con una supuesta actuación negligente de este, como lo entiende el recurrente. Es que, en la carta documento enviada por la aseguradora al actor, se le notifica que será evaluado por otro profesional en otra institución, por no haberse presentado en la consulta fijada anteriormente. En efecto, la misiva dice: "Por medio de la presente y ante su injustificada incomparecencia a citación del 17/10/2002, que se le informo a Usted, le informamos, que deberá presentarse a consulta con el Dr. F., en Alpi.... (...) a fin de ser evaluado." (sic, fs. 12).

Precisado lo que antecede, señalo que el perito médico designado en autos, Dr. Ferrero, informó que el actor sufrió una ruptura del músculo subescapular y una luxación del tendón del bíceps, y que la cirugía que efectuó el Dr. A. (artroscopia del hombro más plástica ligamentaria) es la técnica correcta para reparar las lesiones capsulo-ligamentarias del hombro (vid. las respuestas a los puntos periciales "a", "b" y "c", fs. 444).

Asimismo, el experto indicó en varias oportunidades que los resultados de la cirugía en cuestión no eran buenos. Al respecto, señaló: "Dada la naturaleza de estos elementos anatómicos, hace que muchas veces a pesar de una sutura y reinserción estos vuelvan a 'soltarse' o no cicatrizar debidamente, por lo que los resultado de este tipo de cirugías no son buenos teniendo un alto índice de complicaciones" (sic, fs. 443 vta.). Al ser preguntado acerca de cuál fue el resultado de la cirugía, respondió "Debe tenerse en cuenta que el resultado del tratamiento quirúrgico de las lesiones capsulo-ligamentarias del hombro pueden no ser completamente satisfactorias, dado que a pesar de una técnica correcta, los elementos anatómicos no pueden recuperar la estabilidad perdida 'ad integrum'" (sic, respuesta al punto "d", fs. 444). En el mismo sentido, refirió: "ninguna cirugía puede asegurar resultados, pero esta en particular presenta un alto número de fallas" (respuesta al punto 8, fs. 444 vta.).

Puntualmente, al ser preguntado el perito acerca de los resultados de la primera cirugía, y respecto de la circunstancia de que el actor experimentó el mismo síntoma que antes de la operación, explicó que podría haber ocurrido que en la primera cirugía no se realizó la técnica adecuada, o que se la realizó y se produjo la recidiva, entre otras hipótesis (vid. la respuesta a las observaciones del actor, fs. 525 vta.). Ahora bien, el recurrente sostiene que el colega de grado habría soslayado esta última afirmación; sin embargo, señalo que la posibilidad de que se haya omitido la técnica adecuada fue mencionada por el experto solo como una de las posibles causas del resultado, que también podría haberse producido —según el propio perito— pese al posible buen accionar del galeno. Se trata, entonces, de meras hipótesis, contradictorias entre sí, que no permiten sostener que el perito afirmó asertivamente la existencia de culpa del cirujano.

Por otra parte, el Dr. González —perito designado para contestar las impugnaciones presentadas por el actor a fs. 528/531 respecto del dictamen del Dr. Ferrero— refirió que el tipo de cirugía realizada por el galeno demandado puede tener un alto índice de recidiva, lo cual no implica la existencia de una mala praxis, y añadió: "la segunda operación se debió a una recidiva" (fs. 543 vta.).

En cuanto a lo apuntado por el recurrente respecto de la lesión del labrum, el experto González indicó: "En la 2ª cirugía en el tiempo artroscópico se encontró en la articulación un cuerpo libre que el cirujano lo registro como un resto del labrum (...) Es difícil establecer si dicha lesión estaba presente en la primer cirugía y no se advirtió y fue causada durante la misma" (sic, fs. 543). Por último, no necesariamente un mal resultado en una cirugía, en el caso, importa la existencia de mala praxis del cirujano, sino que es preciso que además aquel pueda atribuirse a un obrar negligente del facultativo. En este orden de ideas, la contestación del experto a las impugnaciones efectuadas por el actor es elocuente: "Es cierto que la limitación funcional con la que quedó el actor luego de la primera cirugía era mucho mayor a la que presentaba en el preoperatorio lo cual habla de una recidiva de la lesión, pero como dije oportunamente no puedo aseverar en forma absoluta que la lesión del labrum se produjo durante la primera cirugía como tampoco puedo descartarlo" (fs. 551).

Es sabido que en esta clase de pleitos, en los que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia, de modo que tanto los hechos comprobados por el experto como sus conclusiones deben ser aceptados por el sentenciante, salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del

caso, pues ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante, podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para eso demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (esta Sala, L. N° 593.335, "G., Erica F. c. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y otros s/ daños y perjuicios", del 11/07/2012; Devis Echandía, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, T. II, ps. 112 y ss.).

Resalto que los cuestionamientos del demandante no se encuentran avalados por el informe de un consultor técnico, por lo que no dejan de presentarse como afirmaciones dogmáticas carentes de suficiente fundamento y, en consecuencia, no logran desvirtuar las conclusiones a las que llegó el perito designado de oficio (esta Sala, 25/06/2013, "Suárez Cuellar, Daniel J. c. Fuentes, Alberto y otros s/ daños y perjuicios", L N° 579.478).

Por lo tanto, la contundencia y la razonabilidad de los dictámenes de fs. 442/445 y fs. 542/543, y de las respuestas a las impugnaciones del actor a fs. 525 y 551, me llevan a la convicción de que debe otorgarse a la opinión de los peritos designados de oficio en estos autos la fuerza probatoria estatuida por el artículo 477 del Cód. Procesal.

Así las cosas, considero que no se encuentra acreditado que el Dr. A. fue negligente en la atención del actor, extremo este que se encontraba en cabeza del demandante (art. 377 del Cód. Procesal). Por consiguiente, propongo que se confirme lo decidido en la sentencia recurrida en cuanto a este punto.

VI. Disiento con el magistrado de la anterior instancia en cuanto endilgó responsabilidad a los demandados por el supuesto incumplimiento de la obligación de información de parte del Dr. A.

Es que esta cuestión no fue planteada por el actor en el momento procesal oportuno (en la demanda), de modo que su tratamiento implicó violentar el principio de congruencia.

En efecto, este principio —de indudable rango constitucional, y reflejado también en los artículos 34 inc. 4° y 163 inc. 3° del Cód. Procesal— exige que exista concordancia entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, el objeto y la causa, de modo que las partes, al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida, delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión de la actora y la oposición de los demandados (esta Sala, 08/04/2013, "Bazo, Alicia H. c. Navarro, Mario y otros s/ nulidad de acto jurídico", L. N° 611.653). Por tal motivo, esta cámara se encuentra impedida de tratar cuestiones no propuestas oportunamente al tribunal de grado (art. 277 Cód. Procesal).

El demandante, en su escrito inicial, no reclamó puntualmente ningún daño derivado de la supuesta violación del deber de información por parte del Dr. A. En efecto, el actor señaló: "...la acción por daños y perjuicios que se promueve tiene por causa y motivo la mala praxis médica de la que resultó víctima quien suscribe como consecuencia de la primer operación practica el 5 de agosto de 2002..." (fs. 24 vta.), lo que parece claramente referido al incumplimiento de la obligación principal asumida por los demandados —consistente en prestar al actor cuidados médicos diligentes—, y no a la obligación de información.

El punto merece cierta clarificación, en atención a la confusión entre ambos aspectos en la que parecen incurrir tanto el actor como la sentencia recurrida. Como lo ha señalado esta Sala reiteradamente (13/03/2015, "S., M. c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", Expte. n.° 75.371/07; ídem, 07/08/2017, "G., C. R. c. R., E. Lis A. s/ daños y perjuicios", Expte. n.° 70.806/2010; ídem, 19/02/2019, "D., E. G. c. Sanatorio Colegiales y otros s/ Daños y perjuicios", Expte. n.° 59.318/2004, entre otros) los médicos, las clínicas, las empresas de medicina prepaga, o —como en el caso— las aseguradora de riesgos de trabajo, asumen diversas obligaciones para con los pacientes, entre las cuales corresponde computar la obligación principal —consistente en prestar atención médica al paciente de conformidad con las reglas del arte de curar—, la de seguridad —por la cual las clínicas y las entidades de medicina prepaga garantizan que el paciente no será dañado en el marco de la relación de consumo, y más allá del ámbito específico de la obligación principal, art. 5 de la ley 24.240— y la de información. Esta última, actualmente regulada por los arts. 3 y concs. de la ley 26.529, tiene un objeto propio y específico, consistente en proporcionar al paciente la información sanitaria necesaria para que aquel tome una decisión esclarecida en el sentido de someterse o no a determinada terapia o tratamiento.

En este sentido, dice Jaramillo que, junto al "deber céntrico o primario del médico", consistente en la atención sanitaria encaminada a satisfacer el interés terapéutico del paciente, de conformidad con la lex artis, existen deberes secundarios de conducta a cargo del médico, coadyuvantes del compromiso primario asumido por el facultativo, entre los que se encuentra el deber de información (Jaramillo J., Carlos

I., Responsabilidad civil médica, Pontificia Universidad Javierana, Bogotá, 2010, p. 205 y ss.).

La obligación de informar al paciente es, entonces, claramente distinguible de la obligación principal que asumen los nosocomios y los profesionales de la salud, consistente en prestar cuidados médicos de acuerdo a las reglas del arte. Tan es ello así que bien podría cumplirse una e incumplirse la otra, como sucedería en el caso de un cirujano que opera correctamente a su paciente, pero omite informarle acerca de un riesgo normalmente asociado a esa práctica, que efectivamente sobreviene luego de la intervención. O viceversa, si el cirujano del ejemplo ha informado correctamente al paciente, y obtenido su consentimiento, pero es negligente al practicar la operación y con ello le produce un perjuicio.

Tratándose de obligaciones distintas, también lo serán las consecuencias de su posible violación: en el caso del incumplimiento de la obligación principal, el daño resarcible estará asociado con las consecuencias derivadas de la culpa médica, mientras que en el caso del deber de información el daño estará usualmente referido a la materialización de un riesgo previsible no informado debidamente al paciente. Como lo señala acertadamente Galán Cortés, en este último supuesto la relación de causalidad debe buscarse, de modo figurado, entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado la intervención médica cuyos riesgos han cristalizado, y no de forma directa entre la omisión de la información y el daño materializado tras su práctica (Galán Cortés, Julio C., Responsabilidad civil médica, Civitas, Madrid, 2011, p. 662/663). Por eso esta Sala ha puntualizado que muchas veces la deficiente información causará al paciente un perjuicio consistente en la pérdida de la chance que tenía el enfermo de haber decidido no someterse a la práctica en cuestión, y así haber escapado a la materialización de los riesgos no informados debidamente (*in re,* "T., A. R. y otro c. Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux."; ídem, L. 582.467, del 14/05/2012, y "A., N. A. c. Basso, Armando y otro s/ daños y perjuicios", ídem, L. 593.006, del 21/09/2012). También podría hablarse, en su caso, de la existencia de un daño moral causado por la imposibilidad del paciente de prepararse debidamente, desde un punto de vista psicológico y afectivo, para la producción de la consecuencia no informada que finalmente advino (Corte de Casación francesa, Segunda Sala Civil, 17/06/2010, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 2010-570, con nota de Patrice Jourdain).

En el caso, el actor pidió en su demanda que se le indemnizaran los daños que entendió asociados con la mala praxis que endilgó a los demandados (es decir, reclamó la reparación de las consecuencias nocivas del incumplimiento de la obligación principal), y la sentencia condenó a resarcir esa misma clase de nacimientos. Ni en un caso ni en el otro se mencionó la existencia de perjuicios específicamente asociados al incumplimiento del deber de información, que —como queda dicho— habrían requerido de la prueba de que se había materializado un riesgo que, debiendo ser informado, no lo había sido, y la adicional constatación de que, de haber conocido dicha circunstancia, el actor no se habría sometido a la terapia aconsejada, o al menos de que contaba con chances de no hacerlo, o bien que se la privó de la posibilidad de prepararse psíquica y afectivamente para la aparición de esa contingencia.

No se me escapa que el anterior sentenciante indicó, en punto a la relación causal, que el resultado dañoso debe ser la consecuencia directa de la ausencia de información (fs. 603); sin embargo, esto no se condice con la decisión de condenar a los emplazados a resarcir rubros indemnizatorios vinculados a la supuesta mala praxis del galeno (en el cumplimiento de la obligación principal).

En suma, en la demanda no se reclamó por el supuesto incumplimiento de la obligación de información, ni tampoco se demandaron daños causalmente vinculados a esa supuesta inejecución. Por consiguiente, la decisión que condena con fundamento en la falta de información (pero que, por añadidura, tampoco vincula los daños que manda indemnizar con esa específica inejecución) vulnera el principio de congruencia, y por ese motivo corresponde acoger los agravios de los emplazados, revocar la sentencia recurrida, y rechazar la demanda.

VII. Finalmente, de conformidad con lo normado por el art. 279 del Código Procesal debe adecuarse la imposición de costas dispuesta en la instancia de grado, por lo que mociono modificar la sentencia en ese punto y disponer que las costas corran en el orden causado, en atención a que, por las particulares circunstancias de la causa (el resultado desfavorable de la primera operación), el actor podía creerse legítimamente con derecho a demandar como lo hizo (art. 68, segundo párrafo, Cód. Procesal).

Por idénticas razones, propongo imponer por su orden también las costas de alzada.

VIII. En síntesis, para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo admitir los recursos de los demandados y la citada en garantía y desestimar el del actor, y en consecuencia revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda intentada por A. K. contra Liberty ART SA, A. A., Sociedad Española de Beneficencia, Medilaes SA y Federación Patronal

Seguros SA. Asimismo, propicio imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

El doctor *Li Rosi* dijo:

I. Por razones análogas a las vertidas por el doctor *Picasso* en su muy fundado voto, adhiero a la solución final propuesta.

II. En efecto, (conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de los Médicos", p. 130; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 451; Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André, "Tratado Teórico práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual", T. 1, Vol. I, p. 236, N° 159-2).

En este orden de ideas, la carga de la prueba pesa sobre el acreedor, quien debe acreditar la culpa del deudor, que no puso de su parte los medios razonablemente exigibles para el normal cumplimiento de la obligación principal (conf. Martínez Ruiz, Roberto "Obligaciones de Medio y de Resultado", LA LEY, 90-756/760). Es decir, debe el acreedor demostrar la culpa, puesto que el objeto de la obligación se reducía, precisamente, a poner diligencia y el acreedor pretende que no se ha cumplido cabalmente (conf. Alsina Atienza, Dalmiro A. "La Carga de la Prueba en la Responsabilidad del Médico. Obligaciones de Medio y Obligaciones de Resultado" JA, 1958-III, 587/59-9).

III. Por último, recordaré que tanto en mi carácter de juez de primera instancia como ejerciendo mi función jurisdiccional en esta Cámara de Apelaciones, he sostenido que adhiero a la teoría que explica la situación de la responsabilidad de los sanatorios mediante la figura de la estipulación a favor de tercero (art. 504 del Cód. Civil). De esta se desprende que entre la clínica (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del enfermo (beneficiario). De este doble juego de relaciones surge entonces que las responsabilidades del galeno y del ente asistencial frente al paciente son directas y de naturaleza contractual (conf. Bueres, Alberto J. "Responsabilidad Civil de los Médicos", T. 1, ps. 372/376).

Desde que el paciente se somete a la prestación asistencial de la clínica, aquel como beneficiario resulta aceptante de la estipulación y puede exigir el cumplimiento de la obligación contractualmente contraída por los "promitentes" (instituto asistencial o cuerpo médico profesional) quedando en cabeza de estos últimos responder por los daños que el paciente pueda sufrir como consecuencia de la deficiente prestación o "mala praxis" médica (conf. Bustamante Alsina, J. "Responsabilidad civil de las obras sociales por mala praxis en la atención médica de un beneficiario", LA LEY, 1998-A, 404).

Luego, el damnificado tiene una acción directa tanto contra la entidad prestadora (instituto o clínica) como contra el médico, nacidas ambas acciones de aquella estipulación a su favor.

Se trata, asimismo, de una responsabilidad objetiva del ente asistencial ya que, probada la culpa del médico, la responsabilidad de aquel deviene inexcusable. De ahí que el paciente debe probar tan solo la culpa del médico, no para hacer funcionar una responsabilidad refleja sino para acreditar la violación de la obligación de seguridad por parte del sanatorio (conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", LA LEY, T. 1990-E, p. 418).

IV. Mas allá de los conceptos antes formulados, las constancias de la causa en general y los medios probatorios ofrecidos por las partes en particular me llevan a coincidir con lo decidido por mi distinguido colega en su muy fundado voto.

La vocalía n° 2 no interviene por hallarse vacante.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda intentada por A. K. contra Liberty ART SA, A. A., Sociedad Española de Beneficencia, Medilaes SA y Federación Patronal Seguros SA, con costas de ambas instancias en el orden causado.

Atento lo decidido precedentemente corresponde adecuar los honorarios fijados en la instancia de grado, de conformidad con lo establecido por el artículo 279 del ordenamiento adjetivo.

Ello así, teniendo en cuenta el monto comprometido, valorando la calidad, extensión, importancia y resultado obtenido por los profesionales intervinientes dentro de las tres etapas en que se dividen los juicios ordinarios, la existencia de un litisconsorcio pasivo ganador y lo establecido por los artículos 1, 3, 16, 19, 20, 21, 22, 29 y 59 de la ley 27.423 (conf. esta Sala CIV09990/2011 del 13/08/2019 entre muchos otros), corresponde fijar los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. B. I. C. en ...uma —pesos ... ($...) y los del Dr. Juan C. del Río en ...uma —pesos ... ($...); los de la letrada apoderada de la codemandada Sociedad Española, Dra. V. E. N. en ...uma —pesos ... ($...) y los de los Dres. M. M. y N. E. G., en conjunto, en ...uma —pesos ... ($...). Los de la letrada apoderada del codemandado A., Dra. N. B. P. en ...uma —pesos ... ($...); los de la letrada apoderada de Liberty Dra. N. G. en ...uma —pesos ... ($...), los de la letrada apoderada de Swiss Medical, Dra. A. A. N. en ...uma —pesos ... ($...) y los de los Dres. G. V. M. en ...uma —pesos ... ($...) y Dr. G. A. D. en ...uma —pesos ... ($...). Los de la

letrada apoderada de Federación Patronal, Dra. A. C. S. en ...uma —pesos ... ($...) y los de la Dra. M. G. F. en ...uma —pesos ... ($...). Los del letrado apoderado del tercero Midalaes, Dr. R. E. S. en ...uma —pesos ... ($...) y los del Dr. M. D. S. en ...uma —pesos ... ($...). Asimismo se fijan los emolumentos de los peritos psiquiatra A. R. R., médico L. A. F., contadadora M. E. Z. y médico L. M. G. en ...uma —pesos ... ($...) para cada uno de ellos mientras que se fijan los de la mediadora Dra. M. B. A. en pesos ... ($...). Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley 27.423, se fijan los honorarios de la Dra. B. I. C. en ...uma —pesos ... ($...), los del Dr. G. D. en ...uma —pesos ... ($...), los del Dr. M. S. en ...uma —pesos ... ($...), los de la Dra. N. P. en ...uma —pesos ... ($...) y los de la Dra. Ana S. en ...uma —pesos ... ($...). Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/11, 38/13 y concordantes de la CSJN, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. — *Sebastián Picasso. — Ricardo Li Rosi.*

AMPARO DE SALUD

Bebé de cinco meses que padece atresia de esófago y se encuentra internado en un box de vidrio en terapia intensiva desde su nacimiento. Obra social condenada a otorgar cobertura de un enfermero durante las 24 horas del día. Medida cautelar.

1. — Del resumen de historia clínica acompañado y de los restantes estudios e informes médicos incorporados a la causa, se encuentra acreditada la malformación congénita —atresia esofágica— y el delicado estado de salud del menor derivado de la eventualidad de un broncoespasmo, tal y como ha sido referido con anterioridad, circunstancia que determina, prima facie, tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora. Sumado a lo expuesto debe tenerse especial consideración en que fue la misma médica terapista de la institución donde se encuentra internado el niño quien prescribió el pedido de enfermero y/o acompañante terapéutico por 24 horas, lo que *prima facie* descarta la existencia de duplicidad de prestaciones alegada por la recurrente **[1]**.

2. — En la historia clínica acompañada se detallan las características y gravedad de la patología que afecta al niño y los cuidados que requiere, de lo que se infiere que, a pesar de que se encuentra en una unidad de terapia intensiva conectado a la aparatología necesaria al caso, requiere además de una persona que coadyuve las 24 horas del día en razón de la particularidad de su afección (asistencia con una sonda de aspiración manual).

3. — Dadas las características particulares de la malformación congénita —atresia esofágica— que aqueja al infante, el lugar de internación con aislamiento —box de vidrio— en UTI y las concretas necesidades que informan el pedido cautelar, se considera que las prácticas a cumplir no demandan de un acompañante terapéutico, sino que un enfermero colabore con el personal de la institución en los cuidados que requiere y normalmente se le prestan en la UTI, lo que se vislumbra como la solución prestacional compatible con el cuadro descripto. Téngase en cuenta que la figura del acompañante terapéutico está contemplada dentro de la ley de salud mental (26.657) en el marco de un tratamiento psicológico o psiquiátrico, debiendo ser prescripto por un médico especialista, razón por la cual no corresponde su intervención en el supuesto en estudio.

CFed. Salta, 22/01/2021. - P. G., D. A. y otros c. OSPE s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/54/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, "P., J. c. OSDE s/ amparo de salud", 26/04/2016, LA LEY 02/08/2016, 11, LA LEY 2016-D, 539, DJ 07/09/2016, 63, AR/JUR/21014/2016.

COSTAS

Se imponen por su orden.

Expte. N° FSA 4253/2020/1/CA1

2ª Instancia.- Salta, enero 22 de 2021.

Considerando:

1. Que vienen las presentes actuaciones en virtud de la impugnación de referencia deducida en contra de la resolución de fecha 16/12/2020 por la que el juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenó a OSPE que en forma inmediata y perentoria autorice la cobertura de un acompañante terapéutico y/o enfermero a favor de V. P. P, durante las 24 horas del día, los siete días de la semana, de acuerdo a lo prescripto por la médica tratante.

Para así decidir, el magistrado entendió que se configuraron los presupuestos básicos para su procedencia a la vez que se acreditó que el hijo de la actora padece una enfermedad que requiere tratamiento urgente.

Consideró que debe garantizarse de manera prematura el derecho a la cobertura médica necesaria en resguardo de sus derechos constitucionales, tales como la preservación de la salud y de la vida, lo que es obligación de la demandada.

Sostuvo que se vislumbra la urgencia del caso en relación a la afectación de la integridad física frente a la patología que aqueja al niño y la impotencia de no poder mejorar su calidad de vida, o bien de suspenderla solo por motivos de índole económica.

2. Que contra dicha resolución se agravió la demandada manifestando que jamás le negó prestaciones al afiliado, sino que, por el contrario, le concedió la cobertura desde su nacimiento hasta la fecha.

Agregó que el pedido inicial de acompañante terapéutico o enfermero durante 24 horas, se realizó en octubre del 2020 y que el niño se encuentra internado en terapia intensiva neonatal en el SAP de Medical Care SRL desde su nacimiento, razón por la cual su mandante no comprende la solicitud de enfermero o acompañante terapéutico ya que, como es sabido, en terapia intensiva neonatal se cuenta con todos los servicios de asistencia médica las 24 horas del día.

Según refiere en el memorial, personal de OSPE se comunicó con una profesional, de apellido L., para comprender el motivo de su solicitud, quien informó que el pedido se realizó a requerimiento de los padres ya que el niño requiere tratamiento permanente porque su enfermedad de base requiere aspiraciones de secreciones continuas.

Continuó relatando que frente a lo manifestado se solicitó a la médica que se comunique con la familia y que, de ser necesario, realice una solicitud que se adecue a la real necesidad del afiliado, entendiendo que es imperioso comprender que si el niño está en UTI cuenta con el cuidado necesario sin el apoyo obligatorio de los padres.

Señaló que en reiteradas oportunidades se ofreció a la actora el servicio de internación domiciliaria, el que fue rechazado por médicos de planta de la institución debido a que no es posible externar al menor por la complejidad de manejo que requiere la aspiración de secreciones, motivo por el cual la obra social entiende dicha situación y brinda cobertura en terapia intensiva neonatal prolongada.

Expuso también que se contactó con el prestador para que adecue el personal necesario para el niño ya que sus necesidades deberían estar cubiertas en el módulo de UTI sin que se requiera de personal externo a la institución.

Reprochó que el juez de la instancia anterior, previo al dictado de la manda judicial, no haya requerido al galeno que justifique el pedido de la prestación teniendo en cuenta la responsabilidad patrimonial de la obra social.

Indicó que OSPE es un agente de salud del Sistema Nacional del Seguro de Salud, con todas las obligaciones y derechos que emergen de las normas dictadas en la materia, en especial las leyes 23.660 y 23.661, que en el caso de autos se encuentran cumplidas, requiriendo la actora la duplicidad de prestaciones ya que en cualquier UTI hay atención médico asistencial 24 horas.

Por ello, solicitó que se revoque la medida cautelar a los fines de evitar que existan abusos en las prescripciones y que se permita a la obra social efectuar el correcto seguimiento de la cuestión.

Agregó que el afiliado, en lo que respecta a las prestaciones médico asistenciales, recibe a la fecha todas las que hacen a su derecho y están contenidas en el PMO, no habiendo sido cercenada ninguna de las previstas con carácter obligatorio.

Requirió, para el caso de ser necesario, que se fije una audiencia como medida para mejor proveer, en los términos del art. 36 Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Nación con el objeto de que se cite al médico prescriptor para que indique el motivo por el cual solicita la prestación a un paciente que ya se encuentra en una UTI.

3. Que la parte actora contestó el traslado que le fuera conferido advirtiendo que el memorial de agravios resulta una mera discrepancia con lo resuelto en la instancia anterior, sin contener una crítica concreta y razonada de la sentencia en cuestión, solicitando que se rechace el recurso con costas.

Entendió que los agravios expuestos versan sobre la falta de justificación en el plan de tratamiento médico tendiente a brindar un acompañante y/o enfermero/a pero no rebaten las constancias valoradas por el magistrado en virtud de las cuales consideró configurada una situación de peligro grave, inminente y verosímil que justificó el dictado de la medida cautelar.

Agregó que no corresponde receptar dicho reproche ya que fluye de la fundamentación médica del resumen de Historia Clínica fechado el 06/11/2020 y de

la solicitud de práctica del 21/10/2020, ambos documentos suscriptos por la Dra. Carina Avila, especialista en terapia infantil del nosocomio médico.

Ponderó la protección basada en el interés superior del niño conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual eleva el "interés superior" de los infantes al rango de principio rector de todas las decisiones de las autoridades públicas, debiendo privilegiar su derecho a la salud y plena calidad de vida.

Manifestó que el servicio de internación de la Clínica Santa Clara no cuenta con enfermeras suficientes para cubrir las necesidades del afiliado y recordó que de la documentación acompañada surge la necesidad de contar con una persona capacitada para cuidar al niño, ya que en cualquier momento puede bronco aspirarse y que los argumentos de su solicitud fueron explicados en las constancias médicas acompañadas que fueron puestas a disposición de la demandada, previo a la interposición de la presente acción.

Alegó la falta de prueba respecto a la situación financiera de la obra social y señaló que la accionada no cumplió con la orden judicial, poniendo en serio riesgo al menor.

4. Que a fs. 76/78 contestó la vista conferida el Defensor Oficial de Menores y dictaminó que en atención a las particularidades del caso y al interés superior del niño, debe resolverse a favor de confirmar la medida.

5. Que conforme surge de las presentes actuaciones los Sres. D. A. P. G. y D. S. P., en representación de su hijo menor V. P. P., interpusieron acción de amparo en contra de la Obra Social de Petroleros (OSPE) a fin de que dicha institución brinde una real e integral protección de salud y autorice al menor la cobertura de un acompañante terapéutico y/o enfermero/a durante las 24 horas del día, durante todos los días de la semana, hasta tanto cese la necesidad conforme criterio médico.

En su escrito inicial, relataron que V. P. P. es un bebé de cinco meses de edad que padece "atresia de esófago" de tipo 1, con sospechas del tipo 2, que se indicó son las más complicadas. Dicha tipología es de las más raras y graves, caracterizándose por tener un tramo largo de ausencia de esófago lo que hace necesario esperar, una vez nacido el bebé, que el órgano siga creciendo hasta que los extremos se aproximen lo suficiente para poder operar. Hasta tanto ello suceda, el niño necesita estar conectado a una máquina de aspiración continua que extrae sus secreciones (saliva y mocos) de la parte superior del esófago.

Explicaron que por tal motivo V. P. P. se encuentra internado desde su nacimiento prematuro —31 semanas de gestación— en la Clínica Santa Clara de Asís, ubicado dentro de un box de vidrio en unidad de terapia intensiva y que, a pesar de ello, la Dra. Carina Avila —especialista en terapia infantil— indicó la necesidad de contar con enfermero o ayudante terapéutico durante 24 horas por todos los días de la semana, ya que además de la sonda de aspiración continua, se requiere la inmediata asistencia con una sonda de aspiración manual, ya que de lo contrario, el niño perdería la posibilidad de respirar.

Manifestaron que cualquier falla o complicación en los quehaceres diarios de mantener al bebé libre de secreciones podría resultar en consecuencias graves que van desde microaspiraciones a broncoaspiraciones que podrían ocasionar una afectación permanente de la capacidad respiratoria al impactar en los pulmones, con la pérdida de alguno de esos órganos, daños cerebrales e inclusive su muerte.

Indicaron que tienen otro hijo de cinco años de edad quien también requiere de cuidados y atención, y que sus fuentes laborales se ven seriamente comprometidas dado que deben asistir las 24 horas del día a V. P. P.

En razón de ello, solicitaron a la obra social demandada la atención prescripta por la médica tratante.

6. Que, en forma liminar, se advierte de la compulsa del sistema de gestión judicial lex 100 que en fecha 15/01/2021 la demandada acreditó en el expediente principal el cumplimiento de la medida cautelar ordenada bajo el N° de autorización 454.470 solicitando se deje sin efecto el apercibimiento dispuesto (astreintes diarias de $1.000).

No obstante ello, toda vez que la recurrente no desistió de su apelación, corresponde ingresar a su tratamiento.

6.1. Que, ello sentado, el recurso en examen debe ser analizado partiendo de la base de que la cautelar solicitada —en el marco del proceso de amparo— consiste en que se ordene a la demandada una real e integral cobertura médica asistencial consistente en la provisión de un acompañante terapéutico y/o enfermero/a a favor de un menor de edad durante las 24 horas, todos los días de la semana. Es decir, que nos conduce a tratar un asunto vinculado al derecho a la salud que, derivado del derecho a la vida, tiene jerarquía constitucional, al ser reconocido implícitamente en el art. 33 y de modo explícito en diferentes tratados internacionales en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En ese marco, resulta importante destacar que "las medidas cautelares más que hacer justicia, están destinadas a dar tiempo a la Justicia para cumplir eficazmente su función y si bien para acogerlas no se exige una prueba acabada de la procedencia del derecho invocado, ni el examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes, sí requiere de un análisis prudente por medio del cual sea dado percibir en el peticionario verosimilitud en el derecho invocado, siendo admisibles en tanto y en cuanto si, como resultado de una apreciación sumaria, se advierte que la pretensión aparece fundada y la reclamación de fondo se muestra viable y jurídicamente tutelable" (esta Cámara —antes de su división en salas— en "A., L. c. PAMI s/ amparo ley 16.986— medida cautelar" sent. del 15/12/2015; Inc. Apel. "Amelotti, M. J. —en representación de su padre Fluvio Amelotti— c. PAMI" sent. del 24/05/2015; Inc. Apel. "Z. A. c. Swiss Medical s/ amparo ley 16.986 - cautelar", sent. del 22/12/2015; Inc. Apel. "Soto, N. D. M. c. UPCN s/ amparo ley 16.986", sent. del 08/04/2016, entre muchos otros), circunstancias que, conforme lo apuntado, concurren en el presente caso, en el que ante la eventual concreción de un daño irreparable se debe otorgar una inmediata protección frente a la situación en la que se encuentra el afiliado (conf. Fallos: 324: 2042; 325:3542; 326:970, 1400 y 4981; 327:1444).

Aclarado lo que antecede, del resumen de historia clínica acompañado a fs. 6/7 y de los restantes estudios e informes médicos incorporados a la causa, se encuentra acreditada la malformación congénita —atresia esofágica— y el delicado estado de salud del menor derivado de la eventualidad de un broncoespasmo, tal y como ha sido referido con anterioridad, circunstancia que determina, *prima facie*, tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora.

7. Que sumado a lo expuesto debe tenerse especial consideración en que fue la misma médica terapista —Dra. Carina Avila— de la institución donde se encuentra internado el niño, quien prescribió el pedido de enfermero y/o acompañante terapéutico por 24 horas, lo que a *prima facie* descarta la existencia de duplicidad de prestaciones alegada por la recurrente.

Adviértase que en la historia clínica acompañada se detallan las características y gravedad de la patología que afecta al niño y los cuidados que requiere, de lo que se infiere que, a pesar de que el menor se encuentra en una unidad de terapia intensiva conectado a la aparatología necesaria al caso, requiere además de una persona que coadyuve las 24 horas del día en razón de la particularidad de su afección, antes detallada (asistencia con una sonda de aspiración manual).

7.1. Que, sin embargo, dadas las características particulares de la malformación congénita —atresia esofágica— que aqueja al infante V. P. P., el lugar de internación con aislamiento —box de vidrio— en UTI y las concretas necesidades que informan el pedido cautelar, se considera que las prácticas a cumplir no demandan de un acompañante terapéutico, sino que un enfermero colabore con el personal de la institución en los cuidados que requiere y normalmente se le prestan en la UTI, lo que se vislumbra como la solución prestacional compatible con el cuadro descripto.

Téngase en cuenta que la figura del acompañante terapéutico está contemplada dentro de la ley de salud mental (26.657) en el marco de un tratamiento psicológico o psiquiátrico, debiendo ser prescripto por un médico especialista, razón por la cual no corresponde su intervención en el supuesto en estudio.

En suma, la índole de los derechos en juego, la patología que adolece el menor, los estudios e informes médicos y la prueba acompañada en el expediente principal (cfr. fs. 2/23 del expediente N° 4253/20), persuaden en el mantenimiento de la medida otorgada con la salvedad apuntada, correspondiendo asegurar su autorización y efectiva prestación. De lo contrario, la denegatoria de la medida cautelar podría ocasionar un perjuicio al hijo de los amparistas que se tornaría irreparable, o al menos de difícil solución ulterior.

Lo aquí decidido es sin perjuicio de que al momento de resolver el fondo de la cuestión se evalúe en forma exhaustiva y detallada la prueba a producir en torno a la justificación de la prescripción solicitada por la médica terapista (conf. pto. VII inc. 3 de la demanda y pto. V del informe del art. 8 de la ley 16.986).

Asimismo, cabe recordar que la interinidad y mutabilidad son características esenciales de toda medida cautelar, pudiendo ser modificada o suprimida atendiendo a la variación o invalidez de las circunstancias del caso (confr. Fallos: 289:181).

7.2. Que, por su parte, corresponde desestimar el agravio respecto a que se afecta la financiación de la obra social, toda vez que la recurrente no acreditó que la medida le produzca el perjuicio económico al que refiere, perdiendo entidad frente al derecho de salud del menor que la medida pretende tutelar.

8. Que las costas se imponen por su orden atento a las particularidades del caso (art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo que, se resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 52/54 y, en consecuencia, Confirmar la medida cautelar dictada el 16/12/2020, con la salvedad en el punto 7.1.

Costas por el orden causado. II. Regístrese, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 de 2013 y oportunamente devuélvase. — *Luis R. Rabbi Baldi Cabanillas. — Santiago French. — Alejandro A. Castellanos.*

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Falta de medios para afrontar los gastos de una contienda judicial. Otorgamiento.

1. — Debe confirmarse la resolución que concedió al actor el beneficio de litigar sin gastos, toda vez que ha quedado demostrado que el peticionante carece de medios para afrontar los gastos que insume la contienda judicial, sin que la citada en garantía hubiera aportado elementos de los que pueda inferirse una situación económica distinta a la acreditada en autos.

2. — La procedencia del beneficio de litigar sin gastos no requiere inexorablemente que el interesado se encuentre en estado de indigencia o carezca de patrimonio. Es suficiente para su concesión que los gastos derivados del proceso sean susceptibles de incidir en los recursos destinados al sustento de aquel y, en su caso, de su grupo familiar.

CNCiv., sala M, 25/11/2020. - Rossi, Jorge Enrique s/ beneficio de litigar sin gastos.

[Cita on line: AR/JUR/64447/2020]

19828/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 25 de 2020.

Vistos:

I. Vienen estos autos a conocimiento del Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto mediante presentación digital incorporada al sistema el 09/10/2019 por la citada en garantía, contra la resolución de fecha 6 de octubre de 2020 mediante la cual la Juez de grado concedió a Jorge Enrique Rossi de manera íntegra el beneficio de litigar sin gastos.

La aseguradora citada fundó su recurso por medio de presentación incorporada el 16/10/2020 y solicitó se deniegue la totalidad de la franquicia. Corrido el traslado pertinente, el mismo no fue contestado por el accionante.

El Fiscal de Cámara dictaminó el 20 de noviembre de 2020.

II. En el caso, Jorge Enrique Rossi promovió el presente beneficio de litigar sin gastos vinculado con la acción que inició contra Damián Marcelo Peisajovich y Caja de Seguros SA por daños y perjuicios que reclama a raíz del siniestro objeto de los autos principales. En dichos actuados reclama la suma de $961.000 o lo que en más o menos corresponda establecer con más intereses. A la fecha, dicho expediente se encuentra en estado probatorio.

De la prueba testimonial aportada por el peticionante, surge que las testigos A. F. R. y J. E. T. declararon que el actor es jubilado, que dicho beneficio es el único ingreso que posee, que alquila un departamento de dos ambientes en el barrio de Santa Rita, que carece de bienes suntuosos y que no ha realizado viajes en los últimos 3 años. Por su parte, una de las mencionadas adicionó que no posee tarjetas de crédito y la otra agregó que solo posee la cuenta de ahorro en el Banco Nación que le otorgó el ANSES.

Posteriormente, en los autos principales, surge que el actor es soltero, que convive desde hace 13 años con su pareja, y, en el presente incidente, solo se ha acreditado que el accionante es titular de un rodado dominio ...

III. En la especie, ha quedado demostrado que el peticionante carece de medios para afrontar los gastos que insume la contienda judicial, sin que la citada en garantía hubiera aportado elementos de los que pueda inferirse una situación económica distinta a la acreditada en autos.

En tal sentido, es sabido que la procedencia de la petición no requiere inexorablemente que el interesado se encuentre en estado de indigencia o carezca de patrimonio. Es suficiente para su concesión que los gastos derivados del proceso sean susceptibles de incidir en los recursos destinados al sustento de aquel y, en su caso, de su grupo familiar. Ello es así, pues el motivo por el cual se estableció la institución que nos ocupa, radica en evitar soluciones que impliquen, en definitiva, denegar el acceso a la justicia a quien se considera con derecho a ello (cfr. esta Sala, "Fuster, Mariano E. c. Infantes SRL s/ beneficio de litigar sin gastos", R. 480480 del 12/07/2007).

En función de lo expuesto, considerando que la concesión del beneficio de litigar sin gastos queda librada a la prudente apreciación judicial, en tanto los medios probatorios incorporados al incidente reúnan los requisitos suficientes para llevar al ánimo del juzgador la verosimilitud de las condiciones de pobreza alegadas (CSJN in re "Apen Aike SA c. Santa Cruz, Provincia de s/ beneficio de litigar sin gastos", Fallos: 326:4319) y por encontrarse configurados los requisitos de admisibilidad del beneficio requerido,

corresponde rechazar los agravios de la citada en garantía y confirmar el pronunciamiento recurrido en cuanto concede a la parte actora la franquicia peticionada.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución del 6 de octubre del 2020. Con costas en la Alzada en el orden causado, atento a la falta de oposición (arts. 68 y 69 del Cód. Procesal). Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes por Secretaría y al Fiscal de Cámara y devuélvase al juzgado de origen. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *Gabriela A. Iturbide.* — *María I. Benavente.*

CADUCIDAD DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Actividad impuesta al funcionario judicial. Apartamiento de la doctrina plenaria. Improcedencia.

1. — Ante el incumplimiento de lo prescripto por la ley ritual, resulta improcedente decretar la caducidad de instancia en el *sub lite*, en tanto esta queda excluida cuando la prosecución del trámite depende de una actividad impuesta al secretario o al prosecretario administrativo como ocurre en el caso **[1]**.

2. — Es requisito para la procedencia de la caducidad de instancia que las partes no hayan instado el curso del procedimiento dentro de los plazos legales, siempre que el proceso no se encuentre pendiente de alguna resolución y que la demora no fuera imputable al Tribunal o la prosecución del trámite dependiere de una actividad que el Código del rito o las reglamentaciones de superintendencia imponen al secretario u oficial primero.

3. — No subsiste la vigencia de la doctrina plenaria fijada por la Cámara *in re* "Berardoni, Héctor C. c. Giangiacomo, Juan y otro" del 29/08/1990, en virtud de la cual correspondía decretar la caducidad de la segunda instancia, transcurrido el plazo legal, cuando una causa, en condiciones de ser elevada a Cámara, no era remitida por omisión del secretario o prosecretario administrativo de la secretaría actuaria **[2]**.

CNCom., sala A, 19/11/2020. - Pittau, Alejandra Fabiana c. Next Car SRL s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/61624/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "De Ciutiis, Rita c. Negro, María Graciela", 08/05/2007, AR/JUR/4822/2007, rechazó la caducidad de la instancia extraordinaria ya que la actividad omitida debía ser realizada por la Alzada.

[2] La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en "Berardoni, Héctor C. v. Giangiácomo, Juan y otro", 29/08/1990, cita online: 700344097 sostuvo que cuando una causa en condiciones de ser elevada a la Cámara no es remitida por omisión del secretario o prosecretario administrativo de la secretaría actuaria, transcurrido el plazo legal corresponde decretar la caducidad de la 2a. instancia.

COSTAS

Se imponen por su orden.

23.758/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 19 de 2020.

I. Atento que con fecha 23/10/2020 se dictó el plenario "Autoconvocatoria a plenario s/ revisión de la doctrina del plenario "Berardoni, Héctor C. c. Giangiacomo, Juan y otro", corresponde dejar sin efecto la suspensión dispuesta en autos con fecha 10/03/2020 y pasar a resolver el planteo de la caducidad de la segunda instancia interpuesto por la parte actora.

II. Y vistos:

1.) Con fecha 10/12/2019 la parte actora planteó caducidad de la segunda instancia abierta con la concesión recursiva de fecha 10/07/2019.

Corrido el traslado, la demandada recurrente no contestó.

2.) Dispone el Cód. Proc. Civ. y Comercial 310 inc. 2° que el plazo de perención en esta instancia es de tres meses.

Es requisito para la procedencia de la caducidad de instancia que las partes no hayan instado el curso del procedimiento dentro de los plazos legales, siempre que el proceso no se encuentre pendiente de alguna resolución y que la demora no fuera imputable al Tribunal o la prosecución del trámite dependiere de una actividad que el Código del rito o las reglamentaciones de superintendencia imponen al secretario u oficial primero (rectius: Prosecretario Administrativo).

Asimismo, los plazos se computan desde la fecha de la última petición de las partes, o resolución o ac-

tuación del Juez o del Tribunal, que tenga por efecto impulsar el procedimiento.

El lapso temporal comienza a correr desde que se produce la apertura de aquella, es decir, desde que se concede el recurso, ya que tal apertura se produce, en principio, con el otorgamiento de la apelación (esta CNCom. Sala A, 15/04/2005, "Svelitza, Julio c. Mizrahi, Ezequiel y otro s/ ejecutivo").

3.) Ahora bien, de una revisión de las presentes actuaciones, se observa que, con fecha 28/06/2019 se dictó sentencia definitiva admitiendo parcialmente la demanda deducida por Alejandra Fabiana Pittau, la cual fue notificada a la totalidad de las partes intervinientes y mediadora.

Ello así, con fecha 05/07/2019, la accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en autos, el cual fue concedido libremente el 10/07/2019.

Ahora bien, se advierte que, a partir del 17/07/2019 (cfr. art. 251 Cód. Proc. Civ. y Comercial), la presente causa se encontraba en condiciones de ser elevada a esta Alzada, lo cual no aconteció.

4.) Sobre este particular, cabe señalar que, esta Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 23 de octubre de 2020, en la causa "Autoconvocatoria a plenario s/ revisión de la doctrina del plenario "Berardoni, Héctor C. c. Giangiacomo, Juan y otro" decidió, que no subsiste la vigencia de la doctrina plenaria fijada por esta Cámara *in re* "Berardoni, Héctor C. c. Giangiacomo, Juan y otro" el 29/08/1990, en virtud de la cual correspondía decretar la caducidad de la segunda instancia, transcurrido el plazo legal, cuando una causa, en condiciones de ser elevada a Cámara, no era remitida por omisión del secretario o prosecretario administrativo de la secretaría actuaria.

Esta Excma. Cámara ponderó para autoconvocarse y dictar nuevo plenario, que la tesis expuesta en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citados en el voto mayoritario del referido plenario "Berardoni" resultaba, "difícilmente compatible" con la letra expresa del nuevo art. 313, inc. 3° del Cód. Procesal y que el Alto Tribunal ya había sostenido con posterioridad, en diversas oportunidades, la postura contraria a la que surgía del mentado plenario. Ello ocurrió *in re:* CSJN: "De Ciutiis, Rita c. Negro, María G. s/ ejecución hipotecaria", 08/05/2007; "Comellas de Molina, Nancy L. y otro c. Racedo, Zulema de J. s/ ejecución hipotecaria", 06/05/2008; "C., SA c. Obra Social de Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", 26/12/2017, "Assine SA c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ proceso de ejecución", 21/11/2018 y "Battistessa, Jorge L. c. Martínez, Miguel Ángel y otros s/ daños y perjuicios", 01/10/2020.

Para fundar el nuevo criterio, la Corte tuvo en cuenta que, cuando se traslada al apelante la responsabilidad derivada de la demora en elevar la causa al tribunal superior, se soslaya, no solo lo dispuesto en el art. 251 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación —que coloca en cabeza del oficial primero la obligación de remitir los expedientes a la alzada una vez contestado el traslado previsto en el artículo 246— sino, también, lo establecido en el artículo 313, inc. 3° del aludido código en cuanto excluye la ocurrencia de la caducidad cuando "...la prosecución del trámite dependiere de una actividad que este Código o las reglamentaciones de superintendencia imponen al secretario o al oficial primero..." (Corte Suprema, Fallos: 341:1655).

Añadió esta Cámara que la vigencia de la doctrina fijada en el plenario "Berardoni", pese al actual criterio adverso de la Corte Suprema, acarreaba la configuración de una situación de colisión de mandatos para los magistrados de este Fuero. Es que, tanto las Salas de esta Cámara como los tribunales de la primera instancia debían, por un lado, estar a la letra expresa del art. 313 inc. 3° Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por otro, en los términos del art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, responder a la obligatoriedad de la doctrina plenaria aún vigente y finalmente, por otra parte —en principio y siempre que no se expongan razones fundadas que den sustento a una solución contraria respecto de la cuestión en debate—, debían atenerse a la regla sentada por el Alto Tribunal en punto al deber de conformar sus decisiones a las de ese cuerpo (confr. Fallos: 307:1094; 311:1644; 320:1660; 321:3201; 323:2322).

Resuelta pues, la pérdida de vigencia de la anterior doctrina plenaria, por los claros fundamentos del nuevo plenario, a los que solo cabe aquí, remitirse, ha de estarse a lo allí resuelto. Así las cosas, corresponde aquí, reiterar, sin lugar a dudas, la disposición del art. 251 Cód. Proc. Civ. y Comercial que establece que "en los supuestos del art. 245 y 250, el expediente o las actuaciones deben ser remitidos a la cámara dentro de quinto día de concedido el recurso o de formada la pieza separada, en su caso, mediante constancia y bajo la responsabilidad del oficial primero (rectius: prosecretario administrativo)" y que, "en el caso del artículo 246 dicho plazo se contará desde la contestación del traslado, o desde que venció el plazo para hacerlo.".

En el caso, como se señalará en el considerando anterior, la causa se encontraba en condiciones de ser elevada con fecha 17/07/2019 pues no quedaba pendiente actuación alguna para cumplir con ello. Así las cosas, resultó aplicable en el *sub lite*, la carga impues-

ta por el art. 251 Cód. Proc. Civ. y Comercial, debiendo el tribunal elevar las actuaciones a esta Alzada sin más trámite.

En consecuencia, ante el incumplimiento de lo prescripto por la ley ritual, resulta improcedente decretar la caducidad de instancia en el *sub lite*, en tanto esta queda excluida cuando la prosecución del trámite depende de una actividad impuesta al secretario o al prosecretario administrativo como ocurre en el caso (conf. art. 313, inc. 3, del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

5.) Por los fundamentos precedentes, esta Sala resuelve: Rechazar la caducidad de la segunda instancia planteada. Imponer las costas por su orden, atento al cambio en la jurisprudencia plenaria de este fuero, explicada en el cuerpo de este decisorio (Cód. Proc. Civ. y Comercial: 68 segundo párr. y 69). Notifíquese la presente resolución a las partes. Solo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). Oportunamente, devuélvase las actuaciones a la instancia anterior. A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1 de la ley 25.865, según el Punto I.3 del Protocolo anexado a la Acordada 24/2013 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. — *María E. Uzal. — Alfredo A. Kölliker Frers.*

PRUEBA ANTICIPADA

Constatación de mensajes efectuados vía WhatsApp. Existencia de otras vías. Posibilidad de mantener inalterable la prueba. Rechazo.

1. — Debe rechazarse el ofrecimiento de prueba anticipada consistente en la constatación de mensajes efectuados vía WhatsApp, ya que existirían otras vías para verificar y certificar la existencia de tales diálogos, el actor siquiera manifestó no poder hacerse cargo de los gastos que ello pudiere demandar y es resorte propio del interesado mantener inalterable la prueba, para la etapa pertinente.

2. — El art. 326 del Cód. Procesal prevé la posibilidad de la producción anticipada de pruebas antes de iniciar la demanda o con posterioridad a ello, siempre que se tuvieren motivos justificados para temer que resulte imposible o muy difícil su cumplimiento en la etapa que regularmente debe llevarse a cabo en cada proceso. Y en tanto importa un adelantamiento excepcional y preventivo de las demostraciones, en una etapa que no es propia, no deben ser admitidas más allá de lo estrictamente necesario, porque de otra manera podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad al procurarse a una de las partes informaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio.

CNCiv., sala C, 19/11/2020. - B., N. U. c. T., M. V. s/ prueba anticipada.

[Cita on line: AR/JUR/64503/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

35221/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 19 de 2020.

Considerando:

I. Contra el decisorio de fecha 28/09/2020 que desestimó el pedido de prueba anticipada tendiente a que se ordene constatar judicialmente los diálogos ocurridos que serían reflejo de los mensajes de texto y audio enviados mediante la aplicación WhatsApp, el actor interpone revocatoria con apelación en subsidio mediante presentación de fecha 28/09/2020.

Desestimada la primera, el Sr. Magistrado de grado concedió el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

II. Se queja la apelante de que el juzgador desestimara la prueba anticipada solicitada. Argumenta que su pedido se sustenta en que la vida útil de un teléfono celular resulta ser limitada, por lo que considera que en algunos años su teléfono será obsoleto o podrá ser extraviado, sustraído o simplemente cambiado para adquirir otro y en el traspaso de datos sería posible que se borren los mensajes.

III. El art. 326 del Código Procesal prevé la posibilidad de la producción anticipada de pruebas antes de iniciar la demanda o con posterioridad a ello, siempre que se tuvieren motivos justificados para temer que resulte imposible o muy difícil su cumplimiento en la etapa que regularmente debe llevarse a cabo en cada proceso.

Y en tanto importa un adelantamiento excepcional y preventivo de las demostraciones, en una etapa que no es propia, no deben ser admitidas más allá de lo estrictamente necesario, porque de otra manera podrían quedar comprometidos los principios de igualdad y lealtad al procurarse a una de las partes in-

formaciones por vía jurisdiccional sin la plenitud del contradictorio.

En esta senda, no solo deberán existir motivos serios para su admisión, sino que tampoco corresponde utilizar este instituto procesal, en aquellos casos en que exista la posibilidad de acceder a los datos requeridos mediante la utilización de vías extrajudiciales (Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", tomo VI, p. 20). Boletín 252. Toq. 1183, cit. online Id SAIJ: FA05040377). Recuérdese que pesa sobre la accionante la carga de suministrar al tribunal los elementos que hagan a su pretensión, y recién, cuando le resulte imposible sin la ayuda jurisdiccional adquirir la prueba requerida, podrá admitirse la pretensión. (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y Anotados", Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Segunda edición, año 1989, T. IV-A, p. 448 y ss., cit. por CNCom., Sala F, "Bregant Conrado, Luis c. Espasa SA y otro s/ prueba anticipada" del 14/08/2018).

Sentado ello, en el caso, existirían otras vías para verificar y certificar la existencia de los diálogos y mensajes efectuados vía "whats app" que menciona el accionante.

Y en este sentido, merece ponerse de relieve que el actor siquiera manifiesta no poder hacerse cargo de los gastos que ello pudiere demandar.

Asimismo, se comparte lo expuesto por el Juez de grado en el sentido que es resorte propio del interesado mantener inalterable la prueba, para la etapa pertinente.

Por lo demás, lo cierto es que no se advierten razones fundadas de urgencia o indicio alguno que permita inferir con cierto grado de verosimilitud el apremio en la producción de la prueba de que se trata, pues los argumentos expuestos resultan ser meramente conjeturales; máxime cuando, como se dijera, la prueba puede ser obtenida por otras vías.

Por todo ello, se resuelve: Confirmar la resolución recurrida en cuanto ha sido materia de agravio. Con costas de alzada en el orden causado por no haber mediado sustanciación (Arts. 68 *in fine* y 69 del Cód. Procesal). Regístrese, notifíquese en los términos de la Acordada N° 38/2013 de la CSJN, publíquese y oportunamente devuélvase. — *Omar L. Díaz Solimine.* — *Juan M. Converset.* — *Pablo Tripoli.*

REPRESENTACIÓN JUDICIAL

Pedido de desglose de la contestación de demanda fundado en que la abogada que realiza la presentación no está matriculada en esa jurisdicción. Rechazo.

> El pedido de desglose de la contestación de demanda fundado en que la presentación la efectuó una abogada que no se encuentra matriculada en esta jurisdicción debe rechazarse, pues esa omisión no obsta la posibilidad de ejercer representación judicial en los términos de la ley 10.996, sino que solo impide el ejercicio de la profesión de abogado en este ámbito, que es cosa distinta.

CNCom., sala C, 30/11/2020. - De Wysiecki, Graciela Verónica c. Volkswagen SA de Ahorro p/f Determinados y otro s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/66014/2020]

Expediente N° 27993/2019/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 30 de 2020.

Vistos:

I. Viene apelada por la parte actora la resolución que denegó el pedido de la nombrada orientado a obtener el desglose de la contestación de demanda realizada por su contendiente.

En apretada síntesis, sostuvo la recurrente que aquella presentación había sido efectuada por una abogada que no se encontraba matriculada en esta jurisdicción.

II. Los antecedentes recursivos se encuentran individualizados en la nota digital de elevación respectiva.

III. Como es sabido, la representación puede ser legal o voluntaria.

En el caso, y tratándose de una representación voluntaria para hacer valer en juicio ante un Tribunal Nacional, el representante debe reunir alguna de las calidades que exige el art. 1° de la ley 10.996, o estar exceptuado de ellas en función de lo dispuesto en el art. 15 de ese mismo ordenamiento.

En la especie no se discute que la doctora Gabriela R. Pascual reviste la calidad de abogada con título expedido por Universidad Nacional, de modo que, de conformidad con lo previsto en el inc. 1° del art. 1 de la ley recién citada, la nombrada se encuentra habilitada para representar a la actora, tal como surge del poder copiado a fs. 90/110 (según su foliatura digital).

Es verdad que la referida profesional no se encuentra matriculada en esta jurisdicción, pero esa omisión no obsta la posibilidad de ejercer representación judicial en los términos de la ley 10.996, sino que solo impide el ejercicio de la profesión de abogado en este ámbito, que es cosa distinta (esta Sala C —integrada—, en autos "De Bellefroid, Edmond M. A. H. F. c. Siscard SA y otro s/ ordinario", del 09/10/2012).

En ese contexto, y siendo que la profesional que invocó aquella representación ha sido asistida en juicio por la Dra. Agustina L. Rizzi —quien sí se encuentra matriculada en esta jurisdicción— de conformidad con lo dispuesto por el art. 56 del código procesal, la representación voluntaria examinada debe ser aceptada.

Finalmente, no cuestionada la calidad del representante legal de Arias Hermanos SA para otorgar poder a favor de la Dra. Pascual e instituirla de tal modo como representante voluntaria —extremo que sí se había verificado en la sentencia dictada por esta Sala en los autos "Austral Construcciones SA c. Inspección General de Justicia s/ recurso de queja", del 10/10/2017, que el apelante invoca a su favor—, corresponde decidir la cuestión en el sentido adelantado.

En cuanto al régimen de costas, toda vez que no se advierte la existencia de motivo válido que justifique apartarse del principio general que rige la materia, según el cual tales costas deben ser soportadas por la parte vencida, cabe también ratificar la solución adoptada en el caso sobre ese aspecto.

Dado el modo en que se decide, y siendo que la conducta que se reprocha a la apoderada de la parte codemandada no se subsume dentro de los parámetros contenidos en el art. 45 del Cód. Procesal, corresponde desestimar sin más el pedido de sanción contra ella por temeridad y malicia.

Por ello se resuelve: a) rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución impugnada; b) imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (Art. 68 Cód. Procesal). Notifíquese por secretaría. *—Eduardo R. Machín. — Julia Villanueva.*

NOTIFICACIONES EN PANDEMIA

Rechazo del planteo de nulidad de la notificación por carta documento. Omisión de incorporar las copias de traslado. Ampliación del plazo para contestar las demandas. Reflexión de los jueces sobre la extensión de los escritos en cuestiones procedimentales sin complejidad.

1. — Cuando la accionante envió la carta documento, omitió lo atinente a las copias de traslado en la Carta Documento y ello imposibilitó al demandado contar con las mismas. Sentado ello, es claro que la omisión en que se incurrió, reconocida por la propia actora, se asimila a la cédula con falta de copias. Ello descarta la nulidad que se pretende, en la medida en que la comunicación ha cumplido su finalidad de anoticiar la existencia de este proceso. Y, desde ya, es inviable que se disponga una nueva notificación al domicilio real, como lo pretende el nulidicente, frente a la situación (conocida por todos) vinculada con el funcionamiento de las Oficinas de Notificaciones durante la emergencia sanitaria.

2. — La resolución apelada dispone la suspensión de los plazos para contestar desde el momento en que se planteó la nulidad, lo que deja al apelante un día (más el plazo de gracia) para evacuar la réplica. Si bien esa es la solución a la que usualmente se acudía en aquellos casos en los cuales faltaban las copias de traslado, hay algo innegable: estas nuevas modalidades notificatorias, a las que hemos debido acudir en la emergencia, han planteado nuevos desafíos a los cuales, como lo hemos tratado de hacer en anteriores decisiones, deben buscársele soluciones razonables y que, compatibilizando los derechos de todos los involucrados, resguarden en la mayor medida posible el derecho de defensa de todos. Deberá modificarse la resolución apelada en cuanto al plazo que brinda para que la parte demandada evacúe su réplica, siendo tal el de cinco días (con más el plazo de gracia).

CCiv. y Com., Morón, sala II, 20/10/2020. - A. F. E. c. B. G. M. s/ materia a categorizar.

[Cita on line: AR/JUR/48512/2020]

Causa N° MO-20718-2019 R.I.: 99/2020

2ª Instancia.- Morón, octubre 10 de 2020.

Considerando:

I. Que, de todo comienzo, cabe una reflexión, hacia ambas partes.

En el caso nos hallamos discutiendo una cuestión de naturaleza procedimental, sin aristas de complejidad (como lo veremos mas adelante).

Frente a este cuadro de situación, para nada se justifica la desmedida extensión del memorial, y en alguna medida su réplica, que nos obligan a leer decenas de páginas, muchas de las cuales —en realidad— no aportan nada.

Al respecto, cabe preguntarse qué suma —en los términos del art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Comercial— la transcripción íntegra en el memorial del planteo nulitivo, de la resolución apelada, de sumarios jurisprudenciales genéricos e, incluso, de definiciones y conceptos provenientes de la filosofía aristotélica.

Por supuesto que si la cuestión lo ameritara, nada diríamos a la extensión de los escritos, pero frente a una temática tan sencilla, no parece pertinente estar distrayendo el tiempo de los órganos jurisdiccionales (con gran cúmulo de trabajo, en esta situación emergencial) con semejante nivel de extensión, y cuando la extensión —insistimos— es solo el fruto del copiado y pegado de considerables volúmenes de texto.

Lo mismo afecta a la réplica del memorial, quizás en menor medida.

II. Zanjada tal cuestión, e ingresando al fondo del asunto, tenemos que aquí se ha autorizado a notificar el traslado de demanda vía carta documento (ver resolución de fecha 11 de Agosto de 2020); al hacerlo, se dieron las directivas para proceder, especialmente en lo atinente a las copias de traslado, tema problemático cuando se utiliza este medio, al cual —como es sabido— no es posible adjuntarle materialmente dichas copias (en igual sentido lo hemos hecho al resolver en la Causa MO-12350-2018, R.I. 89/2020).

Pues bien, sucede que cuando la accionante envió la Carta Documento, omitió lo atinente a las copias de traslado en la Carta Documento (ella misma lo reconoce al replicar el memorial) y ello imposibilitó al demandado contar con las mismas.

El accionado planteó la nulidad de la notificación en su escrito de fecha 24 de Agosto de 2020, nulidad que fue repelida mediante el auto apelado, suspendiendo —en cambio— el término para contestar en las condiciones indicadas en el punto 2 de su parte dispositiva.

Sentado ello, es claro que la omisión en que se incurrió, reconocida por la propia actora, se asimila a la cédula con falta de copias.

Al respecto, y en el mismo sentido que el auto apelado, esta Sala ha dicho que "la omisión de la entrega de copias en el acto de la notificación, o las eventuales deficiencias de las copias que acompañan a la cédula, no importa la nulidad de la diligencia, sino que solamente autoriza a solicitar, en término, la suspensión del plazo hasta tanto se subsane la omisión" (esta Sala en causa N° 45470 R.S. 543/04; 53094 R.S. 307/06; 58806 R.S. 193/11; entre otras).

Ello descarta la nulidad que se pretende, en la medida en que la comunicación ha cumplido su finalidad de anoticiar la existencia de este proceso (arts. 149 y 169 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Y, desde ya, es inviable que se disponga una nueva notificación al domicilio real, como lo pretende el nulidicente, frente a la situación (conocida por todos) vinculada con el funcionamiento de las Oficinas de Notificaciones durante la emergencia sanitaria.

En tal sentido, y en la causa antes citada (MO-12350-2018, R.I. 89/2020), hemos autorizado la notificación por Carta Documento.

Por lo demás, aquí el nulidicente se presentó y constituyó domicilio electrónico (ver escrito de fecha 24 de Agosto de 2020) con lo cual, es dicho domicilio el que ha de utilizarse de ahora en mas (doct. art. 41 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

De este modo, las quejas que apuntan a la declaración de nulidad no habrán de admitirse.

Aunque sí hay un tramo de los agravios que consideramos atendible.

En efecto: la resolución apelada dispone la suspensión de los plazos para contestar desde el momento en que se planteó la nulidad, lo que deja al apelante un día (mas el plazo de gracia) para evacuar la réplica.

Si bien esa es la solución a la que usualmente se acudía en aquellos casos en los cuales faltaban las copias de traslado, hay algo innegable: estas nuevas modalidades notificatorias, a las que hemos debido acudir en la emergencia, han planteado nuevos desafíos a los cuales, como lo hemos tratado de hacer en anteriores decisiones (causas MO-33985-2016 R.I:60/2020; MO-14406-2014 R.I.: 85/2020; MO-12350-2018, R.I. 89/2020), deben buscársele soluciones razonables y que, compatibilizando los derechos de todos los involucrados, resguarden en la mayor medida posible el derecho de defensa de todos.

Aquí, el derecho de la accionante estuvo suficientemente resguardado cuando se le autorizó la notificación por Carta Documento; allí también se le indicó, claramente, cómo debía proceder.

Lo importante es que no lo hizo (reflexionamos, en el punto, lo complejo que resulta para los órganos jurisdiccionales desarrollar sus funciones en estos tiempos de emergencia cuando se señala claramente qué hacer, y ello es desoído por las partes y sus asistencias letradas).

Indudablemente, esta omisión no puede redundar en perjuicio de la contraria y, por mas que haya

efectuado su presentación en el último día, lo determinante es que toda esta cuestión se instaló a raíz de la omisión de la actora, que debió haber prestado mas atención al proceder (los tiempos de emergencia a los que nos estamos enfrentando exigen máxima diligencia de todos los involucrados para, entre todos, contribuir a un mejor funcionamiento del servicio).

Por lo demás, no dejamos de advertir que este problema se da en una causa de familia (que no resultaba libremente accesible vía MEV), con un plazo bastante breve para contestar (cinco días) y en el contexto de actuaciones que no encuentran regulación específica en la normativa procedimental (la notificación del traslado de demanda vía Carta Documento, con una solución tecno-pretoriana para la adjunción de copias) lo que, obviamente, pudo generar a la letrada de la demandada razonables cavilaciones acerca de cómo proceder.

Por ello, en tren de conjugar los derechos de todos los involucrados (no perdamos de vista que está en juego ni mas ni menos que la contestación de demanda) y de evitar que, por excesos rituales, se pierdan derechos (ver, en tal sentido, los excelentes fundamentos dados por la SCBA en la causa L. 121.955, "Carrizo, María E. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Accidente in itinere", sentencia del 13 de Octubre de 2020) entendemos que, admitiéndose este tramo de las quejas, deberá modificarse la resolución apelada en cuanto al plazo que brinda para que la parte demandada evacúe su réplica, siendo tal el de cinco días (con mas el plazo de gracia) que se computará en la forma indicada en el auto apelado.

Por ello, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución apelada en cuanto al rechazo de la nulidad planteada y modificarla en cuanto al plazo que brinda para que la parte demandada evacúe su réplica, siendo tal el de cinco días (con mas el plazo de gracia) que se computará en la forma indicada en el auto apelado. Costas de Alzada, en el orden causado, atento la naturaleza de la cuestión, lo dudoso del tema y el éxito parcial del recurso (arts. 68 y 71 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese. Devuélvase, encomendándose las pertinentes notificaciones a la instancia de origen. — *Roberto C. Jordá.* — *José L. Gallo.*

SEGUROS

Jurisprudencia

DEBER DE INFORMACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO

Seguro contra incendio. Póliza contratada "a prorrata". Condena al pago total de las sumas aseguradas. Daño moral y daño punitivo.

1. — La inconducta de la demandada quedó acreditada: incumplió el deber de información al consumidor al no explicarle el alcance de la cláusula "a prorrata" del incendio de edificio y el seguro técnico correspondiente a su póliza; en lo atinente a los rubros contratados a "primer riesgo absoluto" pretendió disminuir su pago culpando al asegurado por haber tirado los bienes a un contenedor y no poder analizarlos, cuando demoró más de veinte días en concurrir al domicilio denunciado, mientras el actor se debatía entre esperar las indemnizaciones que no llegaban y reparar su vivienda para volver lo antes posible, dado que se encontraba pernoctando en el entrepiso de un kiosco con su familia en condiciones precarias. En ese contexto de desesperación del asegurado, la demandada intentó desobligarse ofreciéndole una suma de dinero inferior a la que estaba obligada. Todo ello pone de manifiesto su actitud indolente y desaprensiva, que además de constituir un incumplimiento del contrato de seguro, constituye un menosprecio grave a los derechos del consumidor asegurado, que torna procedente y justifica el daño punitivo fijado en la sentencia de grado **[1]**.

2. — La demandada no cumplió con el deber de brindar información cierta, clara y detallada al consumidor, con relación al alcance y contenido de la cláusula que establece la indemnización "a prorrata" del incendio del edificio y del seguro técnico, por lo que cabe confirmar su inaplicabilidad al presente caso, tal como fuera dispuesto en la sentencia apelada, debido a la transgresión a los deberes de información y buena fe en el contrato de seguros de consumo, y además debe confirmarse la condena a pagar el total de la suma asegurada en $522.000 en concepto de incendio de edificio y $11.000 en concepto de seguro técnico, por encontrarse debidamente acreditado que el daño superó dichos montos.

3. — Mientras la sentencia apelada no aplica la cláusula "a prorrata", por no haber sido informada al asegurado, la apelante remite al actor literalmente a leer la póliza transcribiendo nuevamente la parte respectiva del contrato —ya lo había hecho al contestar la demanda—, como si la repetición tornara comprensible lo incomprensible, cuando la prueba del incumplimiento del deber de información surge clara del testimonio del productor, quién reconoció no entender el mecanismo de liquidación "a prorrata" al momento de venderle el seguro al actor. En este contexto no se puede exigir al actor que comprenda una cláusula que ni el propio productor de seguros que le vendió la póliza entendía al momento de explicarle las características del producto contratado. La prueba de la desinformación del asegurado es contundente, la compañía aseguradora incumplió con el deber de información al consumidor.

4. — La compañía aseguradora utilizó productores asesores para colocar sus productos, quienes tasan las propiedades aseguradas sin contar con una capacitación especializada para ello, pero aun así se realizó la tasación del inmueble del actor, y después del siniestro se declaró el infraseguro y se aplicó la cláusula "a prorrata" ofreciendo pagar la supuesta proporción asegurada sobre los daños sufridos que también son aprobados en forma unilateral por la aseguradora. De lo expuesto surge claro el perjuicio al asegurado, puesto que la compañía controla prácticamente todas las variables que resultan determinantes para establecer el monto indemnizatorio, mientras que el asegurado no tiene ningún conocimiento al momento de contratar en la incidencia que dichas variables tienen sobre su indemnización. La diferencia es insalvable y el perjuicio concreto, la compañía utilizó todos los recursos técnicos a su alcance para abonar lo menos posible al consumidor.

5. — El actor no sabía que suscribía la cláusula de indemnización "a prorrata" para el incendio del edificio, y no puede alegarse —como pretende la apelante— que debió saberlo porque estaba consignado en la póliza, porque el mero hecho de estar expresado en el contrato no significa que en este caso el contratante profano comprendió su alcance y contenido. A ello cabe añadir que el asegurado tampoco sabía que la compañía volvería a tasar su inmueble una vez producido el incendio —esta vez con personal especializado propio—, y que podría modificar la tasación de su propiedad en su perjuicio, estimando el doble de lo consignado en la póliza redundando ello en una reducción de su indemnización: en el caso de autos fue disminuida al 40,57% de los daños sufridos en la vivienda.

6. — El estado anímico y emocional displacentero del actor deriva de los incumplimientos atribuibles a la demandada: debió asumir personalmente los costos de limpieza y reparación de su vivienda destruida por el incendio; realizó ingentes gastos en la reposición de electrodomésticos, bienes muebles y útiles que abonó de su propio peculio sin auxilio de la aseguradora, y se vio obligado a vivir durante un plazo cercano a dos meses en el entrepiso de un kiosco de su propiedad en condiciones que pueden considerarse —cuanto menos— inapropiadas colchones en el piso, sin gas, cocina, ni ducha, siendo que el grupo familiar se compone de cuatro personas, dos de cuyos integrantes se encontraban en edad escolar y tuvieron que seguir concurriendo a clases, situación que no solo afectó su propia subjetividad sino que alcanzó al resto de la familia generando situaciones sumamente estresantes para todos sus integrantes.

CCiv. y Com., Azul, sala II, 03/12/2020. - Colombatto, Cristian Darío c. Provincia Seguros SA s/ daños y perj. incump. contractual (Exc. Estado).

[Cita on line: AR/JUR/72252/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III, 09/12/2015, "Vignolles, María de los Ángeles c. San Cristóbal Seguros Generales SA s/ daños y perjuicios - incumplimiento contractual (exc. Estado)", RCyS 2016-VI, 211; RCCyC 2016 (junio), 185.

Causa N° 2-65850-2020

2ª Instancia.- Azul, diciembre 3 de 2020.

1ª ¿Procede decretar la deserción del recurso de apelación de fecha 06/03/2020? 2ª ¿Corresponde confirmar la sentencia de fecha 26/02/2020? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

El actor solicitó la declaración la deserción del recurso de apelación de fecha 06/03/2020 por remitir a presentaciones anteriores y argumentos ya expuestos en la contestación de la demanda (cfr. presentación electrónica de fecha 19/08/2020). En el mismo sentido, el Fiscal General advierte que la pieza recursiva no contiene una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada, sino —en gran parte— exhibe una reiteración de argumentos vertidos en la instancia de origen (cfr. dictamen fiscal de fecha 07/09/2020).

No resultan atendibles tales planteos dado que la expresión de agravios del día 25/07/2020 cumplimenta, aunque más no sea mínimamente, la carga formal exigida por el Código Procesal, atento que en la memoria la demandada manifiesta haber cumplido con el deber de información al asegurado, niega haber incurrido en retraso en la inspección del siniestro, impugna la procedencia y prueba del rubro daño moral señalando que en materia contractual se requiere manifiesta gravedad, y afirma que no existe incumplimiento que justifique la aplicación del daño punitivo, agravios cuyo análisis requiere de la apertura de la instancia (cfr. presentación electrónica de fecha 25/07/2020; arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Esta Sala sostuvo 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 causa N° 54.255, del 26/08/2010, "Carrizo...", causa N° 55.509, del 28/09/2011, "Chasco D'Anna..."). Siguiendo tal orientación señaló que "...aunque diste de exhibir una adecuada suficiencia técnica siempre que se exteriorice, aunque sea mínimamente, el agravio o el esbozo de la crítica, se abre la función revisora en miras de asegurar más adecuadamente el derecho de defensa, y los principios y límites en esta materia deben ser aplicados en su justa medida bajo riesgo de caer en rigorismo excesivo por apego a las formas" (esta Sala, causas N° 45.959, sent. del 22/03/2003 "Bravo"; N° 49.423, sent. del 02/03/2006 "AADI CAPIF", N° 51.339, sent. del 20/09/2007 "Vidaguren"; N° 54.569, sent. del 03/08/2010 "Pereyra"; N° 57.069, sent. del 31/10/2012 "Nizzoli"; n° 58.099, sent. del 08/10/2013 "Nasello" y n° 61.089, sent. del 13/12/2016 "Simons...", N° 61.297, sent. del 29/12/2016, "Plan Rombo SA de Ahorro para Fines Determinados...", N° 65.039 del 21/05/2020 "Volkswagen SA de Ahorro para Fine Determinados c. Peralta", entre otras). Cabe traer a colación la opinión de Loutayf Ranea quien señaló que "en caso de duda sobre si el escrito en que se expresan los agravios reúne o no los requisitos para tenerlo por tal, ha de estarse por la apertura de la segunda instancia. En la sustentación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga cumplidos aún frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado; por ello, si la apelación cumple en cierta medida las exigencias del Código Procesal cabe estimar 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, T. I, p. 62 y jurisprudencia allí citada; esta Sala, causa n° 58.439, sent. del 18/03/2014 "HSBC Bank Argentina SA...", causa n° 57.474, sent. del 23/04/2014 "Bonachi...", entre otras).

Conforme lo expuesto, corresponde rechazar los planteos de insuficiencia técnica del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (cfr. presentación electrónica de fecha 19/08/2020, dictamen fiscal del día 07/09/2020, expresión de agravios de fecha 25/07/2020; arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.).

Así lo voto.

El doctor *Peralta Reyes* adhiere al voto precedente, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

I. Cristian Darío Colombatto promovió demanda de daños y perjuicios contra Provincia Seguros SA reclamando el pago de $862.500 por incumplimiento del contrato de seguro, póliza N° ... Manifestó que el día 9 de abril de 2017 sufrió un incendio en su vivienda, ubicada en la calle ... de Olavarría, que produjo importantes daños materiales en la estructura, instalaciones y muebles, así como también en electrodomésticos y bienes varios de su propiedad y de su familia. Señaló que el fuego dañó seriamente el techo de la casa, afectando los tirantes, el cielorraso y las chapas, y las paredes, en particular, las áreas correspondientes a la cocina y el living. Expresó que uno de los daños más costosos de reparar fueron la instalación eléctrica de la propiedad, que se vio afectada por el fuego y debió ser reemplazada en su totalidad. Afirmó que en el interior de la vivienda se produjeron cuantiosas pérdidas materiales producto del calor propagado, quemándose electrodomésticos, artefactos del hogar, muebles y útiles, prendas de vestir, adornos, cuadros, documentación, etc., entre otros tantos objetos que eran de uso diario en el hogar familiar. Manifestó que a raíz del deterioro general de la vivienda, que resultó temporalmente inhabitable, se vio obligado a residir en un comercio tipo kiosco de su propiedad, ubicado en la calle ... de Olavarría, alrededor cuarenta y cinco días, hasta que pudo acondicionarla lo que les generó todo tipo de incomodidades dado que el grupo familiar se compone de cuatro personas. Esa situación está agravada por la falta de respuesta de Provincia Seguros SA ya que las reparaciones requerían cuantiosas erogaciones que finalmente fueron asumidos personalmente por el demandante. Adujo haber depositado en un contenedor los electrodomésticos, muebles y utensilios dañados, mientras que desde la compañía aseguraban que debía concurrir un inspector a fin de corroborar dichos daños, pero el inspector compareció pasadas dos semanas desde el siniestro, por lo que el contenedor que contenía los bienes descartados ya había sido vaciado varias veces por gente que transitaba por la vía pública y tomaba las cosas. Reclamó el daño emergente por un monto no inferior a $500.000, la privación de uso por $22.500, daño punitivo $300.000 y daño moral $40.000, haciendo un total de $862.500, aclarando que dicho monto deberá ajustarse a lo que en más o en menos resulte de la prueba.

A fs. 89 amplió la demanda agregando veintisiete fotografías del inmueble siniestrado y ofreció como prueba pericial la designación de un ingeniero civil para que evalúe los daños, costos y tiempo necesario de reparación.

A fs. 82 amplió nuevamente la demanda ofreciendo prueba informativa a la Dirección de Defensa del Consumidor de Olavarría, a la Dirección de Defensa del Consumidor de la Provincia de Buenos Aires y a la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, para que informen si Provincia Seguros SA registra infracciones, antecedentes o sanciones relacionadas con incumplimientos a la Ley del Consumidor.

II. Provincia Seguros SA contestó la demanda y reconoció que la propiedad del actor, ubicada en la calle ... de Olavarría, se encontraba asegurada al momento de los hechos mediante la póliza N° ... en favor de Cristian Darío Colombatto. Señaló que dicha póliza corresponde a un seguro combinado familiar tradicional, con los detalles y alcances que surgen de las Condiciones Generales y Particulares, cuya copia adjuntó. Afirmó que la póliza se encontraba vigente y había sido contratada por una suma asegurada de $703.000, conforme los siguientes rubros, en lo que aquí interesa: incendio edificio $522.000 "a prorrata", incendio contenido $123.000 "primer riesgo asegurado", aparatos electrodomésticos $27.000 "primer riesgo asegurado", seguro técnico $11.000 "a prorrata". Expresó que la compañía aplicó el sistema de prorrata, tal como lo prevé la cláusula "PCFPU5 medidas de prestación franquicias", de la que surge claramente que se aplica la liquidación "a prorrata" para el incendio del edificio y "primer riesgo absoluto" para incendio contenido general. Expresó que fue designado el Estudio Roberto Hugo D' Adamo & Liquidadores para realizar la inspección del siniestro, aseguró que dicho estudio tomó inmediata intervención y procedió a realizar la investigación en tiempo y forma, elaborando un informe completo el día 16/06/2017, del cual se extrae que el asegurado no pudo dar detalles de cómo se originó el incendio y se mostró poco colaborador; que al momento de la intervención del liquidador se había modificado sustancialmente la escena del suceso, no habiendo el actor obtenido fotografías de los bienes incendiados antes de deshacerse de los restos u objetos supuestamente afectados por las llamas, de los cuales no existe constancia documental alguna. Describió el informe y concluyó que, conforme las condiciones generales y particulares que rigen la póliza contratada, al actor le correspondían $57.589,49

por los daños al edificio, y $28.293,22 por el contenido, en total $85.882,71. Consideró no haber incumplido el contrato, siendo la razón de este juicio que el actor no quiso aceptar la suma que le correspondía. Rechazó consecuentemente los daños reclamados.

III. La sentencia de Primera Instancia hizo lugar a la demanda de incumplimiento contractual y condenó a Provincia Seguros SA a pagar la suma de $745.500, más un interés equivalente a la tasa pasiva plazo fijo digital desde la fecha de mora el 09/04/2017 hasta su efectivo pago. A dicha indemnización añadió una suma de $300.000 en concepto de daño punitivo (art. 52 bis LDC). Impuso las costas a la demandada vencida y difirió la regulación de honorarios para su oportunidad.

Señaló que no se encuentra controvertido que el día 9 de abril de 2017 se produjo un incendio en el domicilio del actor sito en la calle ... de Olavarría, que la propiedad estaba asegurada en Provincia Seguros SA, y que resulta aplicable el régimen de contrato de seguro y la normativa del consumidor. Expresó que el actor contrató un seguro combinado familiar que cubría el incendio de la vivienda convencido de que producido un siniestro se activaría automáticamente el pago de la suma asegurada. Para arribar a dicha conclusión tuvo en cuenta la declaración del testigo B., productor de seguros que intermedió en la venta de la póliza al actor, que reconoció que el seguro es a prorrata pero el actor no comprendió esta información al momento de la aceptación. Consideró importante esa declaración testimonial en cuanto refirió que recién en los últimos años recibió capacitaciones sobre el tema que le permitieron entender mejor el alcance de la cobertura del producto que le vendió a Colombatto. Por lo tanto, concluyó que el actor aceptó la póliza en la creencia de que si su casa era destruida por un incendio recibiría la suma de $522.000. Señaló que la compañía tomó una tasación genérica del inmueble, que al momento del siniestro ascendía a $14.000 el m2, y la casa del actor había sido tasada en $8.000 al contratar la póliza, por lo que —advertida por el inspector esa diferencia— se depreció el monto a pagar. Consideró que el actor era ajeno a todas estas cuestiones, porque la información contenida en la póliza relativa a la cobertura no era clara, cierta y detallada como lo exige la Ley del Consumidor (art. 4°). La compañía incumplió con el señalado deber de información, que hace a la transparencia en los contratos de consumo conforme el cual los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor las características esenciales del bien o del servicio, y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato, deber que incluye el consejo, que es un análisis más particularizado y concreto del producto o servicio y debe concretarse antes de la contratación para que el asegurado conozca los riesgos que incluye el seguro y el alcance de la cobertura. Con relación a los bienes muebles sostuvo que la póliza no exige para el pago de la suma asegurada el detalle de los bienes muebles existentes en la vivienda al momento del siniestro. Argumentó que el productor de seguros declaró que la póliza no requiere la denuncia de los bienes muebles sino que debe abonarse el monto acordado. Describió los aspectos generales de la póliza, de los que surge que "...c) por mobiliario se entiende el conjunto de cosas muebles que componen el ajuar de la casa particular del asegurado, y las ropas y provisiones y demás efectos personales de este y de sus familiares, invitados y domésticos; d) por 'efectos' se entiende los útiles, herramientas, repuestos accesorios y otros elementos no comprendidos en las definiciones anteriores que hagan a la actividad del asegurado" (cfr. Condiciones específicas - Incendio: Definiciones de los bienes asegurados. Cláusula 5, fs. 111). Más adelante sostuvo que el liquidador no concurrió de manera inmediata a realizar la inspección de la vivienda, y si bien el actor no tenía facultades para modificar la cosa dañada conforme la cláusula 21 del contrato, dicha restricción resultaba operativa siempre y cuando el asegurador proceda sin demoras a la determinación de las causas del siniestro y a la evaluación de los daños. Consideró acreditado que el estudio liquidador demoró entre uno y dos meses para realizar la inspección (testigos S. Y. A., A. O. P., M. E. F. y Y. P. R.), incluso el productor de seguros declaró haber realizado gestiones con la compañía para agilizar los trámites, porque el actor tenía urgencia en reparar su casa, toda vez que durante los arreglos, vivió con su familia en el entrepiso de un kiosco de su propiedad, que no contaba con las comodidades —como gas, cocina, ducha— para ser habitado de manera permanente. Por lo tanto, concluyó que el accionar del actor de remover los bienes muebles dañados de la vivienda no configura una acción maliciosa, sino indispensable para reparar el daño y poder habitar su casa, y consideró que la parte demandada no alegó justificación alguna en la demora de la inspección del siniestro. Añadió que la aseguradora no abonó ningún concepto por el hecho de autos y solo hizo un ofrecimiento de $85.882,71 el día 06/07/2017, que no fue aceptado. Refirió que la pericia contable acreditó la falta de pago de la suma asegurada y también que la compañía incurrió en demoras injustificadas en la ejecución del contrato, el que incumplió omitiendo reparar la cosa dañada en tiempo y forma. Concluyó que de tal incumplimiento derivaron daños al actor.

Con relación a los daños expresó que el seguro contratado cubría del incendio del edificio $522.000, del incendio del contenido $123.000, por cristales $1.000, por robo $19.000, por aparatos electrodomésticos $27.000 y por seguro técnico $11.000, por lo que el total de los rubros alcanza a $703.000. Expresó que el informe pericial de arquitectura señala que el inmue-

ble fue afectado en su totalidad, aunque en distinta magnitud, y que el valor de las reparaciones al mes de abril de 2019 ascendía a $390.000, comprensivo del desarme del daño y reconstrucción de la vivienda, sin incluir el valor de las luminarias, calefactores, etc. ni su instalación. Señaló que el inmueble requiere pintura, revoque parcial, instalaciones, estructura de techos, cielorrasos, carpintería, ascendiendo el valor de los materiales a $190.000. Consideró acreditados los daños sufridos por los bienes muebles, conforme las boletas y presupuestos acompañados por el actor, por un monto de $369.770, de modo que los tres rubros (reconstrucción, materiales y muebles) superan ampliamente el monto reclamado en la demanda de $500.000, cuantificándolo en $683.000, que resulta de sumar $522.000 —incendio edificio—, $123.000 —incendio contenido general—, $27.000 —electrodomésticos —y $11.000 - seguro técnico—, encuadrando en el límite de cobertura acordado.

En lo atinente a la privación de uso expresó que los testigos coincidieron en señalar que el inspector demoró entre uno y dos meses en verificar el siniestro. Por su parte el perito arquitecto confirmó que las tareas de reconstrucción demoraron entre dos y tres meses en comenzar, estimando que el actor se vio privado de usar su vivienda por lo menos durante los cuatro meses posteriores al siniestro. Otorgó el monto reclamado de $22.500 por privación de uso del inmueble sito en la calle ... de Olavarría.

En lo que respecta al daño moral expresó que el perjuicio invocado no está fundado en el incumplimiento del contrato sino en todas las gestiones y padecimientos que el actor tuvo que soportar para ser finalmente escuchado, frustración por no obtener buenos resultados ante la OMIC, y en la necesidad de promover una demanda judicial, situaciones angustiantes que configuran un daño a las afecciones legítimas del actor, a lo que sumó, como contrapartida, la negligencia e impericia de la demandada en su calidad de proveedora de servicio de seguros para cumplir debidamente con el deber de información, los intereses económicos y el obrar de buena fe, que obliga a la aseguradora a actuar en el mercado de manera leal y transparente, lo que importó un quiebre en la confianza depositada por el consumidor en el proveedor. El daño moral fue estimado en $40.000.

Abordó finalmente el reclamo de daño punitivo otorgando la suma peticionada por el actor $300.000, en tanto consideró acreditado el accionar negligente de la demandada, puntualmente la omisión de información y la falta de trato digno al consumidor al no darle una respuesta en tiempo adecuado.

IV. La sentencia fue apelada por la demandada y el recurso fundado con la expresión de agravios de fecha 25/07/2020. La memoria fue contestada por el accionante (cfr. presentación de fecha 19/08/2020).

La apelante señaló que no es cierto que el actor contrató el seguro con la convicción de que, en caso de siniestro, se activaría automáticamente el pago de la suma asegurada. Expresó que conforme surge del escrito de contestación de demanda y de la prueba producida en autos (prueba documental y contable efectuada vía exhorto en CABA), la póliza contratada detallaba claramente los rubros y la forma de pago en caso de incendio. La póliza decía claramente que incluía incendio de edificio ($522.000 “a prorrata”), incendio contenido ($123.000 “primer riesgo asegurado”), aparatos electrodomésticos ($27.000 “primer riesgo asegurado”), seguro técnico ($11.000 “a prorrata”). En este caso se fijó un valor para el incendio del inmueble de $522.000, monto sobre cuya base Colombatto pagó las primas hasta el momento del siniestro. Pero una vez acaecido descubrió que la liquidación del siniestro era sensiblemente inferior a lo que reclamaba, obviando que tal valor se basó en sus declaraciones y en los pagos de primas realizados. Considera que el actor se benefició pagando una prima menor por haber denunciado un valor de su propiedad inferior al de mercado (40,57% según informe del liquidador), presentándose en autos una situación de infraseguro, y luego inició un reclamo pretendiendo desconocer las condiciones contractuales. Concluyó que las condiciones de la póliza son claras, ciertas y detalladas, y que de un testimonio no puede deducirse que el actor no hubiese recibido información clara y concisa de las condiciones contractuales. Manifestó no haber incurrido en demora en la inspección de la vivienda siniestrada, ya que acaecido el hecho (09/04/2017), fue designado un estudio liquidador (12/04/2017), que comenzó su pericia con la visita a la propiedad, análisis de los bienes, cotejo y actualización de los mismos, entrevistas con el actor, que en cada oportunidad incluía bienes nuevos no incorporados en su declaración anterior, y que por lo tanto resultaban de origen dudoso, actividad que concluyó con el detallado informe de fecha 16/06/2017, que puso la suma liquidada a disposición del asegurado. Afirmó que el liquidador cumplió en tiempo y forma con las obligaciones a su cargo, por lo que la sentencia apelada le asignó demora injustificadamente, y fue el actor quien se negó a recibir el cheque. Más adelante impugnó el daño moral fundado en las gestiones y padecimientos que tuvo que soportar el actor. Negó haber provocado tales padecimientos a Colombatto, haber incumplido el contrato y las normas del consumidor y alegó que no existieron las supuestas aflicciones mencionadas de manera laxa en la sentencia apelada. Agregó que en materia contractual el daño moral se configura excepcionalmente, requiriendo manifiesta gravedad y prueba certera y contundente respecto de su real acaecimiento, por lo que consideró que el

pronunciamiento atacado exhibe ausencia de fundamentación en el otorgamiento del rubro de referencia. Luego se agravió de la condena a pagar daño punitivo porque considera que no se ha acreditado incumplimiento de su parte, ni conducta negligente, mucho menos, grave. Negó haber incumplido el contrato de seguro y haber vulnerado la normativa del consumidor, es decir, no se cometió la acción tipificada en el art. 52 bis de la LDC. Aseveró que no existe, ni se verifica elemento alguno, que permita sostener su autoría en la conducta sancionable prevista en la norma, como es la comisión de un supuesto incumplimiento del contrato o un abuso en perjuicio del consumidor. Mantuvo en la alzada la reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48).

Corrida vista, el Fiscal General Departamental manifestó su coincidencia con las expresiones vertidas por el Agente Fiscal en la anterior instancia y añadió que reiterar en la alzada que una cláusula es "clara" no transforma los defectos que en sí misma presenta. Precisamente, tanto la sentencia apelada como el dictamen del Agente Fiscal, describen las falencias que tiene la póliza en materia informativa y esas conclusiones no fueron cuestionadas por el recurrente. La apelación adjudica yerros al fallo pero no señala con precisión las razones por las cuales considera que puede interpretarse como claramente explicadas las cláusulas de la póliza, cuando las críticas en su contra le señalan que estaban redactadas en varias partes del contrato separadas, que carecían de ejemplos para su comprensión, que se mantuvo el mismo precio que pagaba el cliente, etc., por lo que no comparte la solución que propone el recurso de apelación (cfr. dictamen fiscal de fecha 07/09/2020).

Con fecha 22/09/2020 se dictó la providencia de autos para sentencia, y habiéndose cumplido con los pasos procesales de rigor, se encuentra esta Alzada en condiciones de dictar sentencia.

VI. 1. Como primera medida cabe señalar que no se encuentra controvertido en autos que el día 9 de abril de 2017 se produjo un incendio en el inmueble ubicado en la calle ... de Olavarría; que el actor vivía allí con su grupo familiar y que tenía asegurada la propiedad mediante la Póliza N° ... de Provincia Seguros SA, que se encontraba vigente al momento del siniestro, cubría el evento y no se verificaban causales de exclusión de la cobertura (cfr. fs. 51/61, 158/167 vta., arts. 330, 354 inc. 1° ss. y cdtes. del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Tampoco se encuentra controvertido que las partes estaban vinculadas por un contrato de consumo celebrado entre una compañía que se dedica profesionalmente al servicio de los seguros y una persona física que contrata para uso personal o familiar. Se ha dicho que "el seguro es un contrato de consumo cuando es celebrado a título oneroso entre un consumidor final —persona física o jurídica—, con una persona jurídica que, actuando profesionalmente, se obliga, mediante el pago de una prima o cotización, a prestar un servicio (art. 1°, inc. b, ley 24.240), consistente en la asunción de riesgos mediante coberturas asegurativas. Y que, eventualmente, se extiende al resarcimiento de un daño o a cumplir con la prestación convenida si ocurre el evento previsto (arts. 1° de la ley 17.418)" (Stiglitz, Rubén S. "El contrato de seguro como contrato de consumo", Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández "Tratado de Derecho del Consumidor", T. II, Ed. LA LEY, 2015, p. 856). Esta Sala ha señalado que "el contrato de seguros, (más allá de ciertas disposiciones particulares en las que prevalece su especificidad microsistémica) queda comprendido en el régimen tuitivo del consumo" (cfr. causa N° 62.158, sent. del 19/12/2017, "Torres...").

Conforme lo expuesto, cabe puntualizar que la calidad de proveedor de Provincia Seguros SA surge nítida por ser una empresa dedicada a la prestación de servicios de seguros, mientras que la calidad de consumidor final de Cristian Darío Colombatto también se encuentra acreditada al haber contratado un seguro combinado familiar para proteger su vivienda, verificándose entre las partes una típica relación de consumo regida por el sistema protectorio (fs. 40/41, 42, 89/124, arts. 1, 2, 3, 4 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 1092, 1093,1094, 1095 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, esta Sala, causas nros. 62.269, del 10/08/2017 "Blanco...", 61.713, del 21/03/2017 "Banco de la Provincia de Buenos Aires...", 62.158, sent. del 19/12/2017, "Torres...").

El contrato de seguro, además de respetar el régimen tuitivo del consumidor, debe contemplar aquellas normas de derecho privado que proyectan sus efectos sobre las legislaciones especiales, como por ejemplo, los principios de buena fe, de interdicción del abuso del derecho, abuso de posición dominante, fraude a la ley, irrenunciabilidad anticipada y general de los derechos del adherente, cláusulas abusivas, la protección de la confianza y la lealtad, etc. (arts. 9, 10, 11, 961, 984, 1061, 1067 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial), que se aplican a estatutos cerrados, como la Ley de Seguros, la Ley de Concursos, el Código de la Navegación, la Ley del Ambiente, etc. (cfr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Prólogo Código Civil y Comercial de la Nación, en Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso; Marisa Herrera "Código Civil y Comercial de la Nación comentado" - 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015) (cfr. causa N° 62.158, sent. del 19/12/2017, "Torres..."). De esta manera, la Ley de Seguros como microsistema de derecho privado ha dejado subsistentes sus disposiciones, aunque estas deberán necesariamente armonizarse, integrarse y complementarse con el Cód. Civ. y Comercial (cfr. Sánchez, Marina Lilén y Torres Carvallo, Jaime A. "Lí-

mites de cobertura en el seguro de responsabilidad civil. El tercero damnificado, a la luz de la jurisprudencia", LA LEY, Gran Cuyo 2016 (julio), p. 4, esta Sala causa N° 62.158, sent. del 19/12/2017, "Torres...").

Consecuentemente, el caso se encuentra regido por los microsistemas de seguros (ley 17.418), del consumidor (24.240), y el Cód. Civ. y Comercial (arts. 1, 2, 4, 11, 12, 15, 17, 18, 24, 46, 47, 48, 49, 53, 56, 60, 65 ss. y cdtes. de la Ley 17.418, arts. 1, 2, 3, 4, 37, 53, 65 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 7, 9, 10, 11, 961, 985, y ss., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y ss., 1100 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.).

VI. 2. La normativa referida precedentemente será aplicada al meollo de la cuestión a resolver, que consiste en determinar si la compañía aseguradora cumplió el deber de información al consumidor en el contrato de seguro, y por lo tanto el actor debió percibir la suma liquidada de acuerdo a la póliza "a prorrata" contratada ($85.882,71), o si por el contrario, la compañía incumplió dicho deber, no resulta aplicable dicha cláusula "a prorrata", y la aseguradora debe asumir el pago total de las sumas aseguradas ($683.000), más los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, fijados en la anterior instancia en las sumas de $22.500, por privación de uso del inmueble, $40.000 por daño moral y $300.000 por daño punitivo.

La póliza contratada contiene la cláusula PCFPU 5 "Medidas de la prestación. Franquicias" que prevé para el incendio del edificio: prorrata, incendio contenido general: primer riesgo absoluto, seguro técnico: prorrata, aparatos electrodomésticos: primer riesgo absoluto, cláusula que se encuentra separada de las condiciones pactadas en la hoja 3 de la póliza (fs. 91, 118). La sentencia apelada consideró que la compañía aseguradora incumplió el deber de información en tanto el actor contrató convencido de que, producido el incendio de su vivienda, se activaría automáticamente el pago total de las sumas aseguradas (fs. 91). La jueza de primera instancia arribó a esa conclusión a partir del testimonio de A. M. B., productor de seguros que vendió la póliza a Colombatto y reconoció en la audiencia de vista de causa que si bien en ella consta que el seguro es "a prorrata" el actor no comprendió esta información al momento de la aceptación, y lo sabe porque él mismo recibió capacitaciones —con posterioridad a haberle vendido el seguro al actor— que le permitieron entender mejor el alcance de este tipo de cobertura (cfr. Considerando III. a) de la sentencia apelada). Concluyó que la información contenida en la póliza no era clara, cierta y detallada conforme el art. 4° de la Ley del Consumidor y el productor de seguros que vendió la póliza al actor no informó el alcance de la cláusula a prorrata.

Provincia Seguros SA apeló dicho aspecto del pronunciamiento señalando que la póliza detallaba claramente los rubros y la forma de pago en caso de acaecimiento del siniestro. Dijo que el actor contrató la póliza y pagó las primas sin inconvenientes, pero luego cuando se produjo el siniestro advirtió que el valor que la compañía le ponía a disposición era "sensiblemente inferior" a lo que él reclamaba, obviando considerar que tal valor se basó en sus declaraciones y en los pagos de primas realizados. Adujo que Colombatto se benefició pagando una prima menor por haber denunciado un valor de su propiedad inferior al real al momento de contratar (representativo del 40.57% del valor del riesgo asegurado), verificándose un supuesto de infraseguro, y luego inició un reclamo que pretende desconocer las condiciones contractuales pactadas, que fueron claras, ciertas y detalladas (cfr. expresión de agravios de fecha 25/07/2020).

De la lectura del agravio surge que mientras la sentencia apelada no aplica la cláusula "a prorrata", por no haber sido informada al asegurado, la apelante remite al actor literalmente a leer la póliza transcribiendo nuevamente la parte respectiva del contrato —ya lo había hecho al contestar la demanda— (fs. 161), como si la repetición tornara comprensible lo incomprensible, cuando la prueba del incumplimiento del deber de información surge clara del testimonio del productor B., quién reconoció no entender el mecanismo de liquidación "a prorrata" al momento de venderle el seguro al actor (cfr. declaración del testigo B., audiencia videograbada de fs. 208, arts. 384, 456). En este contexto no se puede exigir a Colombatto que comprenda una cláusula que ni el propio productor de seguros que le vendió la póliza entendía al momento de explicarle las características del producto contratado. La prueba de la desinformación del asegurado es contundente, la compañía aseguradora incumplió con el deber de información al consumidor (arts. 65 ss. y cdtes. de la Ley 17.418, arts. 1, 2, 3, 4, 37, 53, 65 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 7, 9, 10, 11, 961, 985, y ss., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y ss., 1100 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.).

Con relación al deber de información señalé (en la causa N° 62.827, del 05/06/2018 "Barcelonna...") que: "...entre los derechos esenciales del consumidor el relativo a la información adquiere singular importancia y ha sido puesto de relieve en antecedentes de la Suprema Corte de Buenos Aires. Sostuvo ese Tribunal que 'la información debe tener aptitud para colocar al otro contratante en una situación de discernimiento en el aspecto técnico ventilado en el negocio. La información debe cubrir la etapa genética y funcional ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes y actualizados. La información debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la educación del

receptor, en cuanto a su extensión y exhaustividad' (SCBA, Ac. B 65.834, 07/03/2007, "Defensa de Usuarios y Consumidores Asoc. Civil c. Org. Regulador de Aguas Bonaerenses y Aguas del Gran Bs. As.", voto Dr. Roncoroni). En ese mismo antecedente, vinculado a la prestación de un servicio público pero en consideraciones totalmente aplicables al caso, se añadió que 'el deber constitucional de brindar una información adecuada y veraz se relaciona directamente con la certeza, autenticidad y comprobabilidad de la misma, en función de la disponibilidad de datos que una parte tiene y de la cual la otra —claramente más débil en la relación jurídica— carece' (SCBA, Ac. B 65.834 cit.; en el mismo sentido: Ac. C99518, 03/06/2009, "Conca, Hugo c. Banco de la Provincia de Bs. As.", por mayoría, voto Dr. de Lázzari). En otro importante precedente, y por unanimidad, la Corte local resolvió que "una de las prerrogativas fundamentales reconocidas a los particulares en el ámbito de las relaciones de consumo (contracara del deber que paralelamente se coloca en cabeza de los empresarios), es el derecho a una información adecuada y veraz (arts. 42 de la Constitución Nacional y 38 de la Constitución provincial), es decir, debe ser nutrida de elementos ciertos y objetivos, detallados, eficaces y suficientes sobre las características esenciales del producto respectivo (art. 4 de la ley 24.240). Se trata —se concluyó— de una herramienta basilar del sistema protectorio, justificada en la desigualdad material que caracteriza a los partícipes de las relaciones de consumo' (SCBA, Ac. C 102.100, 17/09/2008, "Lucero, Osvaldo s/ amparo", voto Dr. Hitters, con remisión a CS, Fallos: 321:3345; esta Sala, Causa N° 57.494, 11/06/2013, "Rossi, Laura V. c. Whirlpool Argentina SA s/ daños y perjuicios") (esta Sala, causa N° 62.827, del 05/06/2018 "Barcelonna...").Por su parte, Stiglitz explica que "el deber de información para la satisfacción de esta necesidad legítima de los consumidores, incumbe en primer término a los empresarios, tanto en la etapa precontractual (verbalmente, mediante la identificación de la mercadería y la publicidad comercial, etc.) como en fase de formalización y ejecución del contrato (deber de corrección)..." y "es uno de los derechos básicos, pues la información adecuada sobre los bienes y servicios es determinante de la protección, tanto de la seguridad como de los intereses económicos de los consumidores. Correlativamente, las deficiencias en la información, pueden producir perjuicios a los consumidores en su patrimonio y hasta atinentes a su misma vida y salud" (Stiglitz, Rubén S. "Deber de información", en "Tratado del derecho del consumidor", T. I, Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández (Dir.), Ed. LA LEY, 2015, p. 565 y ss., ver también Chamatrópulos, Demetrio Alejandro "Estatuto del consumidor comentado", T. I, Ed. LA LEY, p. 231 y ss. y Santarelli, Fulvio G. "Información al consumidor y protección de su salud", en "Ley de defensa del consumidor", T. I, Picasso-Vázquez Ferreira (Dir.), Ed. LA LEY, 2009, p. 63 y ss.).

Conforme lo expuesto considero acreditado el incumplimiento del deber de información por parte de Provincia Seguros SA con relación a la póliza N° ..., cláusula PCFPU 5 "Medidas de la prestación. Franquicias" que prevé para el incendio del edificio: prorrata, incendio contenido general: primer riesgo absoluto, seguro técnico: prorrata, aparatos electrodomésticos: primer riesgo absoluto (fs. 118) (arts. 65 ss. y cdtes. de la Ley 17.418, arts. 1, 2, 3, 4, 37, 53, 65 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 7, 9, 10, 11, 961, 985, y ss., 1092, 1093, 1094, 1095, 1096 y ss., 1100 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.).

VI. 3) Acreditado el incumplimiento del deber de información por parte de Provincia Seguros analizaré como dicha falencia del proveedor redundó en un perjuicio para el consumidor.

El actor contrató un seguro combinado familiar que —en la parte respectiva a incendio— incluía las siguientes sumas aseguradas: por incendio del edificio $522.000, por incendio del contenido $123.000, de electrodomésticos $27.000, por seguro técnico $11.000, en total $683.000. Por su parte, la compañía aseguradora ofreció pagarle al actor la suma $85.882,22 por el siniestro (fs. 163).

En lo que respecta al incendio del edificio el actor aseguró su inmueble de 116,80 mts.2 en la suma de $522.000, lo que representa un valor de la propiedad de $4.469,17 el metro cuadrado, conforme la tasación que al efecto hizo el productor B. días previos a la emisión de la póliza (20/09/2016) (fs. 93). Producido el siniestro el día 09/04/2017, recién a los seis meses el estudio liquidador "Roberto Hugo D' Adamo y Liquidadores" tasó la propiedad en $1.659.027,20 que representa un valor de $14.204,00 el metro cuadrado, valor de la vivienda nueva, que luego redujo por tener 20 años de antigüedad en un 22,45% a $1.286.575,59 representativo de $11.015,20 el metro cuadrado. De ahí que la compañía consideró que el actor había incurrido en un supuesto de infraseguro (fs. 132 y fs. 161 vta., art. 65 de la Ley de Seguros).

La Ley de Seguros contempla el infraseguro en los siguientes términos "si el valor asegurado es inferior al valor asegurable, el asegurador solo indemnizará el daño en la proporción que resulte de ambos valores, salvo pacto en contrario" (art. 65 de la Ley de Seguros). En doctrina se señala que en estos supuestos se aplica la "regla de la proporcionalidad", que es una derivación de la relación que debe existir entre la prima y el riesgo, y expresan que una de las razones del infraseguro es que "el asegurado motivado por pagar menos prima o especulando con la pérdida de valor a futuro de la cosa asegurada puede definir asegurar la cosa por un valor menor, o aun partiendo de un seguro 'pleno'..." dejar de actualizar su monto (cfr.

Eduardo R. Scolara y Verónica A. Scolara que "Código de Comercio. Comentado y anotado", T. II, Adolfo A. N. Rouillón (Dir.), Daniel F. Alonso (Coord.), Ed. LA LEY, p. 104). Por su parte, Stiglitz expresa que "...la regla proporcional se aplica a la hipótesis de infraseguro y por la cual la indemnización debida por el asegurador se reduce proporcionalmente a la relación existente entre a) la suma asegurada que equivale al valor declarado de los capitales y b) la suma asegurable o valor real"... Y continúa señalando que "...presupuestos de aplicación de la regla proporcional lo constituyen: (a) la hipótesis de infraseguro, el que a su vez presupone una suma asegurada inferior al valor asegurable; (b) cuya apreciación deberá retrotraerse a la fecha del siniestro y (c) la existencia de daño parcial, es decir, cuando el siniestro no lesiona en su totalidad el valor del interés asegurado" (Stiglitz, Rubén S. "Derecho de Seguros", T. III, 6ª edición, Ed. LA LEY, 2016, ps. 395/396).

Siguiendo la regla proporcional el liquidador realizó los siguientes cálculos: el 100% de la suma asegurada por el incendio del edificio era $522.000, pero el valor asegurable era $1.286.575,59 por lo que el valor asegurado por Colombatto representaba el 40,57% del valor asegurable. Luego calculó los daños sufridos en el edificio, que estimó en $141.950,92 —porque la casa no se incendió totalmente—, y aplicó la regla proporcional para asumir solo el 40,57% de los daños ($141.950,92), o sea: $57.589,49 (cfr. liquidación 132/134).

El testigo B. fue quien realizó la tasación del inmueble de Colombatto al momento de contratar y declaró que: "...por el tipo de vivienda y el tipo de construcción que tenía la casa de Cristian me parece que en su momento no se puede tomar la tasación genérica que toman las compañías porque era una casa no precaria pero con mucho menos comodidades y el tipo de construcción no era de una vivienda de gama media para arriba, yo lo tomaría como una vivienda de gama media para abajo, por eso digo que el valor genérico que se tomó no era acorde a esa vivienda, de acuerdo a mi conocimiento...". Preguntado si el asegurado conocía el sistema de liquidación a prorrata y el valor que se le pone a su propiedad, contestó que "el valor sí porque uno le pregunta los metros cuadrados aproximados para en base al tipo de vivienda, la vi en su momento cuando hicimos el seguro, y a lo que uno sabe, no sobrevaluarle el seguro al cliente, porque tampoco le puedo...la idea de uno es no sobrevaluarle el valor para que no termine pagando por ejemplo mil pesos cuando tiene que pagar quinientos en referencia a su vivienda, si uno toma los estándares normales de los estudios de la compañías estoy sobrevaluando algo que él no tiene, entonces uno trata de no quedarse corto pero tampoco sobrevaluarle esa vivienda para que no pague algo que no tiene". El testigo reconoció además que al momento de contratar no tenía el dato del valor genérico que tomaba la compañía para tasar, "y el asegurado menos", las compañías no asesoraban, ni hacían capacitaciones para sus productores con relación a la tasación de los inmuebles "y uno si bien es intermediario tampoco es perito especializado". Preguntado cómo hizo para tasar el inmueble en $522.000 dijo que "el asegurado me informa los metros cuadrados cubiertos, vemos la vivienda y yo en base al tipo de vivienda y al tipo de construcción estipulo esa suma, pero él tampoco me dice ni que está bien, ni que está mal, él entiende que eso está bien... en ningún momento yo le hice referencia de la prorrata ni nada por el estilo, uno entiende que con esa suma él está bien con esos metros cuadrados cubiertos..." y terminó señalando que Colombatto estaba fuera de conocimiento de lo que era la prorrata (cfr. testimonio de audiencia videograbada de fs. 208, arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La apelante adujo en su recurso que "de los simples hechos de uno de los testigos, no puede deducirse que el actor no hubiera recibido información clara, concisa de las condiciones de contratación de la póliza que lo vinculaba con mi mandante" (sic.) (pto. III. 1 *in fine* de la expresión de agravios), pretendiendo de este modo relativizar la declaración del productor asesor de seguros que intermedió en la operación. El agravio no puede compartirse dado que no se trata de los simples dichos de un testigo, sino de la contundente declaración del productor de seguros que vendió el producto al actor reconociendo que ni él comprendía el funcionamiento de la cláusula "a prorrata" al momento de la contratación (arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La sentenciante anterior realizó un exhaustivo interrogatorio al testigo B. "por las generales de la ley" cuando este manifestó haber trabajado para Provincia Seguros, sin que surja de dicho interrogatorio que B. tenga un interés particular en la resolución de este pleito o animosidad contra su ex empleador, con quien seguía incluso trabajando y ofreciendo sus productos. Por lo demás, debe destacarse que, antes de finalizar la audiencia de vista causa, el letrado de la parte actora alegó in voce destacando lo siguiente con relación al testigo B.: "...la idoneidad de este testigo me parece que es clave teniendo en cuenta que es el productor que le hizo contratar al actor la póliza de seguros, teniendo en cuenta que trabajó con Provincia Seguros y él mismo reconoció que no tuvo ningún inconveniente, ningún conflicto y hasta continuó después trabajando como productor con Provincia, y él mismo reconoce que Colombatto no tenía una adecuada información al momento de contratar, lo reconoce expresamente por eso quiero dejar dicho eso, y que él mismo también reconoce que la tasación que toma el seguro al momento de liquidar a él le pa-

reció personalmente muy alta y que él mismo pidió una cotización a una empresa constructora y que le dio mucho más baja y que no le cerraban los montos, palabras textuales del testigo" (cfr. alegato in voce realizado por el letrado de la parte actora al finalizar la audiencia videograbada de fs. 208). La apelante, sin embargo, guardó silencio en la audiencia sobre la idoneidad del testigo B., por lo que no cabe dudar de su idoneidad y la importancia que reviste su testimonio para dilucidar la cuestión traída a resolver (arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con por expuesto cabe concluir que la compañía aseguradora en el caso utilizó productores asesores para colocar sus productos quienes tasan las propiedades aseguradas sin contar con una capacitación especializada para ello —el productor B. declaró además que ni siquiera contaba con el valor genérico utilizado por Provincia Seguros SA para tasar los inmuebles en el momento de contratar—, pero aun así realizó la tasación del inmueble del actor a conciencia (para que no pague una prima elevada por algo que no tiene pero tampoco contrate un seguro por menos). Incluso declaró haber consultado con una constructora antes de realizar la tasación de la vivienda y en aquel momento el metro cuadrado de construcción cotizaba entre $7.000 u $8.000 pesos (entiendo que se refiere al valor del metro cuadrado de construcción) (cfr. audiencia videograbada de fs. 208) (art. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Después del siniestro la tasación efectuada por el estudio de auditores liquidadores contratados por la demandada consideró que el inmueble valía $11.015,20 el metro cuadrado, más del doble de la tasación realizada seis meses antes por el productor de seguros que concretó la operación por Provincia Seguros SA, por lo que el liquidador concluye en la existencia de infraseguro, dado que el monto asegurado representa solo el 40,57% de la suma asegurable, responsabilizando de ello al asegurado por declarar un valor menor al correspondiente a su inmueble (fs. 132/133). Pero la cuestión no termina ahí: declarado el infraseguro aplicó la cláusula "a prorrata", ofreciendo pagar la supuesta proporción asegurada (en el caso 40,57%) sobre los daños sufridos que también son aprobados en forma unilateral por la aseguradora, dado que Colombatto realiza el reclamo pero luego no tiene injerencia sobre la aprobación de los daños que manifiesta haber sufrido (cfr. planilla de fs. 133). De lo expuesto surge claro el perjuicio al asegurado, puesto que la compañía controla prácticamente todas las variables que resultan determinantes para establecer el monto indemnizatorio, mientras que el asegurado no tiene ningún conocimiento al momento de contratar en la incidencia que dichas variables tienen sobre su indemnización. Entendía que le correspondían $522.000 en caso de incendiarse su vivienda y no la suma de $$57.589,49 que surge de la aplicación del complejo mecanismo descripto en los apartados anteriores. La diferencia es insalvable y el perjuicio concreto, la compañía utilizó todos los recursos técnicos a su alcance para abonar lo menos posible al consumidor, (fs. 91. 110, 118, arts. 65 de la Ley de Seguros, arts. 4, 37 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 1100 del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.).

Por lo tanto, considero que el actor confió en el productor de seguros que intermediaba en su operación con Provincia Seguros SA, y razonablemente entendió que la tasación de su casa para el caso de incendio ascendía a $522.000, dado que creía que esa era la suma que iba a cobrar si se producía el siniestro. No sabía que suscribía la cláusula de indemnización "a prorrata" para el incendio del edificio, y no puede alegarse —como pretende la apelante— que debió saberlo porque estaba consignado en la póliza, porque el mero hecho de estar expresado en el contrato no significa que en este caso el contratante profano comprendió su alcance y contenido. A ello cabe añadir que el asegurado tampoco sabía que la compañía volvería a tasar su inmueble una vez producido el incendio —esta vez con personal especializado propio—, y que podría modificar la tasación de su propiedad en su perjuicio, estimando el doble de lo consignado en la póliza redundando ello en una reducción de su indemnización: en el caso de autos fue disminuida al 40,57% de los daños sufridos en la vivienda, que tampoco se consideraron totales, por lo que dicho porcentaje se aplicó sobre los daños aprobados por el liquidador y no sobre los estimados por el asegurado en su reclamo. A su vez a los daños aprobados se les aplicó una depreciación del 22,45% alcanzando los detrimentos aprobados en la vivienda un total de $141.950,92, cuyo 40,57% es la suma ofrecida $57.589,49 (fs. 133 y 136). Tal el resultado del funcionamiento de la cláusula PCFPU5 (fs. 118).

De la pericia de arquitectura realizada en estas actuaciones sobre el inmueble surge que la vivienda fue afectada en su totalidad, y que al mes de abril de 2019 las tareas de reparación a realizarse, sin contar con el monto de los equipamientos a reemplazar ni su correspondiente instalación, ascendía de $390.000, mientras que el valor de los materiales a utilizarse, estimado a valores históricos (abril de 2017), llegaba a $190.000, en total $580.000 que representa el menoscabo patrimonial sufrido por el actor a raíz del siniestro (cfr. pericia de fecha 10/04/2019, arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

De todo lo expuesto puede concluirse que la demandada no cumplió con el deber de brindar información cierta, clara y detallada al consumidor, con relación al alcance y contenido de la cláusula PCFPU5 que establece la indemnización "a prorrata" del incendio del edificio y del seguro técnico, por lo que

cabe confirmar su inaplicabilidad al presente caso, tal como fuera dispuesto en la sentencia apelada, debido a la transgresión a los deberes de información y buena fe en el contrato de seguros de consumo, y además debe confirmarse la condena a pagar el total de la suma asegurada en $522.000 en concepto de incendio de edificio y $11.000 en concepto de seguro técnico, por encontrarse debidamente acreditado que el daño superó dichos montos (art. 42 de la CN, art. 65 de la Ley de Seguros, arts. 1, 2, 3, 4, 37, 53, 65 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 7, 9, 10, 11, 961, 985, y ss., 1092, 1093, 1094, 1095, 1100 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.).

Cabe aclarar que no se declara la nulidad de la cláusula a prorrata por abusiva porque no se han expresado agravios sobre dicho aspecto de la sentencia y el resultado de la inaplicabilidad es el mismo (art. 37 de la LDC, arts. 988, 989 del Cód. Civ. y Comercial, art. 273 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. 4) La póliza además preveía un seguro de incendio del contenido de la vivienda, con indemnización de "primer riesgo absoluto" ($123.000), al igual que los electrodomésticos ($27.000) (fs. 118, e informe de fs. 125), lo que significa que una vez verificado la suma asegurada se abona sin prorrateo. Pero la aseguradora tampoco reconoció dichos montos aduciendo que el actor incluyó en su reclamo ciertos bienes de carácter "dudoso" y se deshizo de algunos de esos bienes "supuestamente incendiados" sin su autorización impidiéndole verificar los efectivos daños producidos. Además denunció que el actor aportó con posterioridad al reclamo presupuestos de otros bienes no incluidos originariamente, sobre los cuales tampoco pudo verificar. Señaló que no se informó sobre la antigüedad de las prendas de vestir "supuestamente deterioradas", por lo que en lugar de abonar la suma asegurada $123.000, ofreció pagar al actor $28.293,22 (fs. 162/162 vta.).

El tema de los bienes desechados por el asegurado sin autorización de la compañía fue debidamente abordado en la anterior instancia, donde la jueza consideró acreditada la demora en que incurrió el estudio liquidador —entre uno y dos meses— para realizar la inspección, sin que haya alegado justificación alguna, por lo que eximió al asegurado de recabar el consentimiento de la compañía para deshacerse de los bienes muebles, ropas y útiles siniestrados, descartando un accionar malicioso de Colombatto dada la urgencia que tenía por reparar su casa y volver a habitarla (cfr. pto. III. c de la sentencia apelada). La apelante negó haber incurrido en demora en la inspección señalando que acaecido el hecho el día 09/04/2017 fue designado un estudio liquidador (12/04/2017), que comenzó su pericia con la visita a la propiedad, análisis de los bienes, cotejo y actualización de los mismos, entrevistas con el actor, que en cada oportunidad incluía bienes nuevos no incorporados en su declaración anterior, y que por lo tanto resultaban de origen dudoso, actividad que concluyó con el detallado informe de fecha 16/06/2017, que puso la suma liquidada a disposición del asegurado. Afirmó que el liquidador cumplió en tiempo y forma con las obligaciones a su cargo, por lo que la sentencia apelada le asignó demora injustificadamente (cfr. expresión de agravios de fecha 25/07/2020).

Soy de la opinión que está acreditada la demora del liquidador en concurrir a la casa de Colombatto con las declaraciones testimoniales de A., P., F. y R., quienes colaboraron en las tareas de limpieza y declararon acerca de la urgencia que tenía el actor en reparar su casa, atento a que se encontraba viviendo temporalmente en el entrepiso del kiosco de su propiedad, el que no contaba con las comodidades propias de una vivienda como gas, cocina y ducha. A su vez, los testimonios en que se apoyó la sentencia de grado para tener por acreditada la demora del liquidador, y consiguiente derecho del asegurado a deshacerse de los bienes muebles, ropas y útiles que integraban el rubro "incendio contenido" en la póliza, resultan coincidentes en señalar que dicho incendio fue de magnitud, por lo que no se podía entrar a vivir a la casa, que la familia Colombatto tenía urgencia por volver a habitar el inmueble dado que donde estaban habitando no tenían gas, cocina, ni ducha; que estuvieron fuera los cuatro integrantes de la familia: que para realizar la limpieza tuvieron que sacar todo lo quemado a un contenedor (reconocieron las fotografías del incendio de fs. 65/79), y la gente que transitaba por la vía pública se iba llevando las cosas quemadas. En este mismo sentido el testigo B. recuerda que el estudio liquidador tardó entre veinte días y un mes en concurrir al inmueble y reconoció haber realizado gestiones ante la compañía para que vengan cuanto antes (cfr. audiencia videograbada de fs. 208, testigos: A., P., F., R., B.) (arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Además no puede dejar de señalarse que el siniestro se produjo el día 09/04/2017, el informe del estudio liquidador recién fue presentado a la compañía el día 21/06/2017, y el asegurado no recibió ninguna suma de dinero, ni ofrecimiento alguno durante tan crítico lapso, ya que la compañía recién con fecha 06/07/2017 (casi tres meses después del incendio), ofreció pagar $85.882,71 (fs. 125/157, pericia contable fs. 49/vta. del exhorto N° 88.904/2018 que corre por cuerda).

La póliza establece con relación a los cambios en la cosa dañada que: "...el asegurado no puede, sin el consentimiento del asegurador, introducir cambios en las cosas que haga más difícil establecer la causa del daño o del daño mismo, salvo que se cumpla para disminuir el daño o en el interés público. El asegura-

dor solo puede invocar esta disposición cuando proceda sin demoras a la determinación de las causas del siniestro y a la evaluación de los daños" (cláusula 21 de la póliza).

Por ello, considero acreditada la demora de la compañía que habilita la dispensa del consentimiento del asegurado para deshacerse de las cosas dañadas por el incendio en el afán de volver a habitar su casa, y por ende confirmar la sentencia apelada en cuanto condenó a la compañía a pagar el total de las sumas aseguradas en concepto de incendio del contenido $123.000 y electrodomésticos $27.000 en tanto el reclamo del asegurado superó dichos montos (fs. 23/25, 54 vta., cfr. cláusula 21 de la póliza, declaraciones testimoniales de fs. 208, informe de fs. 125/157, pericia contable de fs. 49/vta. del exhorto N° 88.904/2018 que corre por cuerda, arts. 384, 456, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VII. Revisión de la procedencia del daño moral contractual.

La sentencia apelada otorgó $40.000 en concepto de daño moral peticionado por el actor y la apelante cuestionó la procedencia del rubro señalando que el daño moral se fundó en las gestiones y padecimientos que supuestamente tuvo que soportar el actor, que considera no fueron acreditados, como tampoco fue probado el incumplimiento. Señaló además que en materia contractual el daño moral se configura excepcionalmente requiriendo manifiesta gravedad y prueba certera y contundente respecto de su real acaecimiento, por lo que consideró que la sentencia apelada exhibe ausencia de fundamentación en el otorgamiento de este rubro.

Con relación a este cuestionamiento cabe señalar que se encuentra debidamente acreditado que la demandada incumplió el contrato porque no informó debidamente al asegurado el alcance de la póliza a prorrata y realizó ofrecimientos que no se correspondían con la magnitud del incendio, perjudicando al actor que no pudo contar con ese dinero en el momento preciso. Por su parte, la interpretación restrictiva del daño moral contractual que propone la apelante ha sido flexibilizada en las relaciones de consumo en la admisión del daño moral contractual en las relaciones de consumo, esta Sala señaló al respecto que "...tratándose de una relación de consumo la asimetría existente entre las partes exige mayor responsabilidad por parte de los proveedores (arts. 42 de la CN, 38 de la Const. Prov.; arts. 8 bis *in fine* de la ley 24.240 —texto según ley 26.361—; 1198 ss. y cdtes. del Cód. Civil, art. 1097 del Cód. Civ. y Comercial). Así, el daño moral ha sido admitido jurisprudencialmente en relaciones de consumo vinculadas a la compraventa a automotores (Cám. Civ. y Comercial 2, Sala 2, La Plata, causa N° 120.882, sent. del 11/04/2017 "Orgando..."; Cám. Civ. y Comercial Quilmes, causa 16.462 113/15, sent. del 07/08/2015 "Sosa..."; Cám. Civ. y Comercial Quilmes 16.312 49/15, sent. del 16/04/2015 "Arriola...", entre otras). En el nuevo Cód. Civ. y Comercial (art. 1738 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Se confiere al daño moral un contenido más amplio, que se verifica en un descendimiento del umbral a partir del cual las angustias, molestias, inquietudes, zozobras, dolor, padecimientos, etc., determinan su nacimiento (cfr. comentario al art. 1738, Galdós, Jorge Mario "Código Civil y Comercial de la Nación", Ricardo Luis Lorenzetti (Dir), T. VII, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 485) (esta Sala, causa N° 62.251, del 27/03/2018 "Alegre..."). Conforme dicha doctrina no corresponde acoger la tesis restrictiva propuesta por el apelante (art. 1738 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, arts. 1, 2, 3, 4, 37, 65 ss. y cdtes. de la LDC, doctr. y jurisp. cit.). Remarco que los padecimientos del actor y su familia, de índole extrapatrimonial, no patrimonial o moral provienen de una relación de consumo, receptada no solo en el régimen microsistémico de la legislación especial (LDC) sino también del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de los que se desprende que dicha relación comprende en sentido amplios vínculos jurídicos derivados de fuente negocial, de actos unilaterales, a título gratuito etc. (arts. 1092/1095 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 1, 2, 3 y concs. LDC).

Analizaré seguidamente los padecimientos y afecciones espirituales o no patrimoniales sufridos por Colombatto a raíz del siniestro y la falta de respuesta de su compañía aseguradora, indemnizados bajo el rubro daño moral, en tanto habrían superado el umbral de las inquietudes propias y corrientes de los negocios (esta Sala, causa N° 62.298, sent. del 08/02/2018 "Liuzzi..." —con voto del Dr. Peralta Reyes—). Dicho análisis será realizado desde la óptica del principio protectorio (arts. 3 de la Ley del Consumidor, y 1094 del Cód. Civ. y Comercial), y teniendo en cuenta la debilidad estructural del consumidor en los contratos de adhesión a cláusulas predispuestas en las relaciones de consumo (arts. 42 de la CN, 38 de la Const. Prov.; arts. 8 bis de la ley 24.240 —texto según ley 26.361—; art. 1198 ss. y cdtes. del Cód. Civil, art. 1738, 1092, 1097 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial).

En este contexto "el daño moral es el que produce un desequilibrio (físico, cerebral, mental y/o espiritual) en el pensamiento, percepción, emociones y sentimientos de la víctima que determina estados vivenciales negativos (internos y externos) y que se traduce en la alteración de la propia subjetividad y del sistema de creencias, esto es, la percepción de sí mismo, de los demás y del mundo, produciendo malestar, dolor, padecimientos, tristeza, impotencia, desolación, desamparo, etcétera. El padeciente de

daño moral experimenta un estado mental, anímico, emocional o psicológico displacentero; se trata de una vivencia experiencial subjetiva, con reducción de la energía vital o existencial que se expresa o exterioriza mediante síntomas corporales o mentales, de variada índole" (Galdós Jorge M. "Hacia una nueva concepción del daño moral. El aporte de las neurociencias", LA LEY, 28/09/2020, AR/DOC/2903/2020; esta nueva concepción del daño moral fue recogida recientemente por el Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extrancontractual N° 1, Primera Secretaría, de Santa Fe, CUIJ 21-12154089-1, autos "Monzón...", sent. del día 13 de noviembre de 2020).

En el presente caso el estado anímico y emocional displacentero del actor deriva de los incumplimientos atribuibles a la demandada: debió asumir personalmente los costos de limpieza y reparación de su vivienda destruida por el incendio; realizó ingentes gastos en la reposición de electrodomésticos, bienes muebles y útiles que abonó de su propio peculio sin auxilio de la aseguradora, y se vio obligado a vivir durante un plazo cercano a dos meses en el entrepiso de un kiosco de su propiedad en condiciones que pueden considerarse —cuanto menos— inapropiadas colchones en el piso, sin gas, cocina, ni ducha, siendo que el grupo familiar se compone de cuatro personas, dos de cuyos integrantes se encontraban en edad escolar y tuvieron que seguir concurriendo a clases, situación que no solo afectó su propia subjetividad sino que alcanzó al resto de la familia generando situaciones sumamente estresantes para todos sus integrantes (cfr. documental de fs. 11/22, 27/39, testigos A., P., F., R., audiencia videograbada de fs. 208, arts. 384, 456 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Esos padecimientos se agravaron ante la falta de respuesta oportuna de la compañía aseguradora, la que no abonó suma alguna a su asegurado, aun cuando reconoció que tenía una póliza vigente y no se verificaban supuestos de exclusión de la cobertura (cfr. pericia contable de fs. 49/50 del exhorto 88.904/2018 que corre por cuerda, arts. 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Tampoco realizó anticipos a cuenta de la liquidación final para mitigar las consecuencias inmediatas que el siniestro había tenido sobre el actor y su familia. (art. 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Conforme lo expuesto, considero debidamente acreditado el daño moral padecido por el actor, por lo que la sentencia apelada deberá confirmarse en cuanto otorgó $40.000, dada la forma de apelación (arts. 8 bis de la ley 24.240 —texto según ley 26.361—; arts. 9, 961, 1092, 1093, 1094, 1095, 1738 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.).

VIII. El daño punitivo.

La sentencia de grado condenó el pago de daños punitivos al proveedor Provincia Seguros SA por conducta negligente, omisión de información contractual y falta de trato digno, al no recibir el consumidor una respuesta en tiempo adecuado, otorgando la suma peticionada por el actor $300.000. La compañía adujo que no incumplió el contrato, no vulneró la normativa de defensa del consumidor y que no asumió una actitud abusiva, siendo su proceder por demás funcional, legítimo y ajustado a derecho. Considera no haber cometido la acción tipificada en el art. 52 bis. de la LDC.

En un reciente precedente sostuve con relación a la naturaleza de los daños punitivos y su procedencia 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 (conf. 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, T. III, p. 259; y "Otra vez sobre los daños punitivos", SJA 2016/06/08-1; JA, 2016-II; "Los daños punitivos. Su recepción en el Cód. Civil de 1998. Primeras aproximaciones", RCyS, 1999-23; "Daño moral colectivo. Daños punitivos y legitimación procesal activa", RDD N° 6-Daño Moral, p. 133; "La sanción pecuniaria disuasiva ambiental", Revista de Derecho Ambiental julio/Septiembre 2012 n° 31 p 86; Llamas Pombo, Eugenio Mayo, Galdós Jorge M., "Daños punitivos. Diálogos de Doctrina", LA LEY, 2011-E, 1155)".

"López Herrera afirma que 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"); agrega que son accesorios de la indemnización, de carácter excepcional y tienen un elemento objetivo agravado (cf. López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II-1198, p. 1202). Es decir, el daño punitivo importa una condena "extra" que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución desea-

bles 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). En este sistema —opinan Rinessi y Rey— se entiende por daños punitivos el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, ocasionada ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes (cf. Rinessi, Antonio J. y Rey de Rinessi, Rosa, "Naturaleza jurídica del daño punitivo". RDD, 2011-2 "Daño punitivo", p. 117). Kemelmajer de Carlucci sostiene "que "los punitive damages" se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprobable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo" (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el derecho Argentino?" en Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de Anales-Año XXXVIII Segunda época - N°. 3). Para Centenaro "consisten en una multa civil que el consumidor puede obtener y cuyo importe no guarda relación con el daño que ha sufrido" (cf. Centanaro, Esteban, "Contrato y relación de consumo: actualidad en torno a las últimas modificaciones legislativas", p. 391 en Conte Grand, Julio y De Reina Partiére Gabriel, "Estudios de derecho civil con motivo del Bicentenario" ED, Buenos Aires, 2011; esta Sala, causa N° 63.121 del 28/08/2018, "Olaciregui, María del R. c. AMX Argentina (Claro) SA s/ daños y perjuicios")".

"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 (Cám. Civ. y Com. Azul, Sala II, 11/06/2013, "Rossi, Laura V. c. Whirlpool Argentina SA", RCyS 2013-IX, 99; CCiv. y Com. Azul, Sala II, 05/04/2017, "Dabos, Marcos A. c. BBVA Banco Francés SA s/ daños y perjuicios del./cuas. (Exc. Uso Aut. y Estado; CCC, Sala II, Azul - 05/06/2018, "Barcelonna, María P. y otro/a c. Naldo Lombardi SA y otro/a s/ daños y perjuicios"; trabajos cit. supra; esta Sala, causa N° 64.024 del 19/06/2019, "Newberry, Domingo S. c. Fiat Auto SA de Ahorro para Fines Determinados y otro/a"). Por su lado, el elemento objetivo refiere una conducta del dañador grave o de entidad interpretación que resulta acorde con los antecedentes legislativos, la doctrina y la proyección del instituto en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor (ob cit.)".

"Diversos precedentes de este Tribunal recogen tal orientación: "pese a las críticas vertidas a la regulación del instituto que efectúa el art. 52 bis LDC, lo cierto es que esa norma es objeto de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales correctoras. La configuración de los daños punitivos requiere de dos requisitos: uno subjetivo y otro objetivo. El elemento subjetivo exige algo más que la culpa y debe concurrir una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, temeraria, actuación cercana a la malicia; es decir si se trata de "una subjetividad agravada en la conducta del sujeto pasivo (dolo o culpa grave)" y "proceden únicamente en casos de particular gravedad que trasunten menosprecio" por los derechos ajenos (conf. "Daños Punitivos. Prólogo de Doctrina", cit. LA LEY, 2011-E, 1155)".

"La jurisprudencia al interpretar el art. 52 bis de la ley 24.240 siguió el criterio de considerar insuficiente la culpa como factor de atribución subjetivo exigiéndose: "grosera indiferencia" (Cám. Civ. y Com. Salta Sala I, 13/04/2011 "P., D.H. c. Telecom Personal SA" con nota aprobatoria de Ondarcuhu, José "Los daños punitivos vienen marchando en la jurisprudencia nacional", LA LEY 2011-C-123); haber "actuado con desdén" (Cám. Civ. Com. y Minería Gral. Roca, 26/03/2010 "Ríos, Juan C. c. Lemano SRL", RCyS 2010-225); mediar "abuso de posición de poder del proveedor que evidencia un menosprecio grave de derechos individuales y de incidencia colectiva" (CCCom. Mar del Plata Sala II, 27/05/2009, "Machinandiarena Hernández c. Telefónica de Argentina", cit. LA LEY, 2009-C-647); "graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios" (CCCom. Rosario, Sala II, 29/07/2010 "Rueda, Daniela c. Claro Amx Argentina SA", LA LEY, 2010-F, 397); "una conducta particularmente grave" (CNCom., 26/04/2011 "Fasan, Alejandro c. Volkswagen SA, elDial.com-AG21ED); un "daño causado con malicia, mala fe, grosera negligencia" (Cám. Civ. de 1ª Nominación de Córdoba, 27/10/2011 "Navarro...", cita online: AR/JUR/69904/2011). Se advierte claramente que la interpretación correctora del texto legal se inclina mayoritariamente por no aplicar la multa civil ante el mero incumplimiento (Rua María Isabel "El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales", JA, 09/11/2011 fasc. 6, p. 10; Abeledo-Perrot N° 0003/015640, causa N° 57.494 "Rossi...", cit.)" (esta Sala, causa N° 65.919, del 19/11/2020 "Acuña...").

En el presente caso la inconducta de la demandada quedó plenamente acreditada en los apartados precedentes: incumplió el deber de información al consumidor al no explicarle el alcance de la cláusula "a prorrata"

del incendio de edificio y el seguro técnico correspondiente a su póliza; en lo atinente a los rubros contratados a "primer riesgo absoluto" —incendio de contenido y electrodomésticos— pretendió disminuir su pago culpando al asegurado por haber tirado los bienes a un contenedor y no poder analizarlos, cuando demoró entre veinte días y un mes en concurrir al domicilio denunciado, mientras el actor se debatía entre esperar las indemnizaciones que no llegaban y reparar su vivienda para volver lo antes posible, dado que se encontraba pernoctando en el entrepiso de un kiosco con su familia en condiciones precarias. En dicho contexto de desesperación para el asegurado intentó desobligarse ofreciéndole al actor la reducida suma de $85.882,71 —que no es sensiblemente inferior a lo pactado como señala la apelante en su recurso—, ofrecimiento que además realizó recién a los tres meses del incendio y volvió a reiterar —teniendo oportunidad de mejorarla— en la audiencia ante la OMIC de Olavarría, con fecha 24/07/2017. Todo ello que pone de manifiesto su actitud indolente y desaprensiva, que además de constituir un incumplimiento del contrato de seguro, constituye un menosprecio grave a los derechos del consumidor asegurado, que torna procedente y justifica el daño punitivo fijado en la sentencia de grado (art. 52 bis. de la LDC, doctr. y jurisp. cit.).

Por lo expuesto, propicio al acuerdo confirmar la condena a abonar daño punitivo en la suma de $300.000, dada la forma de apelación (arts. 52 bis. de la LDC, doct. y jurisp. cit.).

IX. Por todo lo expuesto, habiendo dictaminado el Fiscal General Departamental, propicio al acuerdo: confirmar la sentencia de fecha 26/02/2020 en cuanto fue materia de recurso (art. 42 de la CN, art. 38 de la Const. Provincial, art. 65 de la Ley de Seguros, arts. 1, 2, 3, 4, 37, 52 bis, 53, 65 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 7, 9, 10, 11, 961, 985, y ss., 1092, 1093, 1094, 1095, 1100 1738 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), imponer las costas de alzada a la apelante vencida (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y diferir la regulación de honorarios de alzada para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967).

Así lo voto.

El doctor *Peralta Reyes* adhiere al voto precedente, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos.

3ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de las cuestiones anteriores, se resuelve: 1) rechazar los planteos de insuficiencia técnica del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), 2) confirmar la sentencia de fecha 26/02/2020 en cuanto fue materia de recurso (art. 42 de la CN, art. 38 de la Const. Provincial, art. 65 de la Ley de Seguros, arts. 1, 2, 3, 4, 37, 52 bis, 53, 65 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 7, 9, 10, 11, 961, 985, y ss., 1092, 1093, 1094, 1095, 1100 1738 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), 3) imponer las costas de alzada a la apelante vencida (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y 4) diferir la regulación de honorarios de alzada para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967).

Así lo voto.

El doctor *Peralta Reyes* adhiere al voto precedente, votando en igual sentido, por los mismos fundamentos.

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: 1) rechazar los planteos de insuficiencia técnica del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (arts. 260, 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), 2) confirmar la sentencia de fecha 26/02/2020 en cuanto fue materia de recurso (art. 42 de la CN, art. 38 de la Const. Provincial, art. 65 de la Ley de Seguros, arts. 1, 2, 3, 4, 37, 52 bis, 53, 65 ss. y cdtes. de la LDC, arts. 7, 9, 10, 11, 961, 985, y ss., 1092, 1093, 1094, 1095, 1100 1738 ss. y cdtes. del Cód. Civ. y Comercial, doct. y jurisp. cit.), 3) imponer las costas de alzada a la apelante vencida (arts. 68, 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y 4) diferir la regulación de honorarios de alzada para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la Ley 14.967). Regístrese. Notifíquese a las partes por Secretaría y devuélvase. — *Jorge M. Galdós.* — *Víctor M. Peralta Reyes.*

SEGURO DE GRANIZO

Daños en el inmueble. Falta de pago de la suma asegurada. Daño moral.

1. — No puede pretenderse que el actor afronte las dificultades y sinsabores derivados de la falta de pago de la suma asegurada como propias de cualquier incumplimiento contractual, tal como sí le es exigible a las partes contratantes, por la sencilla razón de que aquí no se encontraba involucrada únicamente la falta de pago de la suma asegurada, sino también la imposibilidad del asegurado y su grupo familiar de regresar rápidamente a habitar su vivienda, bien que fuera, precisamente, el objeto del aseguramiento contratado a los efectos de poder afrontar de mejor manera situaciones excepcionales como las del caso de marras,

donde se verificaron daños por granizo que tornaron inhabitable la casa.

2. — Más allá de que no se produjo en autos la prueba pericial psicológica, considero que el hecho de marras debió infringir de todos modos al demandante un padecimiento de índole moral que corresponde indemnizar. En efecto, no resulta difícil representarse el grado de angustia, incertidumbre e impotencia que debió provocar el hecho que la aseguradora contratada para afrontar —entre otros riesgos— la contingencia que le tocó atravesar con su vivienda no se pronunciara ante la denuncia de siniestro que formulara oportunamente, y tampoco abonara suma asegurada alguna para afrontar las reparaciones, pese a que, al contestar demanda, la propia accionada reconoció que resultaba procedente el pago de una indemnización en concepto de daños por granizo, lo que ocasionó que debiera permanecer con su familia durante un mes en la casa de un vecino que se solidarizó con ellos.

CNCom., sala A, 16/12/2020. - Demaro, Osvaldo Hernán c. QBE Seguros La Buenos Aires SA s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/66088/2020]

Expediente N° 25.382/2012

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 16 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Kölliker Frers* dijo:

I. Los hechos del caso

1. Osvaldo Hernán Demaro promovió demanda por incumplimiento contractual contra "HSBC La Buenos Aires Seguros SA" —en lo sucesivo, "HSBC Seguros"— procurando que se condene a esta última al pago del importe total de pesos doscientos ochenta y cinco mil ($285.000) y sus correspondientes intereses y costas.

En respaldo de su pretensión, comenzó explicando que contrató un seguro de hogar con la aquí demandada, el cual fue instrumentado mediante la póliza N° ... que cubría —entre otros— el riesgo de "granizo para edificio y contenido" de la vivienda de su propiedad, sita en la calle ..., de la localidad de La Reja, provincia de Buenos Aires. Agregó que la póliza en cuestión tenía una vigencia prevista desde el 01/01/2012 hasta el 01/03/2013 y que sería abonada mediante débito automático de su tarjeta de crédito Visa.

Refirió que el día 04/04/2012 se produjo un fuerte temporal de viento, lluvia y granizo que afectó grandes zonas de la región metropolitana y provocó voladuras de árboles e importantes daños al inmueble asegurado, que afectaron tanto al edificio como a su contenido.

Afirmó que el hecho fue denunciado oportunamente a la aseguradora, quien envió a sus propios inspectores con el objeto de evaluar y liquidar el siniestro, pero aquella apeló a diversas excusas dilatorias y nunca concretó el pago, pese a no haber procedido al rechazo del siniestro.

Sostuvo que a raíz del estado en que se encontraba su vivienda, se había visto obligado a mudarse de improviso con su familia a la casa de su vecino L. E. B. M., quien se solidarizó con ellos y les brindó alojamiento, pero lo que iba a ser una mudanza transitoria terminó extendiéndose durante un mes debido al accionar indebido de la demandada.

Practicó liquidación, pretendiendo las siguientes sumas: i. pesos doscientos mil ($200.000) en concepto de "daño emergente", comprensivo de los daños materiales, el costo de la mano de obra y la reposición del mobiliario y de los artefactos eléctricos afectados por el siniestro; ii. pesos ochenta mil ($80.000) para enjugar el "daño moral" que le habría irrogado el obrar de la accionada; y iii. pesos cinco mil ($5.000) para resarcir los "gastos varios" que se había visto obligado a afrontar para la adquisición de distintos elementos, traslados, fletes, viáticos, gastos de mediación, fotocopias, fotografías, trámites, gestiones, consultas, etcétera.

2. Corrido el pertinente traslado de ley, la accionada "HSBC Seguros" compareció al juicio mediante la presentación que corre agregada a fs. 124/128, donde contestó la demanda incoada y solicitó el rechazo de ella, con costas.

Tras efectuar una pormenorizada negativa de los extremos invocados por el accionante en su escrito inaugural, procedió a brindar su versión de los acontecimientos. En ese sentido, comenzó reconociendo haber emitido a favor de aquel la póliza de seguro de hogar N° ..., que amparaba la vivienda sita en la calle ..., de la localidad de La Reja, provincia de Buenos Aires, la que brindaba, entre otras, las siguientes coberturas: i. daños al edificio por granizo: pesos cien mil ($100.000); ii. daños al contenido por granizo: pesos treinta y siete mil quinientos ($37.500); y iii. todo riesgo tv-audio-video y pc: pesos mil quinientos ($1.500).

Admitió también que, el día 04/04/2012, la zona donde se encuentra ubicada la vivienda asegurada se

vio afectada por un tornado, acompañado por lluvia y granizo.

Explicó que de los términos del contrato de seguro surgía que el inmueble no se encontraba asegurado frente a los riesgos de huracán, vendaval o ciclón, por no haber el actor contratado esas coberturas, ni abonado las primas correspondientes, motivo por el cual se estaría en la especie frente a un caso de no seguro, supuesto ante el cual no existiría obligación suya de expedirse acerca del siniestro denunciado.

Continuó señalando que si bien el daño a la vivienda asegurada había sido causado por un tornado, el daño consecuente en el interior del inmueble y en su aislamiento hidrófugo había sido ocasionado por la acción tanto del agua de lluvia como del granizo, riesgo este último respecto del cual el accionante sí tenía contratada una cobertura adicional.

Sostuvo que el daño total sufrido por la vivienda ascendía a la suma de "$33.11,65" —rectius: "pesos treinta y tres mil ciento once con sesenta y cinco centavos ($33.111,65)"—, conforme al presupuesto elaborado por el ingeniero Carlos Altenbach, importe al que resultaba aplicable la cobertura de granizo, por un monto de pesos dieciséis mil quinientos sesenta y dos ($16.562), "a prorrata", por lo que al resultar la suma asegurada de pesos cien mil ($100.000) inferior al valor real del bien, estimado en pesos ciento cincuenta mil ($150.000), el importe prorrateado a indemnizar era de pesos once mil noventa y seis ($11.096).

Destacó que si bien la suma asegurada por daños al cien por ciento (100%) de la propiedad era de pesos cien mil ($100.000), de las fotografías acompañadas con la demanda surgía a simple vista que la vivienda no había sufrido daños totales, a lo que debía agregarse que el importe de pesos doscientos mil ($200.000) pretendido por el accionante duplicaba el valor asegurado.

En relación al rubro "daños por granizo al contenido", señaló que la parte actora se limitó a acompañar un listado de electrodomésticos y dos presupuestos, pero no facturas de compras y negó que el valor de los productos fuera el indicado por dicha parte, agregando, a todo evento, que la suma asegurada por dicho riesgo era de pesos treinta y siete mil quinientos ($37.500).

Por último, manifestó que las facturas adjuntadas con el escrito de inicio correspondientes a los gastos efectuados por el demandante para solucionar el problema ascendían a un total de pesos nueve mil quinientos cincuenta y nueve ($9.559), por lo que resultaba injustificado el reclamo del actor por un importe de pesos doscientos mil ($200.000).

En virtud de esas razones, solicitó el rechazo íntegro de la demanda, con costas.

3. Mediante la presentación de fs. 216/229, la demandada denunció y acreditó el cambio de su razón social por "QBE La Buenos Aires Seguros SA" —en adelante, "QBE Seguros"—.

4. Abierta la causa a prueba y producidas las ofrecidas del modo que se dio cuenta a fs. 354/355, se pusieron los autos para alegar, habiendo hecho uso de tal derecho tanto el accionante como la demandada mediante las presentaciones que obran agregadas a fs. 374/376 y fs. 378/383, respectivamente, dictándose finalmente sentencia definitiva a fs. 396/408.

II. La sentencia apelada

El precedentemente aludido fallo de primera instancia admitió parcialmente la demanda promovida por Demaro contra "QBE Seguros", a quien condenó a abonar a aquel, en el plazo de diez días, la suma de pesos cuarenta y un mil quinientos sesenta y dos ($41.562), más los correspondientes intereses, imponiendo las costas a cargo de la demandada vencida.

Para así decidir, el Juez de grado comenzó indicando que las partes resultaron contestes, o cuanto menos surgía de la prueba producida: a. que el 04/04/2012 se encontraban vinculadas por un seguro de hogar, instrumentado mediante la póliza N° ... que cubría —entre otros— el riesgo de "granizo para edificio y para su contenido" de la vivienda ubicada en la calle ..., de la localidad de La Reja, provincia de Buenos Aires; y b. que el siniestro fue denunciado el 09/04/2012, dejándose allí constancia de la pérdida de alimentos en el freezer por cortes de electricidad y de daños por granizo, no habiéndose pronunciado la aseguradora aceptando o rechazando la cobertura indemnizatoria.

Prosiguió destacando que, al contestar demanda, la emplazada reconoció la existencia de daños al edificio como consecuencia del granizo, que estimó en la suma de pesos once mil noventa y seis ($11.096) y manifestó haber efectuado la liquidación y el ofrecimiento pertinente, pero no solo no acreditó dicho extremo, sino que, además, negó que correspondiera pronunciarse sobre el rechazo respecto de los riesgos no cubiertos y acompañó un informe de evaluación de daños elaborado por el ingeniero Carlos Altenbach que carecía de fecha y un informe del liquidador de siniestros en el que tampoco se había hecho referencia a la fecha de visita del ingeniero que evaluó los daños y que se encuentra datado el 05/07/2012, es decir, con posterioridad a la celebración de la mediación y a pocos días de cumplirse los tres meses de la fecha de denuncia.

Concluyó, a partir de ello, que no había mediado pronunciamiento de la aseguradora, ni tampoco la admisión de una aceptación parcial del siniestro, poniendo asimismo de relieve que dicha parte había solicitado, en su contestación de demanda, el rechazo íntegro de la pretensión resarcitoria, en contradicción con la postura de reconocer en esa misma presentación el acaecimiento parcial del riesgo asegurado.

Por ese motivo, el magistrado tuvo por aceptada parcialmente por la compañía de seguros demandada la obligación indemnizatoria, cuanto menos en lo referente a los daños a la casa y a su contenido, lo cual la obligaba a pronunciarse, aún cuando a su criterio existieran riesgos no amparados, operando de esta manera la aceptación tácita del siniestro.

Continuó indicando que, no obstante ello y más allá de que no existían dudas acerca de que las partes se habían vinculado a través de un contrato encuadrable como una relación de consumo, por lo que resultaba aplicable al caso el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), solo podía responsabilizarse a la aseguradora en los términos y con la limitación de los riesgos cubiertos por la póliza, de modo que la aceptación tácita del siniestro no habilitaba la condena a cubrir riesgos excluidos en el contrato, respecto de los cuales el asegurado no había abonado contraprestación alguna, ni tampoco a que se extendiera al resarcimiento del monto reclamado a los rubros pretendidos.

Manifestó que de los términos del contrato de seguro surgía que se encontraban expresamente excluidos de la cobertura los daños y perjuicios originados o producidos —entre otras causales— por tornado, huracán, ciclón o vendaval.

Señaló que, pese a que no se había ofrecido prueba informativa al servicio meteorológico a los efectos de conocer la magnitud del fenómeno ocurrido el 04/04/2012, a partir de la prueba documental y testimonial podía determinarse que se trató de un vendaval, el cual se encontraba alcanzado por la exclusión de la cobertura.

Destacó que no se había producido la prueba pericial de ingeniería ofrecida oportunamente por ambas partes con el objeto de establecer el origen de los daños y que la única prueba en ese sentido estaba dada por el informe privado elaborado por el ingeniero Altenbach, quien había dictaminado que si bien varios de los destrozos habían sido provocados por el vendaval, otros habían sido consecuencia del agua de lluvia y del granizo y que por ello resultaba aplicable la cobertura de granizo, por la suma total de pesos dieciséis mil quinientos sesenta y dos ($16.562). En consecuencia, cuantificó en dicho importe el daño al edificio, exterior e interior, causado por el granizo.

En relación al costo de los bienes muebles y electrónicos en general y a los rubros todo riesgo tv-audio-pc, remoción de escombros, daños por agua (al mobiliario), cristales, alimentos del freezer y gastos extraordinarios, consideró que se trataba de daños que habían sido consecuencia directa o indirecta del vendaval, por lo que involucraba a riesgos excluidos y que, por ende, no eran indemnizables.

Por esas razones, determinó que el daño derivado del incumplimiento contractual ascendía a pesos dieciséis mil quinientos sesenta y dos ($16.562), con más los correspondientes intereses moratorios a calcularse a la tasa activa percibida por el BNA para las operaciones ordinarias de descuento de documentos comerciales a treinta días, desde la fecha de la mora, establecida a los cuarenta y cinco días de la denuncia del siniestro —treinta días en que quedó aceptado tácitamente y quince días de plazo para el pago—, es decir, desde el 24/05/2012 y hasta el efectivo pago.

En relación al "daño moral" invocado, advirtió que si bien no resultaba difícil imaginar la angustia y zozobra del actor y su familia frente a la destrucción de su vivienda y la pérdida de sus bienes, ese padecimiento mayormente reconocía su causa en un hecho de la naturaleza —el vendaval con fuertes lluvias y granizo—, por lo que aún existiendo un daño moral, este no guardaba íntegra relación de causalidad adecuada con la conducta de la aseguradora.

Continuó señalando que, sin embargo, la falta de cumplimiento por parte de la demandada y, fundamentalmente, el silencio guardado durante tres meses ante la denuncia de siniestro formulada por el asegurado había aparejado que este no pudiera —a su costo— iniciar lo antes posible las reparaciones que hubiesen permitido acortar su estadía con su familia fuera de su vivienda, lo que había prolongado el padecimiento moral.

Agregó que esa falta de respuesta constituía un trato indigno hacia el consumidor asegurado, que ni siquiera le había permitido conocer la medida en que la compañía habría de responder, lo que habría violentado el principio de buena fe y de confianza en la ejecución del contrato.

Sostuvo que esa afectación espiritual de Demaro se encontraba corroborada con el testimonio de los testigos B. M. y S., quienes refirieron el estado de depresión, tristeza y angustia que habían tenido que soportar aquel y su familia a raíz del hecho de marras.

Con base en esas razones y sin soslayar el carácter restrictivo con que debe ponderarse el "daño moral" en supuestos de responsabilidad contractual como el de marras, concluyó que la aseguradora demandada debía ser responsabilizada por este rubro, el que cuantificó en la suma de pesos veinticinco mil ($25.000), más intereses.

Por último, indicó que el reclamo patrimonial por "gastos varios" no debía ser considerado en forma individual en la sentencia, por encontrarse comprendido dentro de las costas del proceso.

En virtud de esos fundamentos, decidió receptar parcialmente la demanda incoada, condenando a la accionada a abonar al actor, en el plazo de diez días, la suma total de pesos cuarenta y un mil quinientos sesenta y dos ($41.562), con más sus intereses a la tasa fijada en el pronunciamiento, imponiéndole a la primera las costas del proceso.

III. Los agravios

Contra el pronunciamiento precedentemente descripto se alzó únicamente la demandada "QBE Seguros" —a fs. 410—, quien fundó su recurso mediante el memorial obrante a fs. 427/429 —donde también denunció el cambio de denominación social por "Zurich Aseguradora Argentina SA", lo que se tuvo presente en el proveído de fs. 432—, el que fue replicado a través de la presentación del accionante de fs. 435/439.

i. La emplazada criticó que el Juez de grado hubiera admitido el resarcimiento del "daño moral" invocado, por la suma de pesos veinticinco mil ($25.000), pese a que tanto la doctrina como la jurisprudencia coincidían en la improcedencia de este rubro en supuestos en que se encontraban cuestionados los daños materiales derivados de una relación contractual.

Señaló, en ese sentido, que el actor pretendió culpar a su parte por no haber indemnizado el daño sufrido por su vivienda, motivo por el cual, al ser condenada a pagar la suma de pesos dieciséis mil quinientos sesenta y dos ($16.562), más intereses, por el riesgo cubierto, de esta manera se habría puesto fin al presunto incumplimiento, agotándose así el objeto del reclamo.

Adujo que no existían dudas acerca de que la angustia y la zozobra que el actor afirmó haber padecido junto a su familia frente a la afectación de su vivienda reconocía su causa en un hecho de la naturaleza —el vendaval o tornado—, no cubierto por la póliza contratada, lo que impedía responsabilizar a su parte por las consecuencias no patrimoniales.

Afirmó que no hubo trato indigno hacia el asegurado que justificara este rubro, pues este último conocía los alcances de la cobertura contratada, que contemplaba una suma asegurada de pesos cien mil ($100.000) por daños al edificio por granizo, no obstante lo cual, reclamó un resarcimiento de pesos doscientos mil ($200.000), resultando su parte condenada al pago de solo pesos dieciséis mil quinientos sesenta y dos ($16.562), lo que dejaba en evidencia la sinrazón de la pretensión de aquel.

Sostuvo que, tal como habría sido reconocido en la sentencia, la afectación extrapatrimonial invocada no guardaba relación de causalidad con la conducta desplegada por la aseguradora demandada.

Destacó, en ese sentido, que de las declaraciones testimoniales brindadas por los vecinos del asegurado surgiría que este y su familia se habrían visto afectados por los daños que el fenómeno meteorológico había provocado en su vivienda y que en nada habría cambiado la situación para aquellos si se hubiera efectivizado el pago de la suma de pesos dieciséis mil quinientos sesenta y dos ($16.562) por la que terminó prosperando la demanda.

Solicitó en virtud de esas razones el rechazo de la pretensión de resarcimiento del "daño moral" invocado.

ii. Subsidiariamente, para el supuesto de que "...se hiciera lugar a la demanda...", solicitó que "...se decida expresamente que la totalidad de las costas a pagar por (su) parte no podrá superar el 25% del capital de condena, atento a lo dispuesto por el art. 730 del Cód. Civil y Comercial".

IV. La solución propuesta

1. Plataforma fáctica incontrovertida.

Liminarmente, cuadra destacar que las partes resultaron contestes en señalar: (i.) que se vincularon a través de un seguro de hogar contratado por el actor con la demandada, el cual fue instrumentado mediante la póliza N° ...que cubría —entre otros— el riesgo de "granizo para edificio y contenido" de la vivienda del primero, sita en la calle ..., de la localidad de La Reja, provincia de Buenos Aires; ii. que el día 04/04/2012 se produjo un fuerte temporal de viento, lluvia y granizo que provocó daños al inmueble asegurado, tanto en el exterior como en su interior; y iii. que el siniestro fue oportunamente denunciado por el actor a la aseguradora, quien constató los daños y no abonó indemnización alguna.

Asimismo, no resultó controvertido en esta Alzada —quedando, por ende, consentido— lo decidido por

el Juez de grado al determinar: i. que la demandada había guardado silencio ante la denuncia formulada por el asegurado, operando de esta manera la aceptación tácita del siniestro y había reconocido al contestar demanda el acaecimiento parcial del riesgo asegurado respecto al daño por granizo y, como consecuencia de todo ello, la condenó a abonar al actor la suma de pesos dieciséis mil quinientos sesenta y dos ($16.562), con más los correspondientes intereses; ii. que el costo de los bienes muebles y electrónicos en general y los rubros todo riesgo tv-audio-pc, remoción de escombros, daños por agua (al mobiliario), cristales, alimentos del freezer y gastos extraordinarios, constituían daños que habían sido consecuencia directa o indirecta del vendaval, por lo que involucraba a riesgos excluidos y que, por ende, no resultaban indemnizables; iii. que el reclamo patrimonial por "gastos varios" no debía ser considerado en forma individual en la sentencia, por encontrarse comprendido dentro de las costas del proceso; y iv. la tasa aplicable y el *dies a quo* de los intereses.

2. *Thema decidendum*.

Establecida de la manera precedentemente descripta la plataforma fáctica incontrovertida del *sub lite* y enunciados del modo expuesto en el considerando anterior los agravios planteados por la recurrente, el thema decidendum en esta Alzada se centra únicamente en determinar si asistió razón —o no— al sentenciante al reconocer al accionante un resarcimiento en concepto de "daño moral".

3. La pertinencia del resarcimiento en concepto de "daño moral".

El Juez de grado juzgó acreditado este rubro y fijó por dicho concepto —calculado al 24/05/2012, fecha en que venció el plazo de cuarenta y cinco días con el que contaba la aseguradora para pronunciarse acerca del siniestro denunciado y abonar el importe correspondiente— la suma de pesos veinticinco mil ($25.000), temperamento que fue cuestionado por la accionada, quien postuló que el ítem debía ser rechazado porque tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazaban su procedencia en aquellos casos —como el de marras— en los que se hallaban cuestionados los daños materiales derivados de una relación contractual y porque el padecimiento espiritual invocado por el actor obedecía a la afectación de su vivienda por un hecho de la naturaleza —el vendaval o tornado—, el cual no se encontraba cubierto por la póliza contratada, lo que impedía responsabilizarla por las consecuencias no patrimoniales que no guardaban adecuada relación de causalidad con la conducta desplegada por su parte (véanse fs. 427 vta./429 vta.).

Llegado este punto, corresponde comenzar por recordar que, con relación al resarcimiento del daño moral en materia contractual, se ha dicho que su apreciación debe ser efectuada con criterio restrictivo, teniendo en cuenta que no se trata de una reparación automática tendiente a resarcir las desilusiones, incertidumbres y disgustos, sino solamente determinados padecimientos espirituales que, de acuerdo con la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso, así lo hagan menester —art. 522 Cód. Civil— (conf. esta CNCom., esta Sala A, 27/11/2007, mi voto, *in re:* "Sudaka SRL c. Pol-Ka SA"; idem, 12/12/2006, *in re:* "BVR c. Banco Francés"; bis idem, 28/12/1981, *in re:* "Zanetta, Víctor c. Caja Prendaria SA Argentina de Ahorro para Fines Determinados"; ter idem, 13/07/1984, *in re:* "Coll Collada, Antonio c. Crespo SA"; quater idem, 28/02/1985, *in re:* "Vanasco, Carlos A. c. Pinet Casa"; quinquies idem, 13/03/1986, *in re:* "Pazos, Norberto c. YPF y otros"; sexies idem, Sala C, 19/09/1992, *in re:* "Farre, Daniel c. Gerencial Fondo Administrador SA de Ahorro para Fines Determinados"; septies idem, Sala B, 21/03/1990, *in re:* "Borelli, Juan c. Omega Coop. de Seguros Ltda."; entre muchos otros).

Se ha sostenido también —en esa dirección— que en los supuestos de responsabilidad contractual, en los que la reparación del daño moral se encuentra regida por el art. 522 del Cód. Civil, la regla de que está a cargo de quien lo reclama la acreditación de su concreta existencia cobra especial significación. Y esto es así porque, si la noción de daño moral se halla vinculada al concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, aparece como evidente que no puede ser equiparable ni asimilable a las meras molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones propias de todo incumplimiento contractual, en tanto estas vicisitudes son propias del riesgo de cualquier contingencia negocial (conf. Borda Guillermo, "La Reforma al Código Civil", ED, 29-763), razón por la cual es exigible que quien lo invoque acredite las especiales circunstancias a las que la ley subordina la procedencia de este resarcimiento (conf. esta CNCom., esta Sala A, 10/04/2008, mi voto, *in re:* "Gazzaniga, Jorge A. y otros c. Bank Boston NA y otro").

Véase que si todo incumplimiento contractual es en principio revelador de la culpa del deudor, no parece tampoco que esta última resulte de suyo suficiente para acoger todo reclamo por reparación del daño en cuestión en los supuestos de responsabilidad contractual, ya que, de ser así, no tendría razón de ser la limitación que para su procedencia determina la norma antes citada, cuando supedita tal reparación a la "índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso". En este terreno el Juez debe discernir lo que es la angustia propia del mundo de los negocios, de la afectación de aquellos intereses que atañen profundamente la esfera íntima del ser

humano (conf. esta CNCom., esta Sala A, 10/04/2008, mi voto, *in re:* "Gazzaniga...", cit. supra).

Ahora bien, este es justamente uno de esos casos en que la naturaleza misma de la obligación y las circunstancias que rodean su debido cumplimiento hacen que la cuestión trascienda los límites del entorno negocial para afectar directamente los sentimientos del ser humano.

En efecto, dentro de este contexto conceptual, cabe poner de relieve que el demandante adujo que la falta de pago de la suma asegurada por parte de la accionada le había causado a él y a su familia daños adicionales, agravando su situación y padecimientos de manera innecesaria e injustificada (véase fs. 75 vta., primer párrafo), toda vez que, a raíz de los destrozos sufridos por su vivienda, debieron trasladarse transitoriamente al hogar de un vecino que se solidarizó y los auxilió, pero "...lo que pensó era una mudanza por corto tiempo a la espera de la solución por parte de HSBC La Buenos Aires Seguros SA, se transformó en un cambio de casa que duró por culpa de esta casi un mes, creando el consiguiente caos familiar" (véanse fs. 76 y vta.). Afirmó que, en virtud de esas razones, tanto él como su familia habían sido lesionados "...en sus sentimientos personales, en sus afecciones legítimas y en su tranquilidad anímica, no pudiendo considerarse tales padecimientos como vicisitudes o contrariedades propias de cualquier contingencia negocial" (véase fs. 79 vta., punto VIII, primer párrafo).

En este marco, resulta fácil advertir que no puede pretenderse que el actor afronte las dificultades y sinsabores derivados de la falta de pago de la suma asegurada como propias de cualquier incumplimiento contractual, tal como sí le es exigible a las partes contratantes, por la sencilla razón de que aquí no se encontraba involucrada únicamente la falta de pago de la suma asegurada, sino también la imposibilidad del asegurado y su grupo familiar de regresar rápidamente a habitar su vivienda, bien que fuera, precisamente, el objeto del aseguramiento contratado a los efectos de poder afrontar de mejor manera situaciones excepcionales como las del caso de marras, donde se verificaron daños por granizo que tornaron inhabitable la casa.

Dichos extremos se encuentran corroborados por la declaración del testigo L. E. B. M., quien fuera vecino del accionante (véase fs. 200, respuesta a las generales de la ley) y manifestó que, como consecuencia del temporal, la casa de Demaro quedó totalmente destrozada y mojada, por lo que ofreció a él y su familia alojarse en su hogar, donde vivieron aproximadamente durante un mes (véanse fs. 200/201, respuestas a las preguntas 3 y 4). Refirió que a raíz de todo ello, el actor y su familia atravesaron "...una situación de tristeza (...). Era una constante angustia por no poder estar viviendo en su casa, no saber cómo enfrentar en ese momento los gastos de las refacciones (...). Estaban muy acongojados por lo que estaba pasando. El Sr. Demaro estaba preocupado porque no obtenía respuestas del seguro que estaba pagando, quienes deberían haber ido a verificar la vivienda, le preocupaba cómo hacer para solventar los gastos" (véase fs. 202, respuesta a la pregunta 9).

Es por todo ello que, más allá de que no se produjo en autos la prueba pericial psicológica, considero que el hecho de marras debió infringir de todos modos al demandante un padecimiento de índole moral que corresponde indemnizar. En efecto, no resulta difícil representarse el grado de angustia, incertidumbre e impotencia que debió provocar a Osvaldo Hernán Demaro el hecho que la aseguradora contratada para afrontar —entre otros riesgos— la contingencia que le tocó atravesar con su vivienda no se pronunciara ante la denuncia de siniestro que formulara oportunamente, sea aceptándolo o rechazándolo y tampoco abonara suma asegurada alguna para afrontar las reparaciones —pese a que, al contestar demanda, la propia accionada reconoció que resultaba procedente el pago de una indemnización en concepto de daños por granizo—, lo que ocasionó que debiera permanecer con su familia durante un mes en la casa de un vecino que se solidarizó con ellos.

Dicha circunstancia me lleva a formar convicción acerca de que la situación vivida por el accionante poseyó una dimensión tal que pudo verosímilmente haber gravitado tan seriamente en su ánimo como para provocarle un verdadero "daño moral" que debe ser resarcido.

No cabe duda entonces acerca de la procedencia del resarcimiento pretendido en concepto de daño moral, circunstancia que determina que deban rechazarse los agravios vertidos por la accionada a ese respecto.

En virtud de esos fundamentos y toda vez que la aseguradora demandada no cuestionó concretamente el monto resarcitorio concedido por el Juez de grado, corresponde desestimar los agravios de dicha parte y, por ende, confirmar lo decidido en el pronunciamiento recurrido sobre este puntual aspecto.

4. El planteo relativo al límite de las costas.

La apelante solicitó subsidiariamente, para el supuesto de que "...se hiciera lugar a la demanda...", que "...se decida expresamente que la totalidad de las costas a pagar por (su) parte no podrá superar el 25% del capital de condena, atento a lo dispuesto por el art. 730 del Cód. Civ. y Comercial".

Toda vez que hasta el momento no han sido regulados honorarios a los profesionales intervinientes, el planteo en cuestión deviene prematuro, por lo que no corresponde pronunciarse sobre este particular en esta instancia.

V. Conclusión

Por todo lo hasta aquí explicitado propongo —entonces— al Acuerdo:

i. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y, como consecuencia de ello, confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue materia de agravio.

ii. Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así voto.

Por análogas razones, la Señora Juez de Cámara Doctora María Elsa Uzal adhiere al voto precedente.

Con lo que terminó este Acuerdo.

VI. Por los fundamentos del Acuerdo precedente, se resuelve: i. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y, como consecuencia de ello, confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue materia de agravio. ii. Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial). iii. Notifíquese a las partes y devuélvase a primera instancia. iv. Oportunamente, glósese copia certificada de la presente sentencia al libro N° 130 de Acuerdos Comerciales-Sala A. v. A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexado a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará mediante la pertinente notificación al CIJ. Solo intervienen los firmantes por hallarse vacante el restante cargo de Juez de esta Sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). — *María E. Uzal.* — *Alfredo A. Kölliker Frers.*

COMPETENCIA. SUCURSAL DE LA ASEGURADORA

Accidente de tránsito. Demanda de daños. Competencia.

1. — La existencia de una sucursal u oficina de la aseguradora en esta ciudad no alcanza para asignar competencia a los tribunales de esta jurisdicción para entender en el reclamo derivado de un accidente de tránsito ocurrido en una distinta denominación territorial, en donde a la sazón se domicilia el demandado, si no se demuestra además que el contrato de seguro se celebró en esta ciudad.

2. — Si bien el propósito que deriva de las disposiciones de los arts. 5°, inc. 4, del Código ritual y 118 de la ley 17.418, consiste en acordar al demandante una acción que, respecto de la competencia territorial, tiende a posibilitar el más cómodo y eficaz ejercicio del derecho que intenta resguardar, no corresponde ampliar por vía de interpretación los supuestos de opción que la ley admite a su favor.

3. — Aun cuando el art. 118 de la ley de seguros no distingue en cuanto a los diversos domicilios que pudiere tener la aseguradora —casa central, agencia, delegación, sucursal—, el art. 152 del Cód. Civ. y Com. establece que las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos solo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales.

CNCiv., sala G, 22/10/2020. - P. ART SA c. E. V. G. S. J. SA s/ cobro de sumas de dinero.

[Cita on line: AR/JUR/53108/2020]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

Expte. N° 24485/2019/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 22 de 2020.

Considerando:

I. Contra la resolución digital incorporada a fs. 105 del registro informático en tanto hizo lugar a la excepción de incompetencia interpuesta por la empresa demandada —con adhesión de su aseguradora— y dispuso el archivo del expediente, se alza la parte actora con apoyo en los argumentos esgrimidos a fs. 111/117 que fueron respondidos a fs. 119/122.

En el dictamen que se vincula a la presente, el Fiscal de Cámara propicia se confirme la decisión apelada.

II. En orden a la cuestión planteada en autos y en criterio coincidente con el sostenido por el *a quo*, tiene dicho la sala que la existencia de una sucursal u oficina de la aseguradora en esta ciudad no alcanza

para asignar competencia a los tribunales de esta jurisdicción para entender en el reclamo derivado de un accidente de tránsito ocurrido en una distinta denominación territorial, en donde a la sazón se domicilia el demandado, si no se demuestra además que el contrato de seguro se celebró en esta ciudad (cf. CNCiv., esta Sala, r. 140.913 del 11/02/1994; r. 161.507 del 21/12/1994; r. 191.083 del 22/11/1996 y sus citas; r. 245.268 del 28/05/1998; r. 287.065 del 14/02/2000; íd. r. 349.584 del 12/08/2002; r. 470.932 del 05/12/2006 y expte. 94.280/2016 del 12/06/2019; entre otros).

Ello, por cuanto si bien el propósito que deriva de las disposiciones de los arts. 5, inc. 4°, del código ritual y 118 de la ley 17.418, consiste en acordar al demandante una acción que, respecto de la competencia territorial, tiende a posibilitar el más cómodo y eficaz ejercicio del derecho que intenta resguardar (CNCiv., esta Sala G, r. 189.636 del 10/05/1996 y Expte. 94.280/2016 del 12/06/2019), no corresponde ampliar por vía de interpretación los supuestos de opción que la ley admite a su favor.

Así, aun cuando el art. 118 de la ley de seguros no distingue en cuanto a los diversos domicilios que pudiere tener la aseguradora (casa central, agencia, delegación, sucursal), el art. 152 del Cód. Civ. y Comercial (como lo preveía el art. 90, inc. 4°, Cód. Civil), establece que las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos solo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales. De tal manera, para que resulte admisible el desplazamiento de la competencia autorizado por la ley de seguros, no basta que se haya denunciado la existencia de una sucursal en la jurisdicción en que se interpone la demanda, sino que es indispensable que el contrato respectivo se hubiera realizado en ese lugar (cf. CNCiv., esta Sala G, Expte. 7241/2014, del 21/10/2015, autos "Navarro, Daniel A. y otros c. Pelegrini, Andrea S. y otro s/ daños y perjuicios"; Expte. 40.411/2014, del 14/07/2016, autos "Riveros, Ernesto F. y otros c. Beller, Matías P. s/ daños y perjuicios"; Expte. 94.280/2016 del 12/06/2019; entre muchos otros).

III. En la especie, la actora en tanto aseguradora de riesgos del trabajo reclama el reembolso de las sumas que —según sostiene— ha debido abonar con motivo del accidente de tránsito que habría sufrido el día 19/04/2016 el empleado asegurado, ocurrido en la localidad de Lomas de Zamora de la Provincia de Buenos Aires (cf. punto IV de la demanda incorporada a fs. 2/6); y en la misma jurisdicción se ubica el domicilio de la empresa de transporte demandada (cf. copia de poder de fs. 78/80). Ello cobra relevancia a los efectos de establecer la competencia, pues a tal circunstancia debe adunarse que el domicilio legal —casa central— de la citada en garantía (M. R. de S. del T. P. de P.) no se encuentra en esta ciudad sino en La Plata, Provincia de Buenos Aires (cf. copia de poder de fs. 92/94), y la póliza de seguro se habría emitido también en ese lugar (v. fs. 83/87); sin que el criterio contrario con el que insiste la recurrente baste para imponer en el caso un distinto desenlace.

Máxime que a la pretendiente incumbía —en todo caso— la contraprueba pertinente a fin de desvirtuar los extremos referidos, o bien directamente la demostración del punto de conexión territorial sobre cuya base optó por presentar la demanda en esta jurisdicción, que se encontraba a su cargo.

No incide en la solución, la circunstancia de que la aseguradora haya concurrido al trámite de mediación previa en esta ciudad sin efectuar manifestación al respecto, pues el momento oportuno para introducir la cuestión es el establecido por el art. 346 del código ritual y ninguna aceptación tácita puede derivarse de la concurrencia a la audiencia fijada durante tal etapa que, por lo demás, tiene carácter confidencial (arts. 7, inc. e, 8, 9 y 27 de la ley 26.589).

Por tanto, al no existir elementos en la causa que permitan atribuir competencia a los órganos judiciales de esta jurisdicción, corresponde rechazar las quejas y confirmar el pronunciamiento apelado; solución que, por otra parte, responde al criterio sostenido en la actualidad por la mayoría de las salas que integran el Tribunal —como se pone de manifiesto en el dictamen fiscal— y al adoptado por esta Sala en numerosos casos análogos.

Todo ello con la aclaración del Dr. Polo Olivera que si bien como juez de primera instancia sostuvo una interpretación amplia del concepto de domicilio previsto por el art. 118 LS con el fin de asegurar a la víctima el más franco acceso a la justicia, entiende que tal propósito queda suficientemente resguardado en el caso en tanto la actora podrá optar por litigar en el Departamento Judicial de localidad próxima a su domicilio en esta ciudad.

IV. No obstante la solución que se impone en el caso y si bien el art. 354, inc. 1°, del Código Procesal contempla el archivo de las actuaciones en el supuesto que el tribunal considerado competente sea de distinta demarcación territorial, reiteradamente ha sostenido la sala que es regla de adecuada hermenéutica que dicha norma no puede extenderse más allá de aquellos supuestos en que es admisible estimar inválido lo actuado ante el juez en principio considerado competente, aunque luego por vía de la excepción que se admite haya perdido tal aptitud (CSJN, Fallos: 294:25, 307:852 y CNCiv., esta Sala G, en r. 38.421/2012/CA1, "Zarate, Maximiliano M. y otros c. Ocampo, Jaime

H. s/ daños y perjuicios", del 01/11/2016, Expte. N° 94.280/2016 del 12/06/2019, entre otros).

Por tanto, en virtud del estado del trámite así como por razones de economía y celeridad procesal, habrá de encomendarse al magistrado de la instancia de grado la posterior remisión de estas actuaciones al Departamento Judicial de Lomas de Zamora de la Provincia de Buenos Aires, al que optó el apoderado de la parte actora en su agravio subsidiario (cf. punto III.d del memorial de fs. 111/117).

Por lo expuesto y de conformidad con el representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia, se resuelve: I. Confirmar el pronunciamiento de fs. 105/107 en lo principal que decide; y, II. Modificarlo en cuanto al archivo que dispone, debiendo remitirse las actuaciones al Departamento Judicial de Lomas de Zamora de la Provincia de Buenos Aires para su ulterior tramitación. III. Las costas de alzada se imponen a la parte actora que resulta sustancialmente vencida (arts. 68 y 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial). IV. Regístrese, notifíquese mediante cédulas electrónicas a librarse por secretaría a las partes y al Fiscal de Cámara. Cumplido, publíquese (Ac. 24/2013 CSJN) y devuélvase digitalmente a su juzgado de origen. — *Carlos A. Bellucci. — Gastón M. Polo Olivera. — Carlos A. Carranza Casares.*

LÍMITE DE COBERTURA

Cruce por la senda peatonal con semáforo a favor. Falta de demostración de la culpa de la víctima. Pérdida de chance. Rechazo. Daño moral. Procedencia. Franquicia del seguro.

1. — Cuadra tener por probada la responsabilidad de la demandada en el siniestro y deberá responder por los daños que surjan comprobados y tengan relación causal con el infortunio, ya que si bien las declaraciones de las testigos favorecen la postura de la demandante, aún si se prescinde de sus testimonios, lo cierto es que reconocido el contacto entre el colectivo y el cuerpo de la víctima, quienes tenían a su cargo demostrar la eximente invocada no eran otras que la emplazada y su seguro, quienes no produjeron ninguna probanza para tener por configurada la culpa de la víctima invocada, con los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del caso **[1]**.

2. — Cuando —como en el caso— el juez penal dispuso el sobreseimiento del acusado, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1103 del Código sustituido, es menester analizar in totum los elementos de juicio incorporados a la causa, para determinar si existe obligación de responder civilmente por los daños que la víctima dice padecidos. Ello es así, por cuanto la absolución —o el sobreseimiento— dictado en sede penal solo tiene fuerza de cosa juzgada en el juicio civil cuando estuvieran basados en la inexistencia del hecho o en la no autoría del acusado.

3. — La incapacidad y la pérdida de perspectivas futuras por frustración de la chance resultan coincidentes, en la medida que la minusvalía que exhibe la actora es de carácter permanente y le impide continuar con las tareas que —dice— ejercía antes del infortunio. En la especie, al cuantificar la indemnización por incapacidad se tuvo en miras enjugar no solo la alteración disvaliosa de la vida de relación sino también la pérdida de la chance experimentada en razón de las limitaciones físicas que inciden en la vida productiva y laboral, de modo que acceder a este reclamo implicaría duplicar la indemnización a cargo del responsable.

4. — La lesión causada a la integridad física de la víctima, las intervenciones que debió soportar y la sensación de incertidumbre sobre su eventual curación, tienen entidad para generar zozobra, inquietud, pena íntima, es decir, para causar un daño extrapatrimonial resarcible.

5. — La nueva directiva —res. 39.927/2016— regula el vínculo entre la aseguradora y el tercero damnificado o, si se quiere, establece las condiciones de la cobertura del siniestro y los alcances del deber de indemnidad que establece el art. 110, LS, otorgando mayor protección a las víctimas sin desmedro de las condiciones convenidas en la póliza. Es así que establece que estas pueden cobrar la totalidad de la condena contra el seguro, sin perjuicio de las acciones de reembolso que pudiera tener contra su asegurado para recuperar lo abonado de más, en razón del descubierto a su cargo que contiene la póliza.

CNCiv., sala M, 04/12/2020. - Cruzado Arellano, Yulisa del Pilar c. Transporte Automotor Plaza SACEI y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/64124/2020]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] GALDÓS, Jorge M., "Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad", LA LEY 1994-B, 276, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, t. III, 1329, AR/DOC/8273/2001.

COSTAS

Se imponen a la demandada y a la citada en garantía.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expediente N° 69.445/2014,

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 4 de 2020.

La doctora *Benavente* dijo:

I. Yulisa del Pilar Cruzado Arellano demandó a Transportes Automotores Plaza SACEI por los daños y perjuicios ocasionados a raíz del accidente ocurrido el 6 de agosto de 2013 a las 8:45 hs. aproximadamente.

Del escrito de postulación surge que el siniestro se produjo mientras la actora se encontraba parada en la intersección de las calles Brasil y Lima de Plaza Constitución de esta ciudad y, una vez que el semáforo la habilitó, comenzó el cruce. En esa circunstancia, en forma repentina, un colectivo de la línea 129 se abalanzó sobre ella y le aplastó el pie derecho. Fue trasladada en ambulancia al Hospital "Dr. Cosme Argerich", donde permaneció internada y fue intervenida quirúrgicamente (ver fs. 7/49 y fs. 125/155).

Solicitó la citación en garantía de "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros".

Aunque la ocurrencia del siniestro no fue controvertida, la empresa accionada proporcionó una versión distinta de los hechos e invocó la culpa de la víctima, a quien reprocha haberse lanzado sobre el lateral derecho del colectivo de manera totalmente imprevisible e inevitable. Impugnó los rubros y montos reclamados (cfr. fs. 103/106). "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros", reconoció el contrato de seguro que la unía al colectivo de la demandada, opuso la franquicia pactada y adhirió en un todo a la presentación efectuada por aquella (ver fs. 115/vta. III).

En la sentencia de fs. 299/306 el *a quo* hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la empresa de transportes a pagar a la actora la suma que indica con más sus intereses y costas. Hizo extensiva la condena a "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros".

Las vencidas se agraviaron de la atribución de responsabilidad decidida por el colega de grado y criticaron la procedencia y cuantía fijada por algunas de las partidas indemnizatorias y la tasa activa fijada para el cómputo de los intereses. La aseguradora criticó asimismo lo resuelto con relación a la franquicia pactada en la póliza.

La empresa de transportes expresó agravios a fs. 352/361 y la compañía de seguros lo hizo a fs. 362/373. Las quejas fueron contestadas de manera extemporánea por la parte actora.

II. Está fuera de discusión en la especie que por aplicación de las normas de derecho transitorio, el caso debe ser juzgado a la luz del código civil sustituido (art. 7° Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), toda vez que el accidente que se investiga, es de fecha anterior a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

III. Las quejas se circunscriben —básicamente— a la valoración de la prueba testimonial efectuada por el *a quo*. Sostienen que las declarantes son amigas y vecinas de la actora, y por tanto sus dichos no son objetivos, ni resultan suficientes como para atribuir a la demandada responsabilidad en el hecho. Por el contrario, insinúan que de sus declaraciones se desprende que la actora obró de manera imprudente. Solicitan, por tanto, el rechazo de la demanda o, en su caso, que se readecúe la responsabilidad ponderando la actitud negligente e imprudente de Cruzado Arellano.

IV. Cuando —como en el caso— el juez penal dispuso el sobreseimiento del acusado (ver fs. 63/64 del Expte. N° CCC 42836/2013), por aplicación de lo dispuesto en el art. 1103 del código sustituido, es menester analizar "in totum" los elementos de juicio incorporados a la causa para determinar si existe obligación de responder civilmente por los daños que la víctima dice padecidos. Ello es así por cuanto la absolución (o el sobreseimiento) dictado en sede penal —y a fortiori el archivo de las actuaciones— solo tiene fuerza de cosa juzgada en el juicio civil cuando estuvieran basados en la inexistencia del hecho o en la no autoría del acusado y, además, porque la responsabilidad penal y la civil no se confunden por cuanto se aprecian con criterio distinto, de manera que puede afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera (CNCiv., en pleno, "Amoruso, Gerardo c. Casella, José L.", del 2 de abril de 1946, JA, 1946-I-803; LA LEY, 42, 156; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 576; Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", 3° edición, T. 1 V, p. 906). Por tanto, corresponde examinar las pruebas producidas a fin de deslindar la responsabilidad que se procura esclarecer.

V. Si en un accidente de tránsito es herido un peatón —parte débil y vulnerable frente al riesgo del automóvil— el problema debe juzgarse a la luz de la teo-

ría del riesgo creado que fue introducido en nuestro ordenamiento civil por conducto del art. 1113, 2° párr. *in fine* de la ley sustantiva (conf. Galdós, Jorge, "Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad", LA LEY, 1994-B, 277 y sus citas; Sagarna, Fernando A. "La culpa de la víctima-peatón como factor eximente de responsabilidad civil por el riesgo creado", LA LEY, 1994-E, 376 y sus citas). El factor de imputación precedentemente mencionado —de naturaleza objetiva— halla su fundamento en la solidaridad social, en la equidad y en la justicia distributiva (conf. Trigo Represas-López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", ed. LA LEY, 2004, T. I, p. 783 ss.) y responde a la idea según la cual el sujeto que introduce en la sociedad un factor generador de riesgo para terceros debe responder objetivamente (conf. Pizarro, Ramón D., en Bueres-Highton," Código Civil...", T. 3-A, p. 498 ss.). Estos principios son de aplicación a los accidentes de la circulación automotriz en general incluso en aquellos casos en que el embestido resulta un viandante.

El art. 1113, antes citado establece, en su segundo párrafo, la presunción de responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa generadora de daño que, si bien es *iuris tantum*, debe ser destruida por prueba aportada, no por el damnificado, sino por aquel sobre quien recae, es decir, el conductor del automóvil, quien se encuentra precisado a demostrar fehacientemente alguna de las eximentes que contempla la citada disposición legal, dado que, incluso un estado de duda, es insuficiente a los fines indicados (conf. Kemelmajer de Carlucci en Belluscio, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", T. 5 p. 393 ap. f y fallos citados en notas 33 a 35, entre muchas otras). Por aplicación de este principio, queda a cargo del demandado la demostración de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe civilmente responder o la configuración del casus genérico, que tengan entidad para fracturar —total o parcialmente— el nexo causal (conf. CNCiv., Sala F en LA LEY, 1977-A, 556, núm. 34.007-S; CNCiv., Sala E, del 30/12/2003, "Diffalci, María del C. c. Barrionuevo, Arturo C. y otros"; ídem, Sala I, del 02/12/2003, "Poncini, Jorge A. y otros c. Bergamini, Carlos y otros"; ídem, Sala F, del 12/11/2003, "Gauna, María L. c. Castro, Carlos A. y otro", en rev. LA LEY, 08/06/2004, p. 7). Esta inversión de la carga probatoria implica que el demandado debe tener un rol activo y dinámico desde que está precisado a alegar y asumir la prueba de los hechos extintivos, invalidativos u obstativos (conf. SC Justicia Mendoza, Sala 1ª, 27/12/1991, del voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en "Martínez, Jorge c. Verdaguer Correas, Carlos" JA, 1993-I-333).

En la especie, la demandada y su seguro invocaron como causal de liberación de responsabilidad la culpa de la víctima. Cuando de juzgar la falta de la víctima se trata, es preciso verificar que guarda relación de causalidad adecuada con los daños experimentados. Al respecto, la corte federal ha sostenido que la culpa de la víctima, con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que se refiere el artículo 1113 del Cód. Civil, debe revestir las características de imposibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (CSJN, Fallos: 310:2103; 316:912; Trigo Represas, Félix, "Régimen legal aplicable en materia de accidentes de automotores", en "Responsabilidad Civil en materia de accidentes de automotores", p. 107 y ss., Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1985). Por supuesto, si esta se prueba, deberá tenerse por demostrada la causal de exoneración invocada.

VI. Del acta obrante a fs. 1 de la causa penal surge que A. M. M., oficial de la Policía Metropolitana, arribó al lugar unos minutos después de ocurrido el hecho y pudo observar a la actora sentada en el cordón de la vereda, a la altura de la senda peatonal, llorando desconsoladamente. Manifestaba mucho dolor en el pie derecho y le dijo que unos minutos antes había sido atropellada por un colectivo de la línea 129. El micro estaba estacionado a unos metros de la víctima, identificó a su conductor, quien nada dijo acerca de cómo se habría producido el infortunio. Luego solicitó una ambulancia del SAME, cuya médica dispuso trasladar a la actora al Hospital Argerich.

Las reproducciones simples obrantes a fs. 15/18 —también de la causa penal— resultan ilustrativas respecto del lugar en que se produjo el accidente y dan cuenta de la existencia de senda peatonal demarcada en la calzada. Allí puede observarse asimismo al interno 780 de la línea 129. También se dejó asentado que el semáforo peatonal funcionaba correctamente. Por otra parte, el 8 de agosto el oficial M. P. concurrió al nosocomio mencionado y entrevistó a la actora, quien proporcionó una versión de lo ocurrido prácticamente idéntica a la del escrito de inicio (ver fs. 36 y vta.). Las cámaras de monitoreo instaladas en el lugar no pudieron captar el accidente (cfr.fs. 63/64).

En esta sede, C. A. ofreció la declaración de J. I. F. V. y de O. N. A. A. (cfr. acta de fs. 193).

F. V. declaró que vive en el mismo edificio que la demandante. Manifestó que ese día, junto con la víctima y otra vecina, se dirigían a tomar el colectivo de la línea 60. Relató que la accionante iba con su hijo y cruzó primero que ellas, con luz verde. De pronto, escuchó gritos y vio entonces cómo un colectivo rojo, de la línea 129, que transitaba a toda velocidad, la volteó y después la goma le pasó por encima del pie derecho. Como el micro se alejaba, la gente comenzó a gritar y un policía lo detuvo. Luego, llamaron al SAME, vino la ambulancia y ella acompañó a la actora al hospital El pie le sangraba mucho. La demandante estuvo internada varios días porque le amputaron el dedo gordo

y el que le sigue. Repreguntada que fue por la letrada de la demandada ratificó que la accionante cruzó con luz verde, por la senda peatonal, en tanto que ella y la restante testigo estaban justo atrás.

O. N. A. A. —también testigo presencial— declaró ser vecina de la demandante. Relató que salieron todas juntas, como todos los días, por la inseguridad imperante en la zona, a tomar el mismo colectivo. Cruzaron con luz verde. La actora iba adelante con su hijo porque tenía que llevarlo al colegio, y ella apenas atrás. Repentinamente llegó el colectivo que pasó en rojo, y la chocó de costado. Y aunque el colectivo intentó retirarse, lograron frenarlo. Luego llegó la policía y ella se retiró porque tenía que ir a su trabajo, en tanto que la otra vecina, acompañó a Cruzado al Hospital Argerich. Al ser repreguntada por la letrada de las emplazadas, precisó el lugar exacto en el que ocurrió el choque y ratificó que el colectivo apareció ni bien la accionante inició el cruce.

Cabe recordar que la valoración de la prueba testimonial constituye una facultad propia de los magistrados, quienes pueden muy bien inclinarse hacia aquellas declaraciones que le merecen mayor fe para iluminar los hechos, interpretadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica (CNCiv., Sala H, 30/04/1996, LA LEY 1996-B, 156, Sala M, en autos "García, Mara A. c. Núñez, Juan C. y ot. s/ daños y perjuicios" Expte. N° 69.798/2006 del 18/12/2017, entre muchos otros). Analizada esta prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), y sin soslayar que las declarantes son vecinas de la actora, advierto que la coherencia de los relatos y su minuciosidad, permite inferir que han contado lo que efectivamente percibieron por sus sentidos y que sus enfoques son objetivos y desinteresados. Ambas fueron categóricas respecto a que la accionante inició el cruce correctamente habilitada por el semáforo y a que el colectivo cruzó en rojo. Más allá de algún olvido o imprecisión, lo cierto es que tanto F. V. como A. A., explicaron detalladamente cómo se produjo el infortunio como así también sus instantes previos y posteriores. Sus dichos impresionan sinceros, concuerdan entre sí y coinciden con el relato del accidente efectuado en el escrito de inicio. A su vez encuentran respaldo en otras constancias objetivas arrimadas a la causa. Así, guardan relación con la localización de la lesión que surge documentada en la historia clínica remitida por el Hospital Argerich, como así también con las imágenes del lugar y del colectivo, obtenidas el día de hecho por la instrucción policial (cfr. fs. 15/18 de la causa penal). Considero, entonces, que cabe otorgarles pleno valor convictivo (conf. arts. 386 y 456 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

La denuncia de siniestro acompañada en fotocopia por la demandada (fs. 181) no es idónea para desvirtuar las declaraciones precedentemente reseñadas, pues no pasa de ser solamente una versión unilateral del chofer del colectivo (conf. art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). No pasa inadvertida la actitud de la empresa de transportes demandada, pues a fs. 212 se decretó la caducidad de dos de los testigos ofrecidos y a fs. 259/60 se resolvió lo propio con relación a la restante.

En conclusión, si bien las declaraciones de las testigos F. V. y A. A. favorecen la postura de la demandante, aún si se prescinde de sus testimonios, lo cierto es que reconocido el contacto entre el colectivo y el cuerpo de la víctima, quienes tenían a su cargo demostrar la eximente invocada no eran otras que la emplazada y su seguro, quienes no produjeron ninguna probanza para tener por configurada la culpa de la víctima invocada, con los caracteres de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del casus. Por tanto, cuadra tener por acreditada la responsabilidad de la demandada en el siniestro, quien deberá responder por aquellos daños que surjan comprobados y tengan relación causal con el infortunio (arts. 901 y concs. Cód. Civil).

Por los fundamentos expuestos, postulo al Acuerdo, desestimar las quejas y confirmar la sentencia recurrida en este medular aspecto.

VII. Me ocuparé de las críticas vinculadas con la procedencia y cuantía de las partidas que fueron admitidas.

a) Incapacidad psicofísica sobreviniente:

La empresa demandada y la citada en garantía critican la suma fijada por considerarla excesiva en atención a las secuelas que presenta la actora y teniendo en cuenta que no acreditó actividad laboral alguna. Indican que la incapacidad peritada resulta exagerada.

Por incapacidad sobreviniente debe entenderse cualquier alteración del estado de salud física o psíquica de una persona que le impide gozar de la vida en la medida en que lo hacía con anterioridad al hecho, con independencia de cualquier referencia a su capacidad productiva (conf. Alpa-Bessone, "Il fatti illeciti", en Tratatto de Diritto Privato (dir. Resigno), XIV-6, p. 9. La protección de la integridad corporal y la salud estuvo implícitamente consagrada en la Constitución Nacional de 1853 (SCJ Mendoza, Sala I, marzo 1-1993, "Fundación Cardiovascular de Mendoza c. Asociación de Clínicas de Mendoza", ED, T. 153 p. 163 con nota de Susana Albanese) y, explícitamente, en el art. 42 de la Carta Magna y a través de la incorporación de los tratados internacionales, en la modificación de 1994.

Así, tal protección resulta, entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1: "Todo ser humano tiene el derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar; tiene derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia"); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.1: "Los Estados se comprometen al reconocimiento de derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"); de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" y art. 11.1: "Toda persona tiene el derecho...al reconocimiento de su dignidad"); del art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad").

Pues bien. De la historia clínica remitida por el Hospital Argerich surge que el día del hecho la actora ingresó y permaneció internada. Le diagnosticaron traumatismo grave y fractura expuesta de primer y segundo metatarsiano del pie derecho. Debió ser intervenida quirúrgicamente a fin de amputarle los dedos referidos, con colocación de material de osteosíntesis (cfr. fs. 7/49 y fs. 125/155) y posteriormente tuvo que ser reinternada por padecer necrosis e infecciones en la zona lesionada, a fin de realizarle injertos.

El informe médico producido a fs. 204/207 por el Dr. Leandro Oscar Núñez Ibáñez, da cuenta que al momento del examen el pie derecho presenta acortamiento real y aparente en relación al contralateral. La actora exhibe hipotrofia gemelar de la pierna y la circunferencia dorso-plantar está disminuida por pérdida de partes blandas. Pudo observar asimismo una cicatriz amplia queloidea, secuela del injerto dermoepidérmico, que abarca del maléolo interno hacia el quinto metatarsiano, siguiendo por la planta del pie. Verificó también que la paciente tiene muñones, secuelas de las amputaciones sufridas a nivel del primer y segundo metatarsiano, y que los restantes dedos están en posición de garra. Afirmó que la paciente presenta un mal apoyo plantar y dolor a la palpación de la zona lesionada. Añadió, que los pulsos periféricos y la sensibilidad están disminuidos. Destacó que la actora deambula con claudicación, siéndole dificultosa la marcha en puntas de pie y sobre los talones (cfr. fs. 204 vta./205). Estimó la minusvalía física parcial y permanente en el 50% TO (cfr. fs. 206/ vta.).

El peritaje fue impugnado por la citada en garantía, que se limitó a cuestionar el porcentual de incapacidad estimado (fs. 267), pero el perito ratificó a fs. 283 el informe original.

En la faz psicológica, la Lic. Carolina Alejandra Loiza acompañó su dictamen a fs. 226/229. Tras las entrevistas y los tests practicados comprobó en la paciente trastornos en la voluntad y actitudes de dependencia materna, entre otras. Destacó que tanto su autoestima, como su vida de pareja y social se han visto afectadas negativamente. La actora refirió sentirse discriminada pues al subirse al colectivo debe mostrar el certificado de discapacidad y dijo que no utiliza sandalias porque no quiere mostrar el pie. Concluyó que padece un cuadro compatible con un trastorno por estrés postraumático y un trastorno depresivo mayor, que tiene un nexo causal directo con el infortunio. Estimó en el 40% la incapacidad (cfr. fs. 229). Este peritaje también fue observado por la citada en garantía (fs. 268/69), cuyas críticas fueron correctamente rebatidas por la perito a fs. 271/72, donde ratificó su informe.

No puede soslayarse que, según la doctrina consolidada de la corte federal, el derecho a la reparación del daño injustamente experimentado tiene jerarquía constitucional, toda vez que el neminem laedere, reconoce su fuente en el art. 19 CN. De este se infiere el derecho a no ser dañado y, en su caso, a obtener una indemnización justa y plena (CSJN, "*in re*", "Santa Coloma" (Fallos: 308:1160); Ghünter", (Fallos: 308:111); "Aquino" (Fallos: 327:3753). Precisamente, este fundamento se ha plasmado en el nuevo Cód. Civil y Comercial, cuyo art. 1740 expresamente indica que la indemnización "debe ser plena", aclarando a continuación que ese carácter consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso. Este es, en otros términos, el contenido de la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de modo que el nuevo código no ha hecho más que continuar en la senda ya trazada, como puede advertirse —entre otras disposiciones— a partir del principio de la inviolabilidad de la persona humana (art. 51 Cód. Civ. y Comercial).

En el caso de lesiones el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial concretamente dispone que "...la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y que se agote a término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades". En tales condiciones, el principio de reparación plena al que hice referencia, cuenta con parámetros concretos a ponderar para verificar la razonabilidad del crédito por lesiones. En las quejas, se sostiene que el *a quo* utilizó una fórmula equivocada, pero no se dice cuál sería la correcta, según el criterio de la recu-

rrente. Solo se hace hincapié en el elevado porcentual de discapacidad estimado pericialmente, que tomó en cuenta el juzgador, como así también se hace mérito de que no se han demostrado los ingresos de la víctima. También se dice que la actora pudo movilizarse por sus medios y en transporte público, hasta el lugar de revisación. Sin embargo, las dificultades de la víctima para movilizarse surgen claramente descriptas en el informe pericial, de modo que si por falta de recursos debió trasladarse de ese modo, el esfuerzo realizado no puede gravitar en desmedro de la reparación justa del daño.

Para fijar la indemnización, utilizaré la fórmula Vuoto, sin soslayar otros elementos complementarios que surgen de la prueba y permiten mayor flexibilidad para cuantificar el daño en cada caso. Se trata, en definitiva, de las denominadas "particularidades" de cada situación específica que, en muchísimos supuestos, no son susceptibles de ser encapsuladas dentro de fórmulas ni pueden ser mensuradas en rígidos esquemas aritméticos (SCBA, "P. c. Cardozo, Martiniano B. s/ daños y perjuicios", del 11/02/2015, LA LEY BA, 2015 (julio), 651). Por tanto, en el caso, para justipreciar esta partida, tomaré en consideración la edad de la actora al momento del hecho (30 años) y el tiempo razonable para la realización de tareas productivas (35 años). Está en pareja, tiene un hijo y cuenta con estudios secundarios incompletos. Manifestó que a la fecha del accidente realizaba changas y que a la época del peritaje se hallaba desocupada (cfr. fs. 226). Por otra parte, tengo en cuenta la incapacidad peritada, que conforme al método de las capacidades restantes asciende al 70%. Ante la falta de documentación respaldatoria alguna, computaré el salario mínimo vital y móvil vigente al momento del hecho y a todo ello aplico la tasa de descuento del 8%. Sobre esa base, y por haber sido apelada únicamente por elevada, propongo al Acuerdo confirmar la suma de pesos un millon cuatrocientos mil ($1.400.000) fijada en la sentencia por este reclamo (conf. art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial y 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

b) Pérdida de chance:

Las emplazadas se agravian de la procedencia de esta partida.

Cuadra recordar que la chance es la probabilidad objetiva cierta —y no la mera posibilidad— de obtener un beneficio, a condición de que esta probabilidad —que no es certeza— sea suficiente, esto es, debe superar el terreno de las meras conjeturas o hipótesis. El requisito de certidumbre del daño —actual o futuro— se configura en base al acontecer regular de los hechos —principio de regularidad— es decir lo que sucede según el curso natural y ordinario de las cosas (art. 901 Cód. Civil; ver Mayo, Jorge, "La pérdida de la chance como daño resarcible", LA LEY, 1989-B, p. 106; Piaggio, Aníbal, "Azar y certeza en el derecho de daños", ED, 152, p. 815 ss., esta Sala, mi voto, en "Toloza, Valeria A. c. Trenes de Buenos Aires s/ daños y perjuicios" Expte. N° 76.280/07, del 29/03/2017, etc.).

En el escrito de inicio, Cruzado Arellano solicitó el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente —física y psicológica— y, por separado, la pérdida de la chance, que fundó —de manera confusa— en la necesidad de compensar la pérdida de perspectivas de renta futura. Advierto que, en este punto, no existe una verdadera diferencia sustancial u ontológica entre ambos ítems indemnizatorios.

En efecto, tal como ha sido planteado en la demanda la incapacidad y la pérdida de perspectivas futuras por frustración de la chance resultan coincidentes, en la medida que la minusvalía que exhibe la actora es de carácter permanente y le impide continuar con las tareas que —dice— ejercía antes del infortunio.

Repárese que la índole de las lesiones que fueron comprobadas pericialmente, dieron sustento a la fijación de una suma para indemnizar la proyección que ellas tienen sobre las aptitudes de la persona tanto en la vida laboral como de relación. Es así que el acápite "incapacidad sobreviniente" constituye un modo de reparar aquellas chances frustradas definitivamente a raíz de una limitación permanente causada a la integridad física o a la salud en general, de modo que si se considera alguna de esas facetas en forma independiente, se indemnizaría dos veces el mismo menoscabo. La situación hubiera sido distinta si, luego de atravesada la etapa terapéutica, la víctima hubiera retomado las actividades que desarrollaba con anterioridad (conf. Zavala de González, Matilde, "Daño a las personas. Integridad psicofísica". T. 2-a, ed. Hammurabi, Bs. As., 1990, p. 237; Moisset de Espanés, Luis - Moisa, Benjamín, en AAVV Reparación de daños a la persona, dir. Trigo Represas - Benavente, T. 1, p. 371, ed. LA LEY, Bs. As., 2014, esta Sala mi voto en "Mihalec, Juan G. y otros c. El Batelito SA y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 47.187/2011 del 27/05/2020, entre otros). Es que, en tal hipótesis se hubiera puesto de manifiesto la existencia de dos momentos o etapas conceptualmente diferentes que se proyectan sobre intereses distintos también. Nada de eso se verifica en el caso.

Repárese que, en la especie, al cuantificar la indemnización por incapacidad tuve en miras enjugar no solo la alteración disvaliosa de la vida de relación sino también la pérdida de la chance experimentada en razón de las limitaciones físicas que inciden en la vida productiva y laboral, de modo que acceder a este reclamo implicaría duplicar la indemnización a cargo

del responsable. Por tanto, propicio admitir las quejas formuladas y rechazar la partida bajo estudio.

c) Daño moral:

Desde siempre, me incliné por la corriente que asigna al daño moral carácter resarcitorio (conf. CSJN, del 24/08/1995, "Pérez, Fredy c. Ferrocarriles Argentinos", JA, 1997-III, síntesis; CNCiv., Sala A, del 01/10/1985, LA LEY 1986-B, p. 258; ídem, Sala C, del 08/06/1993, JA, 1994-IV-síntesis; ídem, Sala F, JA, 1988-IV, p. 651), ya que busca en definitiva contribuir a compensar la conmoción que el padecimiento genera mediante el alivio que puede importar la suma que se otorga (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1989, p. 179 y ss., Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, FA, "Derecho de Obligaciones", La Plata, 1969, T. I, p. 251 y ss.). No queda reducido al clásico "Premium doloris" (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que además de ello, apunta a toda lesión del espíritu que se traduce en alteraciones desfavorables para las capacidades del individuo de sentir —"lato sensu"—, de querer y de entender (conf. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 1, 1992, p. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, 1986-III-902 y 903; Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I-727 a 732). Este criterio es el que finalmente prevaleció en el Cód. Civ. y Comercial (art. 1740 *in fine*).

En función de ello, los sinsabores, angustias, miedos y. demás sentimientos adversos deben ser enjugados proporcionando a la víctima recursos para mitigar el detrimento causado, de modo que pueda acceder a gratificaciones viables para superar el padecimiento (Iribarne, Héctor P., "De los daños a la persona", ed. Ediar, p. 143, concs., Galdós en Lorenzetti (dir), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ed. Rubinzal Culzoni, T. VII, p. 503 y ss.).

Es sabido, por otra parte, que el daño extrapatrimonial se produce *in re ipsa*, no requiere prueba y no tiene por qué guardar proporción con los perjuicios materiales (conf. CNCiv., Sala G L. 282.602, del 16/02/2001, etc.).

El Cód. Civ. y Comercial dispone claramente que el monto de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales "debe fijarse ponderando las indemnizaciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" (art. 1741).

A la luz de esos postulados, la lesión causada a la integridad física de la víctima, las intervenciones que debió soportar y la sensación de incertidumbre sobre su eventual curación, tienen entidad —sin duda— para generar zozobra, inquietud, pena íntima, es decir, para causar un daño extrapatrimonial resarcible. En tales condiciones, y más allá de las dificultades que importa la cuantificación de esta partida, por haber sido apelada únicamente por elevada, propicio a mi distinguida colega confirmar la indemnización de pesos doscientos mil ($200.000), otorgada por el *a quo* por este renglón (conf. art. 1741 del Cód. Civ. y Comercial y art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VIII. Franquicia:

Luego de la reforma introducida por la ley 27.500 que reincorporó los arts. 302 y 303 al Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación —que habían sido derogados por la ley 26.853— aparece nuevamente en escena la obligatoriedad de los fallos plenarios (art. 303 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), de conformidad en el pronunciamiento dictado "*in re*" "Kartopapel SACI c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 15/07/1977 (ED. T. 74, p. 322). Entre ellos, la doctrina legal obligatoria del fallo "Obarrio, María P. c. Microómnibus Norte SA s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c. La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios", del 13/12/2006).

Tal como destaca el colega de grado, en línea con la doctrina plenaria mencionada, hace tiempo que la Sala ha proporcionado nuevos fundamentos para apartarse de la doctrina de la Corte Suprema en este punto.

No puede perderse de vista que la sentencia plenaria gravitó sobre la interpretación de la Resolución N° 25.429/1997, disposición que ha quedado superada tanto por los acontecimientos macroeconómicos como por las nuevas decisiones de la Superintendencia de Seguros de la Nación. En efecto, catorce años después del caso "Obarrio", resulta irrisorio sostener que la franquicia de $40.000 importa desproteger a la víctima por constituir un supuesto de "no seguro". Y aun cuando estos fundamentos no serían suficientes —en principio— para soslayar la aplicación del citado pronunciamiento plenario (ver "Kartopapel SACI c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", cit.), lo cierto es que el 14 de julio de 2016, la Superintendencia de Seguros de la Nación dictó la Resolución N° 39.927/2016, en la que proporciona pautas concretas para la regulación del seguro de transporte automotor. Así, la referida Resolución N° 39.927/2016, en las Condiciones Generales del Seguro de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros, Anexo II, cláusula

2° —"Franquicia o Descubierto Obligatorio a Cargo del Asegurado"— dispone que: "El Asegurado participará en cada acontecimiento por un hecho cubierto con un Descubierto Obligatorio de pesos ciento veinte mil ($120.000). Dicho descubierto obligatorio a su cargo se computará sobre capital de sentencia o transacción, participando el Asegurado a prorrata en los intereses y costas. En todo reclamo de terceros, la Aseguradora asumirá el pago de la indemnización y el Asegurado le reembolsará el importe del Descubierto Obligatorio a su cargo dentro de los diez días de efectuado el pago....". Es verdad que estas nuevas reglas se aplican a las pólizas celebradas a partir de julio de 2016, pero es innegable que proporcionan pautas valiosas de interpretación incluso para las pólizas anteriores, en la medida que, de algún modo, complementan la sentencia dictada por la Cámara en pleno, en la causa "Obarrio".

En efecto, la nueva directiva regula el vínculo entre la aseguradora y el tercero damnificado o, si se quiere, establece las condiciones de la cobertura del siniestro y los alcances del deber de indemnidad que establece el art. 110 LS, otorgando mayor protección a las víctimas sin desmedro de las condiciones convenidas en la póliza. Es así que establece que estas pueden cobrar la totalidad de la condena contra el seguro, sin perjuicio de las acciones de reembolso que pudiera tener contra su asegurado para recuperar lo abonado de más, en razón del descubierto a su cargo que contiene la póliza.

Como se advierte, la nueva disposición contiene —en definitiva— directrices que autorizan a interpretar la anterior Resolución N° 25.429/1997 que, más allá del comienzo de su vigencia en los términos que indica, permite tener un panorama un poco más claro sobre el funcionamiento de la franquicia en el contrato de transporte, mientras no se regule en forma orgánica el seguro obligatorio. Por tanto, pienso que esas nuevas directivas contribuyen a una nueva mirada de la doctrina de esta Cámara en el caso "Obarrio", asignándole una interpretación que no está en pugna con las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por cierto, a medida que transcurre el tiempo, las pólizas celebradas en los términos de la Resolución N° 25.429/1997, se verán con menos frecuencia en las causas que nos toca resolver. De tal modo, la nueva resolución de la Superintendencia de Seguros de la Nación, permite armonizar la doctrina plenaria con esas directrices sin desmedro de la solución que invariablemente ha sostenido la Corte Suprema en sus fallos (conf. N.312.XXXIX "Nieto, Nicolaza del V. c. La Cabaña SA y otros" y V.482.XL "Villarreal, Daniel A. c. Fernández, Andrés A. y otros", publicadas en Fallos: 331:379 y 334: 988; ídem Fallos: Fallos: 319:3489; 329:3654 y 34; causas O.166, L. XLIII, "Obarrio, María P. c. Microómnibus Norte SA y otros"; G. 327, L. "Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro"; V. 389, L. XLIII, "Villarreal, Daniel A. c. Fernández, Andrés A." y C. 310, L. XLIV, "Cuello, Patricia D., Lucena, Pedro A. y otros", falladas el 4 de marzo de 2008 y la última el 18 de junio de 2014; B. 915. XLVII. "Buffoni, Osvaldo O. c. C., R. M. s/ daños y perjuicios" del 08/04/2014).

Por tanto, propicio que la condena alcance a la citada en garantía por el total de las sumas admitidas, sin perjuicio de las acciones de reembolso que puedan tener lugar entre las partes del contrato de seguro. De modo que si mi voto es compartido, —por los fundamentos expuestos— corresponde confirmar en este punto la solución de la sentencia recurrida.

IX. Tasa de interés:

En reiterados pronunciamientos, hemos resuelto que para establecer la cuantía de la indemnización debe considerarse el resultado indemnizatorio final, que es el que debe prevalecer por sobre la aplicación de abstractas fórmulas matemáticas (conf. CSJN, "Bonet c. Experta", Fallos: 342: 1662, (Fallos: 323:2562; 319:351; 316:1972; 315:2558; 326: 259; esta Sala, voto de la Dra. De los Santos "Petella Rago c. Knaap", del 18/03/2019, entre varios). Con sustento en esta premisa, al determinar el quantum indemnizatorio he ponderado la circunstancia antedicha. Como resultado de la valoración efectuada, pienso que en la especie la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, prevista en la doctrina plenaria "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" del día 20 de abril de 2009, desde el hecho y hasta el efectivo pago, no resulta inapropiada pues no importa una alteración del resultado económico de la condena ni un indebido enriquecimiento del acreedor. Antes bien, contribuye a mantener intangible el capital por el que prospera la acción, para que al momento de recibir el pago, el resarcimiento no resulte deteriorado por causas macroeconómicas con entidad para acarrear la pérdida de su valor adquisitivo y desvirtuar el principio de reparación plena del daño (art. 1740 Cód. Civ. y Comercial). En tales condiciones, postulo confirmar lo resuelto por el colega de grado en este punto.

X. En síntesis. Propongo al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia de grado que admite el reclamo efectuado por "pérdida de chance" —que postulo rechazar— y confirmarla respecto de todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. De compartirse, las costas de Alzada se imponen a la demandada y a la citada en garantía, que resultan sustancialmente vencidas (art. 68 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y

por el carácter que estas tienen en los juicios de la naturaleza del presente aunque la pretensión no prospere en su totalidad (CNCiv., esta Sala, mi voto en autos "Tenreyro, Christian H. c. Nueva Chevallier SA y ot. s/ daños y perjuicios" (Expte. N° 95.909/2007) del 20/02/2018, entre muchos otros).

La doctora *Iturbide* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante.

Y Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1) Revocar parcialmente la sentencia de grado y rechazar el reclamo efectuado por "pérdida de chance". 2) Confirmarla respecto de todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. 3) Imponer las costas de Alzada a la demandada y a la citada en garantía (art. 68 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). 4) I.- En atención a la forma en que se resuelve que modifica la base regulatoria, déjanse sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de grado anterior (conf. art. 279 del Cód. Procesal) y en consecuencia, procédese a adecuar las mismas de conformidad a la normativa legal mencionada. II. 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. 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 (cfr. fs. 347). III. En función de lo expuesto, por la labor letrada realizada en la instancia anterior se tendrá en consideración la naturaleza del asunto, el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, la eficacia y la extensión de los trabajos realizados, las etapas procesales cumplidas, el resultado obtenido, la trascendencia jurídica y moral del litigio, el monto del proceso y las pautas legales de los arts. 6, 7, 9, 10,11, 14, 19, 37 y cc. de la ley 21.839 —t.o. 24.432—. En consecuencia, fíjanse los honorarios del Dr. Bernardo Fabián Sole, en su carácter de letrado apoderado de la parte actora, por su labor en las dos primeras etapas, en la suma de pesos ... ($...). A la letrada apoderada de la demandada y de la citada en garantía Dra. Natalia Silvina Leites por su actuación en la primer etapa y en casi toda la segunda etapa, en la suma de pesos ... ($...), al Dr. Lucas Telmo Farrapeira por su desempeño en la audiencia preliminar, en la suma de pesos ... ($...) y a la Dra. María Esther Antelo por su actuación en las audiencias testimoniales —videofilmadas— de las que da cuenta el acta de fs. 193, en la suma de pesos ... ($...). IV. En el caso de los peritos intervinientes se ponderará la naturaleza del peritaje, apreciado por su calidad, importancia, complejidad, extensión y mérito técnico-científico del mismo, monto económico comprometido, proporcionalidad que deben guardar estos emolumentos en relación a los de los letrados actuantes en el juicio (cf. art. 478 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Por lo tanto, se fijan los honorarios del perito médico Dr. Leandro Oscar Núñez Ibáñez por el informe pericial de fs. 204/207 en la suma de pesos ... ($...) y al perito médico Dr. Daniel José Malvitano por su contestación de fs. 283 también en la suma de pesos ... ($...) y los de la perito psicóloga Lic. Carolina Alejandra Loiza por el peritaje de fs. 226/229 y por su contestación de fs. 271/72 en la suma de pesos ... ($...). V. Ponderando las constancias de autos, naturaleza del asunto, monto económico comprometido y pautas legales del art. 2, inciso g) del Anexo I del Decreto Reglamentario 2536/2015, regúlanse los honorarios de la Dr. Carlos Horacio Beriachetto, en la suma de pesos ... ($...). VI. Finalmente y por la labor profesional realizada en esta instancia y que culminó con el dictado de la presente sentencia definitiva, se regula a la Dra. Natalia Silvina Leites por su actuación como letrada apoderada de la empresa demandada, la cantidad de ...uma que equivale a la suma de pesos ... ($...), y a la Dra. María Esther Antelo por su actuación como letrada apoderada de la citada en garantía, también la cantidad de ...uma que equivale a la suma de pesos ... ($...), conf. art. 30 de la ley 27.423 y Ac. 36/2020. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Gabriela A. Iturbide.*

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito (*)

Jorge A. Mayo

Sumario: I. El sistema común de reparación de los daños en el Código Civil.— II. El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito.— III. Distinción con el instituto del enriquecimiento sin causa.— IV. Diversos supuestos de enriquecimiento obtenido mediante la violación del derecho ajeno.— V. Daño y enriquecimiento.— VI. Justificación de la atribución al titular del patrimonio.— VII. Diferencia con los daños punitivos.

I. El sistema común de reparación de los daños en el Código Civil

Si nos detenemos en las normas del Código Civil que regulan tanto el daño como el *quantum* de la responsabilidad emergente de los hechos ilícitos **(1)**, podemos observar que las reglas generales nos dicen que "el daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses" **(2)**; y que "la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima" **(3)**. En otros términos, la reparación se limita al daño patrimonial, sea como daño emergente o lucro cesante, y al daño moral, y ello ponderado a su vez dentro de los límites que fijan los arts. 903 a 906 del Cód. Civil. Por otra parte, también operará como negativa total de indemnización o la disminución proporcional el propio hecho de la víctima **(4)**. En suma, el objetivo propio de la responsabilidad civil es el de restablecer lo más exactamente posible el equilibrio destruido por el daño y de reubicar a la víctima en la situación en que ella se habría encontrado si el acto dañoso no hubiera sucedido, pero sin procurarle un enriquecimiento.

II. El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito

¿Qué sucede cuando mediante un hecho ilícito el victimario, además de provocar a la víctima un daño injusto, obtiene un provecho, se enriquece como consecuencia del ilícito? Y, justamente, ese beneficio obtenido por el responsable desvirtúa cualquier función preventiva que se asigne a la responsabilidad civil, pues qué importancia tiene que se lo condene a reparar los daños, si el enriquecimiento obtenido enjuga cualquier indemnización que deba enfrentar, logrando una jugosa ganancia. Una respuesta tradicional ha rechazado la posibilidad de reconocer ese enriquecimiento a la víctima, pues eso no es daño resarcible sino un beneficio fruto de un feliz concurso de circunstancias **(5)**. A esa postura se ha opuesto la opinión, minoritaria por cierto, que condena lo que se denomina por los franceses "culpa lucrativa" —*faute lucrative*— **(6)**, y que

(*) Publicado en La Ley 2005-C, 1018.

(1) Resulta obvio señalar que el ilícito debe haber reunido los requisitos que el ordenamiento exija para su configuración, aspectos que aquí no se discuten.

(2) Art. 1069, Cód. Civil.

(3) Art. 1078, Cód. Civil.

(4) La culpa de que nos hablan los arts. 1111 y 1113, Cód. Civil.

(5) Es la tesis de los MAZEAUD-TUNC, en "Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil", Ed. EJEA, Buenos Aires, 1963, t. 3, vol. I, p. 599, nro. 2401.

(6) Se precisa en STARCK, "Droit civil. Obligations", Ed. Litec, París, 1985, t. 1, 2ª ed. act. por Roland y Boyer, p. 477,

algún eco velado ha recibido en cierta jurisprudencia de nuestros tribunales, que ha dicho que, para determinar la indemnización que corresponde otorgar al afectado en su honor por una publicación periodística, debe tenerse en cuenta la deformación del hecho, la gravedad de las imputaciones y la circunstancia de ser la demandada una empresa periodística de amplia difusión; debe considerarse, también, que otorgar una indemnización ínfima fomenta la industria del escándalo, pues la convierte en lucrativa **(7)**. Esta última tesitura significa un progreso frente a la postura negativa, pero, a mi juicio, no resuelve adecuadamente la cuestión, desde el momento que vincula, o mejor aun, considera el enriquecimiento dentro del daño causado. Y recientemente, en un fallo de la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil **(8)** a través del voto del doctor Mirás, se ha dicho que "dado el carácter de hecho notorio de la potencialidad de lucro con la exhibición del retrato de los jugadores de fútbol de notable actuación, ello torna admisible el resarcimiento del daño patrimonial en los supuestos de quienes lucran habitualmente con la utilización de su imagen, en la medida en que no se le ha retribuido lo que en derecho le habría correspondido en caso de habérselo contratado". Y agrega que "a los fines de determinar el resarcimiento por la utilización indebida de la imagen de un jugador de fútbol profesional de notable actuación, más que estar a la ganancia de los que incorporaron su imagen a una tarjeta para participar en juegos electrónicos, debe atenderse al valor emergente del prestigio de la persona de cuya imagen se trata". Si bien la idea del precedente citado se encamina en principio en la buena senda, luego termina por equiparar daño y enriquecimiento, máxime cuando deja de lado las ganancias que el utilizador de la imagen obtuvo, por cierto ilícitamente **(9)**.

III. Distinción con el instituto del enriquecimiento sin causa

Resulta fácil la tentación de atraer nuestro instituto hacia la figura del enriquecimiento sin causa. Esta última exige para su configuración los siguientes elementos: a) el enriquecimiento en detrimento de otro, lo que exige un empobrecimiento del perjudicado, y una relación de causalidad manifestada a través del paso de un patrimonio al otro; b) la ausencia de causa, es decir cuando no existe ningún mecanismo jurídico, legal o convencional, que pueda justificar el desplazamiento de valores de un patrimonio a otro; c) la falta de culpa o dolo del empobrecido puede ser ponderada, pues en caso contrario podría llevar a negar o disminuir la repetición. Y, en cuanto a los efectos, cabe puntualizar que la restitución está dada por la medida del empobrecimiento, es decir que presupone un daño (el empobrecimiento). Consecuentemente, y como no exige nuestra figura la presencia de un daño o empobrecimiento del afectado, no puede subsumirse en el tipo del enriquecimiento sin causa (acción *in rem verso*).

IV. Diversos supuestos de enriquecimiento obtenido mediante la violación del derecho ajeno

Veamos algunos casos de nuestro derecho positivo:

- El Código Civil impone al poseedor de mala fe la obligación de entregar los frutos que hubiese percibido (o su valor) y los que por su culpa no se hubiesen percibido **(10)**, los frutos civiles **(11)** y los productos **(12)**.

- El caso del depósito hecho por una persona capaz en otra que no lo era, en el que el depositante solo tendrá acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, y el derecho a cobrar al incapaz todo aque-

nro. 1077, que se denomina culpa lucrativa la falta que, sin perjuicio de los daños y perjuicios que el responsable es condenado a pagar, y que son calcados sobre el perjuicio sufrido por la víctima, dejan a su autor —el victimario— un margen de beneficio suficiente para que él no encuentre ninguna razón para no cometer el hecho.

(7) CNCiv., sala H, 29/03/1996, LA LEY, 1996-C, 141, fallo 94.368.

(8) JA, 2005-II, fasc. 1, del 06/04/2005, p. 67.

(9) El comentario a dicho fallo efectuado por Luis D. Crovi (ver ps. 68 y ss. de la misma publicación), con interesantes consideraciones, sin embargo, concluye en asimilar daño y enriquecimiento, aspectos que deben distinguirse, según hemos efectuado en el texto.

(10) Art. 2438.

(11) Art. 2439.

(12) Art. 2444.

llo con que se hubiese enriquecido por el depósito **(13)**.

- El supuesto del art. 788 del Cód. Civil, del que ha recibido de mala fe el pago de lo no debido, quien es considerado como el poseedor de mala fe.

También hay que mencionar lo establecido por el art. 2304 del Cód. Civil, según el cual "cualesquiera que sean las circunstancias en las cuales una persona hubiera emprendido los negocios de otra, la ratificación del dueño equivale a un mandato, y le somete para con el gestor a todas las obligaciones del mandante", pero obviamente también la rendición de cuentas y el provecho de la gestión. Podría decirse que esta norma es la manifestación particular de un principio más general, según el cual el titular de un patrimonio puede siempre pretender de aquel que se ha inmiscuido en la gestión de sus bienes el provecho así conseguido.

Y correspondería una solución similar a la expuesta en el párrafo precedente en el supuesto del aprovechamiento injustificado de los derechos de la personalidad de otro, como verbigracia el caso del derecho a la imagen, o a la intimidad, utilizados por publicaciones periodísticas, muchas veces de carácter sensacionalista, con un gran margen de ganancias **(14)**.

Como podrá observarse, los ejemplos dados muestran que el Código ha seguido el criterio de reconocer al dueño o titular de un derecho el beneficio o enriquecimiento que otro obtuviera a través de un ilícito sobre sus bienes.

V. Daño y enriquecimiento

A resultas del hecho ilícito se ocasiona a la víctima un daño injusto **(15)**. Y también puede surgir un enriquecimiento del dañador. Mas ambos no se confunden, en tanto el daño siempre significa menoscabo, ya como daño emergente ya como lucro cesante, en cambio el enriquecimiento no importa detrimento de algo ya incorporado efectiva o potencialmente al patrimonio. Sin embargo, aunque se pueden acumular las pretensiones de enriquecimiento y de reparación de los daños (por los daños, por el valor objetivo de la cosa, o por la mayor suma comprendida entre el daño y el valor), no podrá el damnificado (titular del derecho o interés lesionado) pedir dos veces la misma suma, una vez a título de daño sufrido y otra vez como enriquecimiento conseguido por el autor de la lesión. Ello es así porque, consistiendo el enriquecimiento en una suma de dinero, el daño (no siendo posible el resarcimiento en forma específica) debe ser resarcido en dinero **(16)**, y abarcará únicamente el perjuicio efectivamente sufrido, resultando el enriquecimiento solamente un plus limitado a lo obtenido por el responsable más allá del daño, aunque no se trate de una acción subsidiaria **(17)**. Y la medida del enriquecimiento estará dada por el beneficio neto, es decir descontados los gastos normales para obtenerlo, porque los últimos también deberían haberse efectuado por el titular del derecho para conseguir aquel **(18)**.

VI. Justificación de la atribución al titular del patrimonio

Una respuesta podría ser: si el propietario de un bien (en sentido amplio) no lo explota o utiliza, y por tanto si otro se ha enriquecido con la explotación de su capital, pero sin haberse empobrecido aquel, parecería razonable reconocer el fruto a quien con su iniciativa, habilidad o pericia ha sabido obtener un buen provecho. Pero, ello no puede compartirse, en tanto no existe principio alguno que justifique el aprovecharse abusivamente de los bienes ajenos y atribuir el provecho al autor de la lesión, obtenido contra la voluntad expresa o presunta de su titular. Los ejemplos que se dieran precedentemente, y que resultan del propio Código Civil, ponen de manifiesto su calidad de aplicaciones particulares de un principio más general que veda enriquecer-

(13) Art. 2194.

(14) Por supuesto, sin el consentimiento de su titular.

(15) Recuérdese lo establecido por el art. 1067 del Cód. Civil: "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado...".

(16) Art. 1083, Cód. Civil.

(17) Conf. SACCO, Rodolfo, "L' arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto", Ed. UTET, Torino, 1959, p. 237.

(18) Como punto especial habría que considerar el de las mejoras, para cuyo régimen habrá que remitirse a lo dispuesto por los arts. 589 y ccds., Cód. Civil. De todos modos, siempre habrá que descontar el valor de las mejoras necesarias y de las expensas necesarias, gasto insoslayable.

se, a través de un ilícito que conlleve la gestión o utilización de bienes ajenos, de cualquier forma, bastando con que exista un nexo causal entre el ilícito y el enriquecimiento logrado.

En esta perspectiva, el responsable del comportamiento lesivo de los derechos de otro no puede estar en ningún caso legitimado a apropiarse el enriquecimiento obtenido con el hecho ilícito. Por consiguiente, para configurarse la obligación restitutoria en la especie basta que se pruebe siempre cualquier forma de apropiación o disfrute de utilidad ínsita en los derechos de otro, sin requerirse que se acredite una transferencia patrimonial **(19)**. De allí que toda situación protegida por el ordenamiento —propiedad en sentido amplio, derechos sobre bienes inmateriales (en especial los de la personalidad), etc.— atribuye al titular una suerte de exclusividad en el goce y disfrute de la utilidad económica de los bienes, sin que se requiera necesariamente, reitero, una transferencia del bien; basta con el aprovechamiento de la utilidad de un bien ajeno **(20)**.

(19) Conf. VON CAEMMERER, cit. por GALLO, Paolo, "Introduzione al diritto comparato", Ed. G. Giappichelli, Torino, 1998, vol. 2, ps. 219-220, y nota 33.

(20) Conf. GALLO, ob. cit., p. 220.

VII. Diferencia con los daños punitivos

Los daños o condenaciones punitivas son penas privadas, no indemnizaciones, cuyo destino es sancionar graves inconductas del responsable y prevenir su acaecer en el futuro, ejemplificándose con comportamientos que no deberían quedar sin sanción para su autor, como en los casos en que no median daños, o en que su prueba es dificultosa o imposible, me parece que la figura del daño punitivo no encuentra cabida en nuestro ordenamiento **(21)**, pues la reparación tiene como tope los perjuicios indemnizables sufridos por el interesado **(22)**, mientras que la compensación del enriquecimiento obtenido por el ilícito sí se apoya en el principio general indicado precedentemente, esto es, el que veda enriquecerse como fruto de un ilícito a costas del titular del derecho usufructuado.

(21) Si el daño punitivo importa una sanción, ella no puede surgir sino de la ley; y nuestro ordenamiento no prevé una tal penalidad.

(22) Es la regla que surge de los arts. 519, 1068, 1069, y ccds., Cód. Civil.

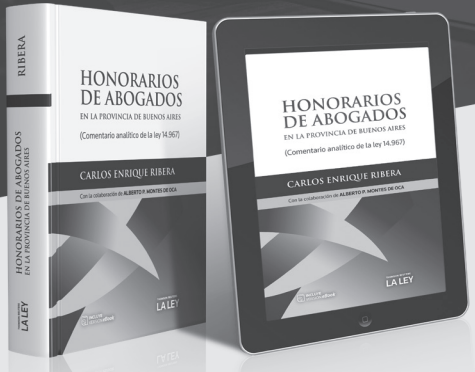
THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.

LANZAMIENTO

HONORARIOS DE ABOGADOS
EN LA PROV. DE BUENOS AIRES

Carlos Enrique Ribera
Alberto P. Montes de Oca *(Colaborador)*



1 tomo + eBook

Una obra que desarrolla articulo por articulo la ley 14.967 de honorarios de abogados en la provincia de Buenos Aires, con múltiples citas de doctrina y jurisprudencia, pero dando también su propio criterio en los temas controvertidos.

Es un verdadero tratado sobre el abogado; su desempeño como auxiliar de la justicia y en las demás funciones que puede realizar (entre estas, el asesoramiento extrajudicial y las tareas en la mediación y en el arbitraje; sus deberes y derechos; las incumbencias profesionales); además de los capítulos dedicados al estudio de instituciones de Derecho Civil, Comercial y Procesal.

Adquiera la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam