RCyS

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Año XXIII | Número 3 | Junio 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 mayo 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 3 | Junio 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

Responsabilidad por daños e inteligencia artificial: ¿vino nuevo en odres viejos?
Verónica E. Melo 3

La responsabilidad civil del sanatorio por infecciones hospitalarias (ISQ y IACS)
Fernando G. Mariona 11

La doctrina "Campillay" como causa de justificación del daño y la atribución del contenido de la información a la fuente pertinente en la jurisprudencia de la Corte Federal
Agustín Rugna 32

Responsabilidad civil por daños sufridos por los ancianos dentro de los geriátricos
Julián Emil Jalil 48

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES
Perro de raza pitbull que mata a un can de menor porte en el palier de un edificio. Derecho a una reparación. Ley 4078 de la Ciudad de Buenos Aires. Indemnización. 63

Responsabilidad del dueño de un animal peligroso
Marcelo Hersalis 71

Jurisprudencia

DAÑO PUNITIVO
Incumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida. Venta *on line* como oferta del "Cyber Monday". Pautas para determinar el monto de la sanción. Destino que corresponde otorgar a la multa civil. Exclusivo para el consumidor. Texto legal que no genera dudas 79

RESPONSABILIDAD DEL MEDIO DE PRENSA
Publicación de fotos de una adolescente sin vida en un contenedor de basura. Exposición morbosa de imágenes de un crimen. Ejercicio abusivo de la potestad de informar. Sensacionalismo injustificado en detrimento de la calidad informativa. Daño moral..... 86

RESPONSABILIDAD DE LA OBRA SOCIAL. RELACIÓN DE CONSUMO
Muerte de una bebé nacida a los siete meses de gestación. Infección hospitalaria. Procedencia de la demanda de daños contra el galeno, la obra social y el instituto médico demandado. Pérdida de chance de sobrevivir..... 96

MALA PRAXIS OBSTÉTRICA
Pérdida de embarazo. Falta de relación de causalidad con el accionar del médico. Prueba pericial. Rechazo de la acción 109

RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET
Información acerca de un abogado condenado por estafar a su cliente. Veracidad de las publicaciones. Medida cautelar tendiente al bloqueo de URL. Derecho al olvido. Interés público. Libertad de expresión. Rechazo..... 116

RESPONSABILIDAD DE LAS CONCESIONARIAS VIALES
Niña de 13 años que sufre el impacto de piedras arrojadas por personas en las inmediaciones de una autopista. Obligación de seguridad. Secuelas antiestéticas y funcionales. Incremento de la indemnización..... 122

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE MEDICINA PREPAGA
Falta de provisión de medicamentos. Pérdida de chance para mitigar los efectos de la enfermedad. Daño moral. Responsabilidad concurrente..... 126

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL. DEBER DE INFORMACIÓN
Responsabilidad de la concesionaria. Pago en moneda extranjera. Daño punitivo. Procedencia del daño moral. 138

LIBERTAD DE PRENSA. DERECHO A LA INTIMIDAD
Difusión no autorizada de cuestiones familiares. Intromisión en la intimidad y vida privada. Abuso del derecho de libertad de prensa. Procedencia de la demanda de daños 144

OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA
Pretensión de abonar en pesos una obligación pactada en dólares. Invocación del art. 765 del Cód. Civ. y Com. Imposibilidad de cumplimiento. Rechazo. Condición esencial del contrato. Posibilidad de adquirir la divisa por otros medios legales..... 149

INCENDIO EN FORMACIÓN FERROVIARIA. HECHO DEL DAMNIFICADO
Hombre que desciende y abandona el lugar saltando un portón de rejas en una zona no habilitada. Culpa de la víctima. Quiebre en la cadena causal. Rechazo de la demanda..... 151

RESPONSABILIDAD DE LA LÍNEA AÉREA
Daños por incumplimiento contractual. Restitución de importes abonados, estadía de hotel y viaje en crucero. Daño moral y daño punitivo..... 157

ACCIÓN DE SIMULACIÓN
Impugnación de la compraventa realizada entre suegro y yerno. Apreciación de la prueba. Procedencia. Inicio del cómputo de la prescripción. Sentencia que emplazó a la accionante en el estado de hija del causante. Restitución de los frutos..... 164

PRIVACIÓN DE USO DEL AUTOMOTOR
Reparación por fallas. Procedencia de la indemnización por indisponibilidad del vehículo 170

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. PRUEBA
Fallecimiento. Sobreseimiento en sede penal. Prueba pericial. Daño moral padecido por el hermano de la víctima 174

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA
Transporte público de pasajeros. Obligación de seguridad. Prueba testimonial. Constancias de la pronta atención médica. Incapacidad sobreviniente. Prueba pericial. Gastos terapéuticos. Daño moral. Daño punitivo. Oponibilidad de la franquicia..... 178

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CONSORCIO
Responsabilidad del consorcio por los daños originados en partes comunes. Privación de uso. Daño moral..... 193

INCAPACIDAD FÍSICA
Indemnización. Incapacidad sobreviniente. Prueba pericial. Gastos médicos y de traslado. Oponibilidad de la franquicia 200

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

PROCESO COLECTIVO. AMPARO AMBIENTAL
Patrimonio cultural. Pedido de reapertura de acequias. Proceso colectivo. Disidencia..... 217

PRUEBA ANTICIPADA
Certificación de mensajes de una aplicación de mensajería instantánea. Grupo de WhatsApp de un consorcio. Rechazo de la pretensión 220

COMPETENCIA EN ACCIDENTES FERROVIARIOS
Caída de una persona al intentar subir al tren. Rechazo de la excepción de incompetencia opuesta por la demandada. Fuero civil. Disidencia 222

CADUCIDAD DE INSTANCIA
Omisiones imputables al tribunal. Rechazo 224

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
Notificación al domicilio electrónico ya constituido por el demandado en la causa principal de daños 225

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA
Víctima menor de edad. Amputación de falange. Legitimación pasiva. Incapacidad sobreviniente. Daño psíquico. Límite de la cobertura..... 226

SEGUROS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

SEGURO DEL AUTOMOTOR
Incumplimiento del contrato. Póliza. Límite de la cobertura. Relación de consumo. Daño moral. Disidencia parcial..... 237

La limitación de la responsabilidad civil contractual del asegurador incumplidor
Fernando Babot 238

JURISPRUDENCIA

EXCLUSIÓN DE COBERTURA
Accidente de tránsito. Exclusión de cobertura fundada en la falta de licencia para conducir. 249

CONTRATO DE SEGURO
Aceptación tácita del siniestro. Cómputo del plazo previsto en el art. 56 de la Ley de Seguros 252

EXCLUSIÓN DE COBERTURA
Falta de licencia habilitante para conducir. Excepción de no seguro. Prioridad de paso. Culpa de la víctima. Ruptura del nexo causal. Rechazo de la acción..... 256

PENSAMIENTO JURÍDICO

PÁGINAS CLÁSICAS

Cesación del daño
Luis Moisset de Espanés 267

DOCTRINA ESENCIAL

Responsabilidad por daños e inteligencia artificial: ¿vino nuevo en odres viejos?

Verónica E. Melo

Sumario: I. Introducción.— II. La analogía y el razonamiento jurídico.— III. Regímenes aplicables.— IV. Retos y dificultades que presentan los regímenes vigentes.— V. Propuestas *de lege ferenda*.— VI. Palabras finales.

"El punto crucial del asunto es que lo que llamamos un 'dato erróneo' es incompatible con todos los demás datos conocidos. Es el único criterio que tenemos de lo exactoy lo inexacto".
Isaac ASIMOV, *Yo robot*, 1950.

I. Introducción

La problemática de la responsabilidad por daños derivada del uso de inteligencia artificial (en adelante, IA) es una cuestión que reviste la máxima vigencia en la sociedad actual. Robots y máquinas basadas en IA y algoritmos pueden causar (y efectivamente causan) daños a las personas, mientras que el derecho discute cómo abordar dicha situación **(1)**.

Es un lugar común afirmar que este siglo es el siglo de la IA. Ya desde hace unos años, la IA se encuentra presente en la vida cotidiana de las personas, gracias a servicios como YouTube, Spotify o Netflix. Agentes de bolsa, médicos, *brokers* de seguros, agentes inmobiliarios e incluso, abogados, confían en las herramientas predictivas que funcionan mediante IA para ejecutar tareas altamente especializadas, y hasta creativas. Así, a modo de ejemplo, en el sector financiero, la IA puede optimizar la ciberseguridad financiera, ya que los sistemas que utilizan tecnologías de *deep learning* pueden analizar patrones y detectar comportamientos sospechosos y posibles fraudes; en el sector de salud, la IA puede, entre otras ventajas, emplear aplicaciones que utilizan el reconocimiento de voz para las consultas de los pacientes, comparar sus síntomas con una base de datos y ofrecerles tratamientos adecuados; poner a disposición enfermeras virtuales que vinculan a los pacientes con consejos y servicios clínicos mediante el uso de un motor de clasificación patentado que escucha al paciente y brinda una respuesta adecuada; efectuar un análisis predictivo basado en el aprendizaje automático y el procesamiento de lenguaje natural para elegir la opción de tratamiento de medicamentos contra el cáncer más efectiva para cada paciente, individualmente.

En las décadas por venir, la IA seguirá transformando más campos del actuar humano y traerá enormes avances con relación a la conveniencia, la comodidad y la seguridad; pero, al mismo tiempo, aparejará nuevos desafíos **(2)**. La proliferación de la IA también provocará consecuencias disvaliosas, como ya hemos visto, por ejemplo, entre otras cuestiones, violaciones a la pri-

(1) "Report from the Expert Group on Liability and New Technologies — New Technologies Formation Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies", *https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608*, p. 34 (consultado el 19/04/2021).

(2) YOSHIKAWA, Jin, "Sharing the Costs of Artificial Intelligence: Universal No-Fault Social Insurance for Personal Injuries", *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, vol. 21, n. 4, 2019, p. 1155 (consultado el 29/03/2021).

vacidad **(3)**, discriminación **(4)** y accidentes **(5)** causados por IA. Y a diferencia de la situación de los daños tradicionales, el derecho de daños se enfrentará al problema de determinar si el daño causado por una IA puede ser atribuido a título de culpa a alguien o si se trata de un defecto del producto que lo torna inapto para su destino o qué regulación jurídica le corresponderá.

La atribución de responsabilidad por daños causados por IA es una situación jurídica compleja, dado que involucra numerosos interesados y componentes, por ejemplo, sensores, *hardware*, *software*, aplicaciones, datos, conectividad, lo que dificulta distribuir la responsabilidad entre todos los intervinientes. Asimismo, novedosos sistemas de IA son capaces de aprender sin supervisión humana y de tomar decisiones autónomas, lo que representa un enorme desafío a la hora de regular las responsabilidades derivadas del uso de la IA. Hasta hoy, no hay antecedentes jurisdiccionales que le hayan reconocido personalidad jurídica a la IA, con lo que no puede atribuírsele la responsabilidad personal por el daño. Ante el vacío legal generado por estas nuevas tecnologías los tribunales deben resolver los casos sometidos a su jurisdicción recurriendo a la teoría general del derecho de daños, muy anterior a estas realidades **(6)**.

II. La analogía y el razonamiento jurídico

La analogía desempeña un rol preponderante en el razonamiento jurídico desde que se basa en encontrar un principio normativo unificador. Como señala Atienza, no existe un único concepto de analogía, sino que esta puede ser entendida como proporción, es decir, como semejanza entre relaciones, o como argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante **(7)**. La analogía, sostiene Iglesias Santos, es el instrumento del que se sirve el jurista para que, sin fracturar el orden jurídico, logren ser atendidas las nuevas demandas sociales **(8)**. Esta afirmación es especialmente válida cuando se discuten avances tecnológicos sin precedentes.

Ya en las postrimerías del positivismo legalista, Gény planteaba que la analogía es un principio activo, sacado directamente de realidades objetivas (consideraciones políticas, morales, sociales, económicas) que son la sustancia de la "vida del derecho" y está por encima de las mismas realidades **(9)**. Así entendido, es el principio que aparece como la razón permanente y profunda de la ley (*ratio iuris*), es el único que puede y debe decidir respecto de la analogía **(10)**. En fin, destaca el autor que la analogía ofrece la ventaja de plegarse mejor que la ley a las influencias del tiempo y del medio, susceptibles de precisar el principio que ella hace valer y de modificar sus contornos: la analogía se apoya en los elementos objetivos que ella descubre con ayuda de las leyes. En síntesis, se constituye como un término medio y ofrece una transición valiosa entre los resultados de la ley considerada como fuente formal y los de una libre investigación científica que se elabora fuera, pero al lado de los textos **(11)**.

El proceso de escoger la analogía adecuada se basa en un razonamiento dialéctico entre las analogías disponibles y las finalidades de estas. En el contexto de la IA, la índole del problema es

(3) "Rethinking Privacy for The AI Era", *https://www.forbes.com/sites/insights-intelai/2019/03/27/rethinking-privacy-for-the-ai-era/?sh=56f3862e7f0a* (consultado el 29/03/2021).

(4) MADHUMITA, Murgia, "Algorithms drive online discrimination, academic warns", *https://www.ft.com/content/bc959e8c-1b67-11ea-97df-cc63de1d73f4* (consultado el 29/03/2021).

(5) "Uber's self-driving operator charged over fatal crash", *https://www.bbc.com/news/technology-54175359*, (consultado el 29/03/2021).

(6) BENHAMOU, Yaniv – FERLAND, Justine, "Artificial Intelligence & Damages: Assessing Liability and Calculating the Damages (February 8, 2020). Leading Legal Disruption: Artificial Intelligence and a Toolkit for Lawyers and the Law, Forthcoming", disponible en *https://ssrn.com/abstract=3535387* (consultado el 29/03/2021).

(7) ATIENZA, Manuel, "Algunas tesis sobre la analogía en el derecho, resumen del autor de su obra *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de razonamiento jurídico*", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

(8) IGLESIAS SANTOS, Juan, "Esencia y consistencia del *ius romanum*", *Labeo: rassegna di diritto romano*, vol. 41, nro. 1, 1995, ps. 83-86.

(9) GÉNY, Francois, "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique", Paris, 1919, t. II, nro. 165, p. 117.

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*

el ingente número de tecnologías de IA que causan daños, sea a la persona, a la sociedad o a las cosas, sin que una persona humana pueda ser reputada como responsable, dada la naturaleza imprevisible de estos entes **(12)**.

Así, a la pregunta sobre qué reglas de responsabilidad deberían aplicarse a los daños provocados por productos con tecnología de IA, podrían delinearse dos respuestas. Por un lado, podríamos acudir a las reglas emanadas de la Ley de Defensa del Consumidor (responsabilidad del fabricante por productos elaborados) si partimos del supuesto de que el daño se causó por un defecto de diseño o de fabricación o por un incumplimiento del deber de información. En este sentido, se les daría a los productos elaborados autónomos el mismo tratamiento que al resto de los productos elaborados. Y por el otro, podríamos acudir a las reglas de la teoría general del derecho de daños.

III. Regímenes aplicables

Dada la naturaleza de permanente evolución de los sistemas de IA se torna difícil pensar en normas que regulen específicamente la cuestión, en el sentido de que la norma iría siempre por detrás del adelanto tecnológico y, por ende, sería muchas veces ineficaz. Por este motivo parecería adecuado abordar el estudio de la responsabilidad por daños de la IA partiendo de los principios generales del derecho de daños para tratar de encontrar soluciones y detectar las falencias.

Entre los regímenes que podrían aplicarse analógicamente podemos citar la teoría general del derecho de daños, por un lado, y la responsabilidad por productos elaborados, por el otro. No se debería soslayar que cuando se habla de IA quedan comprendidos en ese rango tanto agentes pasivos que responden a instrucciones específicas provenientes de una persona humana, como agentes autónomos con capacidad de aprender, tomar decisiones y desarrollar acciones que no están relacionadas con su programación inicial. En algunos casos bastará con alguno de estos regímenes para responsabilizar a una persona humana o jurídica por los daños causados por IA, pero en ciertos casos más complejos por la intervención de varios participantes o por tratarse de IA más avanzada, tales normas pueden ser insuficientes.

III.1. Responsabilidad por daños en las normas del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial en su art. 1716 dispone: "Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código". Es decir, independientemente de la fuente del deber de reparar (ya sea la violación del deber genérico de no dañar o el incumplimiento obligacional), la responsabilidad se rige, como principio general, por las mismas reglas. En tal sentido, las normas que integran el cap. I del tít. V del Libro Tercero del Código, consagradas a la responsabilidad civil (arts. 1708 a 1780), se aplican indistintamente a la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Así, a los fines de encuadrar un caso en las normas mencionadas es menester que se configuren sus presupuestos, es decir, la relación de causalidad (art. 1726, Cód. Civ. y Com.); la antijuridicidad (art. 1717, Cód. Civ. y Com.); el factor de atribución (arts. 1721, 1722 y 1724, Cód. Civ. y Com.) y el daño (arts. 1716 y 1737, Cód. Civ. y Com.).

En este sentido, en algunas ocasiones se podrán emplear las normas reseñadas para responsabilizar a una persona (humana o jurídica) por los daños causados por el uso de IA. A modo de ejemplo, si un médico se apoya en un *software* basado en IA para tomar decisiones clínicas y prescribir determinados tratamientos, pero el *software* emite una recomendación defectuosa que debió ser advertida e ignorada por un médico competente, en tal caso, al médico se le aplicarán las reglas propias del derecho de daños, independientemente de la intervención de la IA. Sin embargo, la aplicación lisa y llana de las normas del derecho de daños enfrenta desafíos significativos **(13)**.

III.2. Responsabilidad por productos elaborados

En el derecho argentino, el sistema de responsabilidad por daños al consumidor se integra con

(12) YOSHIKAWA, Jin, ob. cit.

(13) BENHAMOU, Yaniv – FERLAND, Justine, ob. cit.

el régimen de las garantías legales y contractuales y, además, con las normas que regulan específicamente la responsabilidad civil de los proveedores de productos y servicios por los daños causados en el marco de la relación de consumo, conforme al art. 40 de la ley 24.240. Conforme enseña Boragina, puede considerarse que, por mandato del art. 1º, el ámbito de aplicación del sistema de la Ley de Defensa del Consumidor se extiende a las situaciones dañosas derivadas de un producto elaborado, en la medida que comprende toda hipótesis en que el damnificado adquiere el producto como destinatario final o cuando, sin ser adquirente, está expuesto a una relación de consumo **(14)**.

Como señala Stiglitz, el derecho del consumidor no se agota en la característica predominantemente preventiva de sus normas, sino que además regula el sistema de resarcimiento de los daños causados en el marco de las relaciones de consumo **(15)**. Siguiendo al mencionado autor, dentro del microsistema de responsabilidad civil incluido en el estatuto consumeril, se encuentra vigente el deber de seguridad impuesto a los proveedores por los arts. 5º y 6º de la ley ya referida **(16)**. En este sentido, explica que la obligación de seguridad surge tácitamente del deber de buena fe, como regla general, presente en el Código Civil y Comercial en los arts. 9º, 729, 961, 991 y 1061, todos aplicables a las relaciones de consumo **(17)**.

En nuestro ordenamiento jurídico, el empresario es responsable por los defectos, ya sea de fabricación, de diseño o de información de las cosas o los servicios que introduce en el mercado, como corolario de los deberes de seguridad y garantía exigidos por el sistema. Así, las referidas obligaciones ordenan a los empresarios y proveedores que suministren los productos de tal manera que no provoquen daños ni en la persona ni en los bienes del consumidor **(18)**.

A primera vista parecería que la normativa de la Ley de Defensa del Consumidor constituye un régimen adecuado para responsabilizar a los fabricantes de productos dañosos basados en IA. Así, si un vehículo autónomo está fabricado o diseñado defectuosamente, o si el fabricante no cumple con el deber de información con referencia a los peligros asociados a tal vehículo, resultan aplicables, sin duda alguna, los principios emanados de la responsabilidad por productos elaborados. Sin embargo, tal como sucede con las normas que regulan la responsabilidad por daños en el Código Civil y Comercial, la aplicación del estatuto del consumidor a los supuestos más modernos de daños causados mediante IA exigirá repensar las normas porque necesariamente sobrevendrán lagunas jurídicas.

IV. Retos y dificultades que presentan los regímenes vigentes

En el concepto de IA quedan comprendidas múltiples tecnologías, de modo que los regímenes mencionados, responsabilidad por daños en el Código Civil y Comercial y responsabilidad por productos elaborados en la ley 24.240 pueden resultar idóneos para brindar respuestas a los casos más simples, pero no ofrecerán soluciones cuando se encuentren comprometidas las formas más avanzadas de IA.

Entre los desafíos que se encontrarán las normas regulatorias de estos supuestos, podemos mencionar: a) elevado número de sujetos intervinientes; b) falta de explicaciones; c) ausencia de previsibilidad **(19)**.

En primer lugar, la tecnología disruptiva, incluyendo la IA, se torna cada vez más compleja en virtud de la interdependencia de sus componentes, tales como las partes tangibles (sensores, *hardware*), los diferentes componentes del *software*, los datos considerados en sí mismos,

(14) BORAGINA, Juan Carlos, "Sistema de la ley 24.240 modificada por la ley 26.361, responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos", RCyS 2011-X-281.

(15) HERNÁNDEZ, Carlos – STIGLITZ, Gabriel, "Tratado de derecho del consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015 t. III, cap. XVIII.2.

(16) *Ibid.*

(17) *Ibid.*

(18) Art. 5º, ley 24.240: "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados 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".

(19) BENHAMOU, Yaniv – FERLAND, ob. cit.

los servicios vinculados a los datos (recolección, procesamiento, análisis) y los aspectos de la conectividad **(20)**. Como vemos, son numerosos los involucrados en la creación y el funcionamiento de un sistema con IA (fabricantes de *hardware*, programadores de *software*, empresas gerenciadoras de datos, instaladores) de manera que todos deberían asegurar que la IA no cause daños a los usuarios o a terceros, pero no parece sencilla la tarea de atribuirles responsabilidad.

A esta pluralidad de sujetos intervinientes, se suma el hecho de que las tecnologías digitales se actualizan permanentemente luego de su ingreso al mercado, sea por medio de la incorporación de nuevos datos o de actualizaciones de *software*, lo que podría alterar el nivel de riesgo de la IA original y afectar el comportamiento de todo el sistema o de alguno de sus componentes de tal modo que podría verse comprometida la seguridad de la IA como un todo **(21)**. Por otro lado, el desempeño de la IA podría testearse al momento de su lanzamiento al mercado, pero quizás no haya o haya escasa evidencia científica de las características de la IA al momento del daño **(22)**. En este sentido, parecería un ejercicio estéril tratar de comparar herramientas de IA como conclusiones alcanzadas para una herramienta de IA (la que es defectuosa) y pretender trasladarlas a una segunda herramienta de IA porque, aunque ambas se hubiesen diseñado juntas, con el paso del tiempo, podrían haber evolucionado de manera disímil **(23)**.

En segundo lugar, es necesario destacar que un rasgo de la IA actual es su creciente autonomía, en el sentido de que, si bien inicialmente es programada por una persona, la IA puede procesar datos, aprender de estos y tomar decisiones independientes, que no necesariamente estarán relacionadas con la programación o el diseño inicial. Efectivamente, esta faceta de la IA dificulta la atribución de responsabilidad por daños porque las normas vigentes (ya sean las del Código Civil y Comercial o las de la Ley de Defensa del Consumidor) presuponen la trazabilidad del daño (atribuible al dueño o guardián, fabricante, diseñador, operador, usuario), pero en los casos más nuevos estas reglas resultarán insuficientes en la medida que no se podría identificar la parte que causó el daño **(24)**.

Coincidimos con la postura que sostiene que, en múltiples ocasiones, no será posible diferenciar entre daños causados por las decisiones autónomas de la IA y los provocados por algún defecto del producto, lo que llevará a la dificultad probatoria, a cargo del damnificado, de tener que acreditar el defecto del producto. Esto parecería ser una prueba diabólica cuando el sistema funciona con IA sin defectos mecánicos pero que causa daños debido a su capacidad de *machine learning* **(25)**.

La denominada característica de "caja negra" de la IA constituye un reto interpretativo y repercute sobre la atribución de responsabilidad en cualquiera de los regímenes vigentes: identificar la causa de la falla de la IA es la clave para encontrar la relación de causalidad en el régimen del derecho de daños del derecho común, y también lo es para establecer el nexo entre el daño y el defecto en el régimen de la responsabilidad por productos elaborados. En este sentido, es oportuno recordar que los diseñadores de IA no programan todos los escenarios posibles de antema-

(20) European Commission, "Liability for emerging digital technologies, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions", *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0137&from=en* (consultado el 15/04/2021).

(21) *Ibid*.

(22) JUNOD, Valerie, "Liability for damages caused by AI in medicine: Progress Needed", in CHAPPUIS, Christine –WINIGER, Bénédict, *Responsabilité civile et nouvelles technologies. Journée de la responsabilité civile 2018*, Schulthess, Genève, 2019, ps. 119-149, disponible en *https://archive-ouverte.unige.ch/unige:146875/ATTACHMENT01* (consultado el 15/04/2021).

(23) BERGKAMP, Lucas, "Is There a Defect in the European Court's Defect Test? Musings about Acceptable Risk", *European Journal of Risk Regulation*, vol. 6, n. 2, 2015, ps. 309-322, www.jstor.org/stable/24769667 (consultado el 15/04/2021).

(24) CHINEN, Mark A., "The Co-Evolution of Autonomous Machines and Legal Responsibility", 20 *Va. J. L. & Tech.*, 338, 2016, *https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/757* (consultado el 16/04/2021).

(25) BARFIELD, Woodrow, "Liability for Autonomous and Artificially Intelligent Robots", *Paladyn, Journal of Behavioral Robotics*, vol. 9, n. 1, 2018, ps. 193-203. *https://doi.org/10.1515/pjbr-2018-0018* (consultado el 16/04/2021).

no, simplemente le determinan un objetivo a la máquina y dejan que la IA procese el ingreso de datos, aprenda de estos, y decida cuál es el mejor curso de acción para llegar a dicho objetivo, por tal motivo es que no pueden explicar el proceso de pensamiento que llevó al resultado, sea este exitoso o dañoso **(26)**.

Se ha argumentado que a los fines de hacer la IA más explicable y así superar esta dificultad, los diseñadores deberían revelar los códigos de los algoritmos e implementar alguna forma de registrar todos los aspectos de su funcionamiento, lo que permitiría reconstruir y entender las causas de su comportamiento y facilitaría la atribución de responsabilidad **(27)**.

Estrechamente vinculado con el denominado fenómeno de caja negra se encuentra la naturaleza imprevisible de las IA más nuevas, ya que funcionan sobre la base de aprendizaje no supervisado: tales son los supuestos de IA basados en mecanismos de *deep learning* **(28)**.

Esta ausencia de previsibilidad exige reflexionar sobre los presupuestos de la responsabilidad civil. Tanto la relación de causalidad como la culpabilidad se asientan sobre la noción de previsibilidad. No obstante, existen notorias diferencias entre ambas: en la relación de causalidad la previsibilidad se pondera en abstracto, con prescindencia de lo sucedido en el caso concreto, tomando en cuenta lo que regularmente sucede, de acuerdo con el curso ordinario y regular de las cosas. En cambio, en la culpabilidad la previsibilidad se valora en concreto, desde el punto de vista interior del agente atendiendo al comportamiento exteriorizado frente al hecho producido. La previsibilidad objetiva que caracteriza la relación de causalidad se realiza sin tomar en cuenta las condiciones especiales del agente. Solo en las hipótesis en las que el agente haya obrado teniendo una previsibilidad superior a la normal, que imponga la necesidad de una indagación subjetiva para demostrar la existencia de la relación causal, la comprobación de que ha existido nexo causal adecuado conducirá también a la culpabilidad del agente **(29)**.

Esta falta de previsibilidad también obsta a la aplicación del estatuto del consumidor con las normas sobre responsabilidad por productos elaborados en la medida que el fabricante difícilmente podría incluir información acerca de riesgos impredecibles que podría presentar el producto **(30)**. Así, resultarían inaplicables a este supuesto la doctrina y la jurisprudencia sobre responsabilidad del fabricante por daños causados por defectos de información.

V. Propuestas *de lege ferenda*

Las dificultades señaladas revelan que los regímenes vigentes de responsabilidad por daños no se ajustan adecuadamente a los daños causados por IA. Queda mucho camino por transitar, tanto desde los aportes doctrinales como desde las decisiones de políticas legislativas. Sin perjuicio de ello, en el derecho comparado se han barajado, entre otras, las propuestas que mencionamos a continuación **(31)**.

El creciente rol de la IA en el comercio provocó que el Comité de Asuntos legales del Parlamento Europeo afirmara en su informe del 2017 que la responsabilidad civil por daños causados por robots es un tema crucial que necesita ser analizado y debatido a nivel comunitario **(32)**. El Parlamento europeo exhortó a la Comisión a analizar

(26) RACHUM-TWAIG, Omri, "Whose robot is it anyway? Liability por artificial intelligence based robots", *University of Illinois Law Review*, vol. 2020, ps. 1142-1176, disponible en *https://www.illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2020/08/Rachum-Twaig.pdf* (consultado el 16/04/2021).

(27) O'SULLIVAN, S. – NEVEJANS, N. – ALLEN, C. – BLYTH, A. – LEONARD, S. – PAGALLO, U. – HOLZINGER, K. – HOLZINGER, A. – SAJIHD MI – ASHRAFIAN, H., "Legal, regulatory, and ethical frameworks for development of standards in artificial intelligence (AI) and autonomous robotic surgery", *Int J Med Robot*, 2019 Feb; 15: e1968. *doi: 10.1002/rcs.1968*. PMID: 30397993., *https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30397993/* (consultado el 16/04/2021)

(28) MAGRANI, Eduardo, "New perspectives on ethics and the laws of artificial intelligence", *Internet Policy Review [Internet]*, 2019 disponible en *https://policyreview.info/articles/analysis/new-perspectives-ethics-and-laws-artificial-intelligence* (consultado el 17/04/2021).

(29) BREBBIA, Roberto H., "La relación de causalidad en el Derecho Civil", Ed. Juris, Rosario, 1975, p. 66 y ss.

(30) RACHUM-TWAIG, O., ob. cit.

(31) BENHAMOU, Yaniv – FERLAND, Justine, ob. cit.

(32) KURKI, Visa A. J., "A theory on legal personhood, Oxford Legal Philosophy", Series editors: Timothy Endi-

y explorar las implicancias de diversas soluciones legales, entre las cuales se contempla la posibilidad de crear un *status* jurídico específico para el robot, de modo que los que cuenten con la tecnología más sofisticada y sean más autónomos puedan ser considerados personas electrónicas responsables por los daños que causen, y también se evalúa aplicar la personalidad electrónica a los casos en que los robots toman decisiones autónomas o actúan frente a terceros de manera independiente **(33)**.

Kurki menciona tres contextos que se relacionan con la personalidad de la IA. En primer lugar, en el contexto de la finalidad última de la IA cabe preguntarse si la IA tiene un valor en sí misma y si en consecuencia merece alguna tutela. En segundo lugar, el contexto de la responsabilidad de la IA: ¿podrían los vehículos sin conductor o los robots de seguridad ser demandados civil o penalmente por sus actos? En este caso hay opiniones que sostienen que la IA debería tener personalidad jurídica y además, ser patrimonialmente solvente **(34)**. Por último, el tercer enfoque se vincula con la IA y su relación con el comercio: IA que compra, vende, intermedia, entre otras actividades, como por ejemplo los bancos de inversión que emplean *robot traders* **(35)**. Los tres aspectos más relevantes de la personalidad jurídica serían los derechos específicos que puedan tener las IA, la propiedad de estas y sus competencias legales.

En cuanto a la IA como ente susceptible de ser responsabilizado, se suscitan varias cuestiones. Una de ellas se vincula con la autonomía de la IA o "libre voluntad". La IA está programada para actuar de determinada manera, entonces, ¿por qué no responsabilizar directamente al programador o al dueño? **(36)**. Esta es una cuestión multifacética. Primero, es fácil sobrevalorar la capacidad de los programadores para anticipar la conducta de una IA, especialmente si dicha IA funciona como una red neuronal que puede aprender patrones de comportamiento independientemente. Aun si estos entes no pueden ser responsables en un sentido moral de responsabilidad, la disuasión racional que apareja la sanción sí le puede ser aplicable **(37)**.

La batalla sobre la conveniencia o no de otorgar estatus de persona electrónica a los robots se remonta al año 2017, ya que dicho informe en su apart. 59, inc. f) dispone: "crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente" **(38)**. De esta manera, el robot podría ser demandado individualmente, ya sea por los daños ocasionados a un tercero o por un incumplimiento contractual. Sin embargo, un ingente número de intelectuales europeos entiende que concederles personalidad a los robots sería inapropiado desde una perspectiva ética y legal. En la carta firmada por más de cien expertos del campo de la inteligencia artifi-

cott, John Gardner, and Leslie Green, Oxford University, 2019, p. 176.

(33) *Ibid*.

(34) HALLEVY, Gabriel, "When Robots kill: Artificial intelligence under criminal law. 1-244", 2013, disponible en *https://www.researchgate.net/publication/290246169_When_Robots_kill_Artificial_intelligence_under_criminal_law* (consultado el 20/10/2020); VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, Robert, "Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI?", 2018, 10.1007/978-981-13-2874-9_2., disponible en *https://www.researchgate.net/publication/328709128_Do_We_Need_New_Legal_Personhood_in_the_Age_of_Robots_and_AI* (consultado el 20/10/2020).

(35) Kurki emplea la palabra "inteligencia artificial" para referirse a una entidad creada por el hombre que en ocasiones puede actuar como una persona humana, y cuando emplea la voz robot se refiere a un ente mecánico capaz de interactuar directamente con el mundo material. La expresión *robot trader* frecuentemente empleada para aludir al *software* diseñado para comprar y vender acciones, por ejemplo, señala Kurki debería ser reemplazada por *AI trader* (agente con inteligencia artificial) o *software trader* (*software* agente) ya que no se trata de entes mecánicos.

(36) MELE, Alfred R., "Autonomous Agents: From Self-Control to Autonomy", Oxford University Press, 2001, *https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/0195150430.001.0001/acprof-9780195150438* (consultado el 20/10/2020).

(37) KURKI, V., ob. cit., p. 182.

(38) *https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-civil-law-rules-on-robotics* (consultado el 26/09/2020).

cial se plantea una crítica a este artículo reseñado, fundada en varias razones **(39)**.

Otra alternativa propuesta es la de crear una nueva modalidad de responsabilidad objetiva para operadores de tecnología **(40)** que incrementen el riesgo de producir un daño. Se ha sostenido que los regímenes de responsabilidad objetiva serían los más adecuados para garantizar una indemnización, en especial para los operadores de tecnologías que exponen a terceros a los riesgos que estas crean, como, por ejemplo, los robots que funcionan con IA en entornos abiertos **(41)**. En esta línea se ha considerado combinar esta propuesta con la contratación de un seguro obligatorio **(42)**.

Finalmente, se ha considerado la posibilidad de aplicar el régimen de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente **(43)**.

VI. Palabras finales

La inteligencia artificial, junto a otras tecnologías digitales emergentes, tales como la Internet de las cosas, o la DLT (*distributed ledger technology*) tienen un impacto positivo sobre la sociedad y la economía actual. No obstante, desde el derecho urge pensar en soluciones que minimicen los daños que ellas podrían causar. Una vez combinadas con inteligencia artificial, estas tecnologías (productos, robots, máquinas) conminan a redimensionar la idea de la intervención humana en la prestación de servicios o en la fabricación de productos.

En este trabajo hemos dejado planteada la inquietud acerca de cuál sería el régimen de responsabilidad aplicable dado el notorio carácter de imprevisibilidad que detentan las tecnologías que involucran inteligencia artificial. En el contexto de los robots impulsados por IA, ¿resultaría más adecuado aplicar el régimen general del Código Civil y Comercial o las reglas emanadas de la Ley de Defensa del Consumidor? Se han destacado las dificultades que presentan ambos regímenes y la necesidad de arbitrar alguna solución.

En este sentido, nos atrevemos a sugerir, como se plantea en el derecho comparado, pensar en normas complementarias para que junto con las normas vigentes se les pueda asignar un régimen jurídico a las tecnologías basadas en inteligencia artificial. Tales normas funcionarían como una especie de *safe harbour* o como un deber predeterminado de cuidado **(44)**, que, de no ser cumplidos, aparejarían responsabilidad. Entre ellas podrían incluirse un deber de monitoreo, soporte continuo y deberes de reparación de errores **(45)**. De adoptarse un criterio análogo, entendemos que las reglas serían más transparentes para determinar el alcance de la responsabilidad de los diseñadores, operadores y usuarios de tecnologías con inteligencia artificial.

(39) Hemos profundizado el estudio de la personalidad electrónica de la IA en el trabajo "El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?", ED del 11/11/2020, p. 1-4.

(40) El reporte de la UE define al operador como la persona que se encuentra en control del riesgo relacionado con la tecnología digital emergente y que se beneficia de dicha operación. Texto completo disponible en *https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608* (consultado el 19/04/2021).

(41) BENHAMOU, Yaniv – FERLAND, Justine, ob. cit.

(42) *Ibid.*

(43) *https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupMeetingDoc&docid=36608*, p. 45, nros. 18 y 19 (consultado el 19/04/2021).

(44) RACHUM-TWAIG, O., ob. cit.

(45) *Ibid.*

La responsabilidad civil del sanatorio por infecciones hospitalarias (ISQ y IACS)

Fernando G. Mariona

Sumario: I. Introducción.— II. Factores de riesgo.— III. Infección nosocomial. Tipo de obligación.— IV. Nuevos ajustes.— V. La importancia del consenso médico.— VI. El cumplimiento de la obligación.

I. Introducción

Según un estudio firmado por ETICA (Estudios y Trabajos de Investigación Comunitarios Argentinos) que publicó la Sociedad Iberoamericana de Investigación Científica, entre 1992 y 2000 en la zona económicamente más vulnerable del conurbano bonaerense, los registros hospitalarios indicaban que las muertes por infecciones asociadas al cuidado de la salud (IACS) se habían incrementado del 11 al 17,5% del total **(1)**. Estas infecciones son aquellas causadas por una variedad de agentes o bien comunes o bien poco frecuentes, que afectan a personas que reciben cuidados médicos. Estos lugares incluyen hospitales, centros quirúrgicos ambulatorios, clínicas y sanatorios privados, establecimientos para cuidados médicos de internaciones prolongadas y centros de rehabilitación.

Cientos de miles de pacientes cada año sufren en el mundo infecciones después de una cirugía (ISQ) y, según los expertos, más de la mitad de esas infecciones se deben a bacterias que se encuentran en la nariz y en la piel de los pacientes. Esas bacterias, que de otro modo serían inofensivas, pueden trasladarse e ingresar en el cuerpo a través de las incisiones quirúrgicas y causar infecciones que demandan tratamientos costosos y pueden hasta causar la muerte **(2)**.

Las ISQ constituyen un grave problema para el cuidado de la salud. Son las infecciones que aparecen después de un acto quirúrgico, a veces mientras el paciente todavía se encuentra en el hospital, o hasta un cierto tiempo después de salir de él.

Las tasas de complicaciones importantes varían entre un rango de 3-16%, y tasas de mortalidad de 0,2-10%, traduciéndose en al menos 7 millones de complicaciones incapacitantes y 1 millón de muertes cada año **(3)**.

Una infección nosocomial implica el aumento de la morbimortalidad, incremento de la estancia hospitalaria, aumento de los costos, carga social y económica significativa para el paciente y el sistema de salud. Muchas de esas infecciones son causadas por microorganismos resistentes a múltiples antimicrobianos, lo cual lleva a un difícil manejo de ellas.

Dos estudios publicados en *The New England Journal of Medicine* se centraron en las bacterias *Staphylococcus aureus*, que ingresan a los pacientes.

De acuerdo con los datos del "Proyecto para validar la construcción de un índice de riesgo quirúrgico que permita ajustar la tasa de infecciones

(1) BÄR, Nora, diario *La Nación,* Sup. Ciencia y Salud, agosto, 2003, p. 10.

(2) BELLUCK, Pam, diario *La Nación*, Sup. Ciencia y Salud, enero, 2010, p. 14 (*The New York Times*).

(3) EUROPEAN WORKSHOP, "Second Global Patient Safety Challenge - Segundo desafío mundial de seguridad del Paciente", 15/01/2009, disponible en *http://www.who.int/patientsafety/events/09/EURO _SSSL_workshop_briefing.pdf*.

de sitio quirúrgico en Argentina" (IRIQ) **(4)**, los patógenos más frecuentes en nuestro país son:

Staf. Aureus	22,80%
E. Coli	16,00%
P. Aerug.	8,30%
E. Fecalis	7,10%
K. Pneum	4,70%
Sta. Coag. Neg	4,70%
Acin. Bauman	3,55%
Enterob. Cloac.	3,50%
Prot. Mirab.	3,10%
Enteroc. Spec.	3,10%

Tabla 1. Infecciones del sitio quirúrgico (ISQ) - Bacteriología

En la Argentina hay hospitales públicos y establecimientos privados que tiene programas consolidados de prevención de infecciones y hay otros que no. En 2004, el primer estudio nacional, Programa Validar, llevado a cabo en 107 hospitales y centros de salud públicos y privados de 21 provincias arrojó que la mitad de esos centros tenía un programa activo de control de infecciones, aunque el 90% aseguró tener normas de control y vigilancia, pero no siempre operativas.

El Programa Validar ya citado permitió inferir (2004) que, considerando la totalidad de los hospitales públicos y privados que hay en el país, que son 3196, se producen casi 17.000 muertes por infecciones hospitalarias y 96.000 episodios infecciosos anuales, y evitarlos podría producir un ahorro de gastos de atención médica de 224 millones de pesos **(5)**.

En junio de 2008, el Dr. Rodolfo Quirós **(6)** especialista en el tema, comprobó que los días extras de internación por las infecciones no controladas eran de 1.606.095 días, la mortalidad de 28.379 personas y los costos ascendía a $791.280.987 anuales. Sin embargo, no existe una política de estado para combatir este flagelo.

En un trabajo realizado en la Argentina, con el objetivo de describir la incidencia de episodios de ISQ después de algunas intervenciones quirúrgicas reportadas al Programa Nacional VIDHA por instituciones de nuestro país, entre enero de 2006 y diciembre de 2008, se registraron 699 episodios después de 29.146 cirugías no-laparoscópicas (CNL) reportadas hasta el 29/01/2009, por 35 instituciones hospitalarias públicas y privadas, adheridas al Programa Nacional de Vigilancia de Infecciones Hospitalarias. Para el registro y recolección de datos y la generación de indicadores se utilizó el *software* VIHDA, que trabaja conforme criterios y métodos del NNISS del CDC adaptados y consensuados en el Programa VIHDA.

La tasa de ISQ para los procedimientos analizados, por índice de riesgo (IR), según NNISS, en CNL fue:

Apendicectomía	22,80%
Cesárea	0,48%
Cirugía de colon	IR 0/1 6,57%
Prótesis de cadera	IR 0:3,97%; IR 1:6,47%; IR 2/3: 11,60%
Reducción quirúrgica de fractura	IR 0: 1,20%; IR 1:4,63%; IR 2/3: 6,33%
Derivación ventricular (Shunt)	IR :0: 10,12%; IR 1/2/3: 19,00

Tabla 2. Tasa de ISQ por procedimiento

Los cinco microorganismos más frecuentemente hallados en esas ISQ fueron:

Staphylococcus aureus	112/347 = 32,27%
Escherichia coli	40/347 = 11,52%
Pseudomona aureginosa	30/347=8,64%
Staphylococcus coagulasa negativo	29/347=8,35%
Enterococcus faecalis	17/347=4,89%

Tabla 3. Tasa de frecuencia de bacterias halladas por ISQ

(4) QUIRÓS, R. E., "Grupo Proyecto IRIQ. Estudio multicéntrico para validar el índice de riesgo de infección en el sitio quirúrgico (ISQ) del sistema NNIS en 45 hospitales de la República Argentina. Beca Ramón Carrillo – Arturo Oñativia 2002", *Libro de Resúmenes del IV Congreso Argentino SADI* 2004; poster 249, p. 76.

(5) GIUFFRÉ, Carolina, "El control de infecciones salva vidas", *Temas Hospitalarios*, abril 2011, ps. 40 y 41.

(6) "La evaluación del impacto de las infecciones hospitalarias y análisis económico de la eficiencia de los programas de control de infecciones en la República Argentina".

Las diferencias con los datos estadísticos con la tabla 1 están originados en que una publicación es del 2004 y la última del 2007.

La mayoría de las ISQ aparecen dentro de los 30 días del acto quirúrgico y más frecuentemente dentro de los 5 a 10 días del procedimiento. Sin embargo, las infecciones de tejidos profundos relacionadas con colocación de prótesis pueden manifestarse hasta un año después.

En general los estudios de prevalencia tienden a subestimar con razón la ISQ debido a que muchas de estas infecciones se producen después de que el paciente ha sido dado de alta del establecimiento médico **(7)**.

¿Cómo puede clasificarse entonces este fenómeno mundial que genera preocupaciones locales? ¿Epidemia (más de lo esperado)? ¿Endemia (en un lugar determinado)? ¿Pandemia (en todo el mundo)?

Si en el año 2009 han muerto en la Argentina 5239 personas por accidentes de tránsito, 137 por gri pe A y 7000 por HIV sida, y estos datos los comparamos con las personas que han muerto en la Argentina por infecciones manifestadas en el paciente mientras estuvo dentro de un hospital o hasta un tiempo después de haber salido, en el año 2008, así como en el resto de los países del mundo **(8)**, ¿deberá acaso el Estado argentino hacerse cargo de los gastos de tratamiento de dicha infección hasta su curación, y eventualmente asumiendo alguna actitud que le permita al paciente resarcirse de los eventuales daños que le pudo haber causado en su cuerpo y en su salud, de una indemnización tasada por los daños materiales que este flagelo mundial le hubieren causado, siendo que se trata de una cuestión de salud pública?

II. Factores de riesgo

"Los factores de riesgo de la ISQ (infección del sitio quirúrgico) fueron identificados por análisis multivariados en estudios epidemiológicos, aunque algunos de ellos fueron identificados por análisis univariados. Conocer esos factores de riesgo por las instituciones médicas y sus comités de infectología, es útil para estratificar las cirugías, haciendo más comprensibles los datos de la vigilancia, permitiendo, además, utilizar con eficacia las medidas de prevención de ISQ" **(9)**.

Entre un 15% a un 20% de la totalidad de las ISQ, ocurren mientras el paciente se encuentra dentro del establecimiento médico, razón por la cual se las denomina infecciones nosocomiales. Es decir, porque se han manifestado en el cuerpo del paciente mientras se encontraba dentro de un nosocomio **(10)**.

Para el derecho civil, independientemente de la eventual responsabilidad directa del médico, en raras ocasiones según su mirada —en cuestiones de praxis médica— existe también la obligación de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad-resultado de carácter general y accesoria en ciertos contratos que requieren la preservación de las personas, de los contratantes (pacientes) contra los daños que pueden originarse en la ejecución del contrato **(11)** por los médicos o por el sanatorio, o por ambos, ya sea simultánea o separadamente.

A mayor aclaración, el paciente va a un establecimiento médico habilitado por la autoridad de contralor, nacional, provincial o municipal, para operarse de apendicitis. Celebra para ello un contrato tácito, el acto quirúrgico es un éxito, se le extirpa la víscera que le producía su problema, se produce la ISQ, y se establece por la jurisprudencia y la doctrina que ha existido un "incumplimiento contractual", en cuanto a la obligación de vigilancia y seguridad-resultado, según la mirada jurídica y judicial.

Alberto J. Bueres, un jurista argentino , en relación con los alcances de la obligación de segu-

(7) QUIRÓS, R. E., ob. cit.

(8) Existiendo 243 países en el mundo, y haciendo un cálculo grosero, tal vez se pueda establecer que fallecen más de un millón de personas por año en el mundo, por la cuestión de la IIH y/o IACS. Si el valor vida promedio lo estableciéramos en U$S 70.000, podríamos pensar que la cifra a indemnizar anual sería de 700.000 billones de dólares.

(9) DURLACH, R. – DEL CASTILLO, M. "Epidemiología y control de infecciones en el hospital", Ed. de la Guadalupe, 2006, p. 256.

(10) Lugar de enfermos.

(11) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", 1987, p. 468, en nro. 1431 – quarter.

ridad de los establecimientos sanitarios expresaba: "El deber de conducta secundario —en relación con la obligación de prestar el servicio de salud— destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por cualquier otra circunstancia, configura una obligación de resultado" **(12)**.

Imagino que esa "cualquier otra circunstancia" estaría referida a un daño no derivado necesariamente del acto quirúrgico exitoso.

Estas consideraciones doctrinarias están siendo adelantadas en este trabajo, pues si bien las infecciones hospitalarias, o intrahospitalarias o nosocomiales —actualmente infecciones asociadas al cuidado de la salud (*healthcare associated infections*)—, podrían ocurrir por existir una incorrecta limpieza del quirófano, una inadecuada esterilización del material quirúrgico **(13)**, una incorrecta limpieza de los filtros de aire acondicionado o una desaprensiva preparación del paciente, así como el desarrollo de cualesquiera de esas actividades por personal no idóneo **(14)**, también pueden ocurrir, y de hecho ocurren, porque el paciente es el portador de la infección, o porque para el tratamiento de la infección en el paciente, no existía una antibiótico-terapia suficiente, pues ya los gérmenes o las bacterias se han autoinmunizado contra su ataque, según manifiesta por doquier la ciencia médica, siendo esto de público y notorio, para legos y profanos, o bien porque el paciente poseía determinados factores de riesgo *intrínsecos* que aumentaron el riesgo de contaminación endógena, tales como edad, obesidad, tabaco, EPOC, insuficiencia cardíaca, enfermedades vasculares periféricas, hipertensión arterial, diabetes, estado de nutrición, presencia de focos infecciosos a distancia del ISQ, presencia de microorganismos endógenos en las mucosas, alteración de la respuesta inmune, estancia preoperatorio, severidad de la enfermedad de base **(15)**.

Y también ciertos riesgos *extrínsecos,* tales como: clasificación de la herida, duración de la cirugía, sitio y complejidad del procedimiento, preparación del paciente, remoción del pelo/vello, infección preoperatoria, lavado de manos quirúrgico, preparación de la piel, profilaxis antibiótica, tiempo de administración de la profilaxis, elección del antibiótico, duración de la profilaxis, destrezas del cirujano/técnica, espacios muertos, antisepsia (mencionar *asepsia* es una utopía que los médicos legistas que asesoran a los jueces debería saber) superficies del medio ambiente, estancia preoperatorio, esterilización del material quirúrgico, drenajes quirúrgicos, cuidados postoperatorios **(16)**.

Queda además por preguntarse, si las conductas, recursos humanos, actividades y medios adecuados, puestos por el establecimiento sanitario a disposición del paciente —en forma conjunta con la actividad profesional de los médicos en un sistema asistencial abierto **(17)** como es el de la enorme mayoría de los institutos sanitarios en la Argentina— no forman parte acaso de la misma prestación médica del establecimiento médico, puesta conjuntamente a disposición del paciente, para tratar de curarlo.

Y también, si no forma parte de la misma prestación médica asistirlo en todo lo demás que vaya sucediendo en forma asociada a la dolencia o patología de base, por la que el paciente fue internado por indicación del médico tratante, o en el caso de que haya sido el mismo paciente quien hubiera concurrido al establecimiento médico en búsqueda de auxilio, sin que por ello, en caso de producirse un daño, se patentice el incumplimiento de una obligación de seguridad resultado por parte del establecimiento sanitario.

(12) BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 1992, ps. 383-384.

(13) "Conjunto de operaciones validadas, destinadas a eliminar o destruir todos los agentes patógenos y no patógenos causantes de enfermedades e infecciones en sus formas viables o esporuladas, contenidos en los materiales a procesar asegurando la calidad de los procesos y del producto final" (resol. 1292, BO CABA del 6/10/1998, p. 8340).

(14) Dec. 794/2003 —BO del 4/04/2003—, Incorporación como actividad de colaboración al art. 47 de la ley 17.132 a los técnicos en esterilización.

(15) "Factores de riesgo de ISQ, intrínsecos y extrínsecos. Prevención de la infección del sitio quirúrgico y seguridad del paciente en pre, intra y postquirúrgico", Documento final de Consenso, p. 9, VIII Congreso Argentino de la Sociedad Argentina de Infectología, SADI, 2009.

(16) *Ibid.*

(17) Médicos que viene a trabajar "de afuera".

Es que para la ciencia médica, el éxito final de un tratamiento —quirúrgico u otro— no dependerán exclusivamente del profesional, es decir de una sola persona física, o de varias constituidas como un equipo, sino que también depende de otras personas integradas, dependientes e independientes, ya sean profesionales, técnicos, auxiliares, pero en definitiva también personas físicas —medios— puestas a disposición del paciente, constitutivas de obligaciones de actividad, a quienes igualmente les podrán ocurrir situaciones o circunstancias imposibles de controlar **(18)**.

También es de observarse, que el daño que puede llegar a sufrir el paciente no significa el fracaso total de la asistencia médica, es decir la inejecución del contrato o la infracción a la *lex artis*, o el incumplimiento de una obligación de medios o de resultado, sino más que nada, y muchas veces, la existencia también de un "alea terapéutica" **(19)**.

Y esta como tal, podría afirmarse que es extraño al fracaso de la asistencia médica **(20)**, ¿o en todo caso que el fracaso de la asistencia médica es inexorablemente un incumplimiento contractual? ¿No es acaso que "la Medicina no es una ciencia exacta" como innumerables fallos jurisprudenciales de exoneración así lo admiten?

III. Infección nosocomial. Tipo de obligación

En los últimos años se ha manifestado para los establecimientos asistenciales una cuestión difícil de resolver: la problemática de la prueba de su falta de responsabilidad por las infecciones intrahospitalarias (IIH), o infecciones asociadas al cuidado de la salud (IACS), en los casos que corresponde, principalmente ante la existencia de dos únicos tipos de criterios jurisprudenciales bien definidos y opuestos.

Para un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, se trata de *responsabilidad objetiva* y para otros, de *responsabilidad subjetiva*. Para ejemplificar, en un caso se ha dicho: "La responsabilidad por seguridad concebida como obligación de resultado tiene alcances de responsabilidad objetiva" **(21)**.

También se ha dicho que "el ente asistencial tiene con respecto al paciente una obligación principal que consiste en la prestación de un servicio médico adecuado y otra secundaria, pero no por ello menos importante, que es tácita y por medio de la cual la clínica o el sanatorio asumen un deber destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por la producción de accidentes o bien por cualquier otra circunstancia, la cual configura una obligación de resultado" **(22)**. Sin embargo, en el primer caso citado, otro integrante de la sala, el Dr. Galmarini, manifestó: "no obstante coincidir con la solución propuesta por el preopinante", adhiere a la opinión de Vázquez Ferreyra (JA, 1987-IV-1852) en el sentido que, "si lo normal es de resultado", pero si lo aleatorio también es parte de un resultado, lo lleva a considerar que la obligación tácita de seguridad del hospital demandado *es de medios.*

Adherimos completamente a la opinión de tan distinguidos juristas.

Pero también cabe preguntarse: ¿acaso la clínica o el sanatorio no son los mismos lugares físicos en los cuales, ciertos médicos y auxiliares *tratan* a los pacientes de su dolencia *específica,* y ciertos otros médicos y auxiliares, son los que dan o deben dar los tratamientos adecuados a las restantes cuestiones propias de la labor profesional y/o técnica, pero asociadas al tratamiento de la patología de base?

(18) CNCiv., sala E, 29/04/1986, JA 1987-I-260.

(19) YEPES, Sergio, "La responsabilidad civil médica", Bogotá, 2002, 5ª edición, p. 89.

(20) GOBERT, M., "L'aléa therapeutique en droit civil", en TRUCHET, D., *L'indemnisation de l'álea therapeutique*, Paris, ps. 9-16; JOURDAIN, P., "Nature de la responsabilité et portée des obligation du medecin", *Responsabilite Civil et assurance*, 4-8, 1999; TERRE, F. – SIMLER, P. – LEQUETTE, Y., "Droit civil: Les obligations", Dalloz, Paris, 2002, p. 960; VINEY, G., "L'indemnisation des accidents medicaux", en *Actes du colloque du 24 avril 1997, organisé par le Centre de Droit des obligations de l'Université de Paris I,* LGJD, Paris, 1997, cits por FERNÁNDEZ MUÑOZ, Mónica L., "El álea terapéutica como límite a las obligaciones médico hospitalarias. Una perspectiva desde el derecho comparado", Bogotá, 2008.

(21) CNCiv., sala C, 05/09/2000, "Parisi, Roberto J. c. Juan M.".

(22) CNCiv., sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma B. c. Sanatorio Quintana SA".

De esto no ser admitido, se caería en el campo del derecho en el mismo error por el que se critica a los galenos: no se trataría de una "persona" la enferma, con todas las circunstancias que cada individuo y su patología de base contienen, sino de un "órgano", un "miembro", un "síntoma".

Solo se centra la atención del juzgador en el resultado "infección", se excluye a los médicos de la responsabilidad, y se la patentiza en la institución, en el entendimiento de que es ella y solo ella la responsable de la intromisión de alguna bacteria en el cuerpo del paciente, y que las bacterias existen porque el establecimiento médico incumplió con su obligación de vigilancia y seguridad-resultado. Como si las bacterias estuvieran agazapadas en los rincones, esperando saltar sobre los pacientes.

Tanto es así lo que debería flexibilizarse, o al menos entenderse cómo funciona el sistema de salud, que hace once años atrás, un fallo de la CNCiv., sala D, 17/06/2001 **(23)** dictado con el primer voto del maestro Alberto J. Bueres, y *repensando* lo manifestado en su obra en 1992 **(24)** y un fallo de su autoría del año 1996 **(25)** expresa "si el paciente acude por necesidad [se refiere a un acontecimiento que así lo amerite **(26)**] a un hospital y las autoridades de este, aun con el empleo de la más exquisita diligencia, no pueden excluir de plano algunos tipos de infecciones *asociadas a ese tratamiento médico*, y a ello se agrega que el propio paciente puede ser portador del germen infeccioso, cabe ubicar el asunto en el sector de la *responsabilidad subjetiva*, lo cual significa considerar que la obligación asumida por el establecimiento médico y por los profesionales actuantes en este acto quirúrgico, *es de medios*".

El nosocomio se compromete a poner a disposición del paciente los elementos que se utilicen para su atención —sean cosas o personas dependientes o no— y aquí finaliza el cumplimiento de su obligación. "No se extiende la misma al resultado biológico sobre el paciente, donde incumbe la responsabilidad de medios. Si no fuera así, debería asegurarse también la curación de enfermedades" **(27)**.

Cabe también reiterar, para conocimiento de la comunidad médica, que la postura civilista en nuestro país se registran dos criterios bien distintos. Para unos se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, mientras que para otros sigue siendo subjetiva.

Por un lado, la CNCiv., sala E, 12/08/1997 en "Barragán c. Policlínica Privada" dijo que debe responder la institución, pues dado que no se alegó que "la preparación del paciente hubiera estado a cargo de los médicos, la responsabilidad derivada de la deficiente asepsia debe recaer sobre el sanatorio que prestó la infraestructura para el acto quirúrgico".

Por otro lado, la sala M de la CNCiv., dijo que la infraestructura puesta a disposición de los médicos incluye la asepsia "y la presencia de *Enterobacter cloacae* en la infección del paciente fue intrahospitalaria, y la falta de administración de profilaxis antimicrobiana preoperatoria según normas internacionales, había sido un factor que incidió en el proceso infeccioso".

La sala G de la misma Cámara decidió que el posible carácter nosocomial de una bacteria no permite excusar al establecimiento asistencial, pues en todo caso "debió extremar su diligencia para tratarla adecuadamente".

Otra jurisprudencia dice que, probada la infección, se presume la culpa del establecimiento, pero que puede liberarse de responsabilidad si se demuestra (prueba) haber actuado con diligencia, sin que ello implique que sea el paciente el que deba demostrar que no la hubo, pero la institución deberá también obviamente probar su diligencia (cargas probatorias dinámicas).

En consecuencia, estos criterios judiciales dispares, marcan el relativismo que asumen las soluciones jurídicas en una materia como la de la responsabilidad civil médica, en la que nunca está dicha la última palabra, máxime cuan-

(23) CNCiv., sala D, 16/07/2001, "Frenquel, Adolfo c. Centro de Ortopedia y Traumatología".

(24) BUERES, Alberto J., ob. cit.

(25) CNCiv., sala D, 29/02/1996, "Turón, N. c. Municipalidad de Buenos Aires", ED 170-468.

(26) La aclaración es del autor.

(27) FRARACCIO, José A. V., "La infección hospitalaria", DJ 2002-2-727.

do hoy día la responsabilidad civil está definida como "la reacción frente a un daño injusto"; es decir que el daño se ha convertido en el eje del sistema reparatorio, desplazando a la culpa de dicho sitial, provocando —de tal modo— un mayor alargamiento del área resarcible y la tutela de nuevos intereses **(28)**, y de otro lado, tenemos los hombres del derecho un conocimiento parcial o fragmentado de los diversas y complejas funciones del sistema del cuidado de la salud.

IV. Nuevos ajustes

IV.1. Sin embargo, hemos podido observar en un fallo **(29)** de nuestra jurisprudencia nacional, que un paciente fue sometido a una intervención quirúrgica de revascularización miocárdica con cuatro puentes. Luego de la operación, se constató una infección en su cuerpo, y debió permanecer internado durante dos meses, para tratar de curar la infección que su propia patología de base —diabetes— coadyuvó a que se estableciera en su organismo.

La diabetes, como ya fue expresado *supra*, constituye un factor de riesgo intrínseco relacionado con el paciente.

Este caso, desde un sentido, contiene todos los elementos que de su análisis, debería inducir en forma más que urgente a la comunidad médica el adoptar una actitud proactiva no solo con la gestión del riesgo médico, la seguridad del paciente, y el establecimiento de barreras eficaces o defensas impermeables que permitan reducir el riesgo hacia el futuro de la producción de daños evitables, sino también brindar una mejor información al paciente, respecto de las "aleas terapéuticas" ajenas al acto médico específico orientado al tratamiento, pero que pueden ocurrir. Pero también debería ser tarea de la comunidad médica el esclarecer a la comunidad Jurídica acerca del tema de las ISQ o IACS, y controlar los dictámenes médicos de los peritos de oficio no especialistas, en estas cuestiones. Es un grave error de nosotros los hombres del derecho creer que haber alcanzado la especialización como médico legista, habilita a los profesionales de la Medicina a opinar de cualquier especialidad.

El título de médico legista no provee la capacitación para opinar en forma apropiada sobre tan amplio espectro de cuadros clínicos complejos en la práctica médica contemporánea. El título de médico-legista no enseña más medicina por especialidades.

Obsérvese que por acord. 47/2009 se dictó el nuevo Reglamento General del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, por el cual el cuerpo médico forense dará cumplimiento a los requerimientos periciales dispuestos por magistrados judiciales y del ministerio público *solo del fuero criminal.* En cuanto a los restantes fueros, solo excepcionalmente podrá ser requerida la intervención pericial, cuando "medien notorias razones de urgencia, pobreza o interés público debidamente acreditadas, o cuando las circunstancias particulares del caso hicieran necesario su asesoramiento" (art. 63, inc. 2.C, dec.-ley 1285/1958 de Organización de la Justicia Nacional). Con lo cual se recurre para las pericias a médicos legistas, de diversas especialidades.

"Además, en la actualidad, los avances de la ciencia, la tecnología y la mayor difusión de temas médicos en la población general han llevado a cuestiones más complejas a resolver, con requerimientos de médicos especialistas y subespecialistas que el médico forense difícilmente puede abarcar de manera eficiente" **(30)**.

Esto es dicho, respecto del fallo mencionado y de todos en general, pese a las circunstancias especiales por las que este asunto llega a sentencia definitiva, es dable observar que como consecuencia del más que finísimo análisis de la documentación médica —aunque se pretenda en el fallo restarle a ello importancia— y afianzado el decisorio en el análisis simplista

(28) CALVO COSTA, C., "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 23.

(29) CNCiv., sala E, 03/05/2009, "Andino Flores, Leonor c. Hospital Italiano", RCyS, año XII, nro. 8, agosto 2010, p. 72 y ss. (con nota de J. A. BARRAZA).

(30) BERLINERBLAU, V. – MOSCATO, C., "Calidad del dictamen médico-legal", en *La prueba científica y los procesos judiciales. Ciencia, técnica y Poder Judicial, organizado por la Academia Judicial Internacional*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 43 y ss.

—aunque casi matemático— que se realiza desde la visión jurídica, partiendo de dos antecedentes se llega a una conclusión simple: las infecciones hospitalarias son infecciones *adquiridas* en un establecimiento de salud cuando: a) *no existían* en el momento de la admisión; b) cuando se *desconocía* al ingreso del paciente al establecimiento sanitario, el estado infeccioso del paciente; por lo tanto, la infección es clásicamente considerada por la doctrina jurídica —apoyada en una definición médica o bien poco feliz o en todo caso mal interpretada por la jurisprudencia— como *hospitalaria,* cuando aparece en el paciente dentro de un plazo de 48 horas —o de ahí en adelante— a partir de la hospitalización, y casi siempre durante la hospitalización, y con ello se llega a una sentencia condenatoria del establecimiento sanitario (si bien puede no estar infectado, bien puede estar habitado por la bacteria que posteriormente encontrará las condiciones del medio ambiente del sitio operado, el pulmón o el cuerpo extraño como un catéter que le permitirá crecer, multiplicarse y vencer la capacidad de respuesta del lugar y desarrollar una infección nueva).

Obsérvese que mal puede decirse que no existían, cuando en realidad no se hicieron obvias clínicamente, porque tampoco fueron clínicamente demostradas durante el examen de admisión y riesgo quirúrgico por no hacerse el estudio adecuado.

Es decir que cualquier cambio que le ocurra a un paciente en su estado psicofísico, respecto del estado en el que se encontraba antes del ingreso al nosocomio, es de responsabilidad del establecimiento.

En este tipo de discusiones científicas que permiten al juzgador dilucidar la existencia o no de la responsabilidad profesional, es muy importante el aporte interdisciplinario del especialista o en todo caso la opinión objetiva de la entidad rectora que aglutina a esos especialistas —que no es siempre suplida por la condición de "médicos legistas" de los peritos de oficio **(31)** no especialistas, ni por la de los médicos pertenecientes al cuerpo médico forense —la que hubiera explicado que el paciente pudo no estar infectado, pero si *habitado, colonizado* **(32)** por la bacteria, la que posteriormente encontrará las condiciones del medio ambiente, ya sea del sitio quirúrgico, del pulmón, o bien del "cuerpo extraño", léase catéter ("cosa") para el derecho civil), que le permitirá crecer, multiplicarse y vencer la capacidad de respuesta del organismo del paciente, y desarrollar una infección *nueva*. Las denominadas *bacterias oportunistas,* quienes, integrando la población de la flora normal del individuo, por determinados factores alcanzan la capacidad de producir infecciones sistémicas.

Un juez debería ser convenientemente informado acerca de la diferencia entre el resultado de un cultivo de sangre y la búsqueda de la existencia de colonias de bacterias en el cuerpo humano, y la presencia de estos análisis en las historias clínicas que se evalúan, para establecer si el paciente estaba o no estaba infectado al ingresar a la institución.

IV.2. El actor, en este caso, paciente, supo que lo que contrajo, había sido una "infección intrahospitalaria", ya que ella se había manifestado "mientras estaba en el hospital", y en virtud de ello, inició una demanda por la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, contra la institución médica en la que había sido operado y estado internado. Es decir —quede claro— que no inició una demanda

(31) En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, existen solo 49 médicos legistas certificados por el Consejo de Certificación de Profesionales Médicos de la Academia Nacional de Medicina, según la Guía de Especialistas Certificados que hizo imprimir y circular en todos los juzgados y salas de Cámara de la CABA la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas y 86 médicos infectólogos no-legistas.

(32) Animal que, por proliferación vegetativa, en general por gemación, forma un cuerpo único de numerosos zooides unidos entre sí. Es la capacidad de llegar a la superficie del huésped por una puerta de entrada (piel o mucosas), formar o establecer una colonia en el epitelio y resistir la acción de los sistemas locales de defensa Se entiende por colonia bacteriana la agrupación de bacterias originadas a partir de una bacteria madre que se establecen y extienden por determinado medio.

por mala praxis médica *contra médicos*, sino que lo hizo *contra el establecimiento sanitario* por *el incumplimiento del deber de seguridad,* directamente, derivada, entendemos del contrato de asistencia médica y bajo la égida del art. 504 del Cód. Civil (estipulación en favor de un tercero, hoy art. 1207, Cód. Civ. y Com.).

En primera instancia, la demanda fue rechazada, basándose en la declaración de los médicos cirujanos y en la historia clínica. Respecto de los médicos, dijo la sentencia "que, si estos habían *dicho* que habían cumplido con las normas de asepsia, no había por qué no creerles", ya que siendo las que usualmente se utilizaban, no cabía suponer que no se hubieran llevado a cabo. El cuerpo médico forense dijo que como el paciente era diabético, entre otras patologías de base —dato que surgía de la HC— el paciente era más proclive a contraer infecciones. No cabe duda de que esta aseveración está originada en lo que tiene estudiado la ciencia médica.

La Cámara confirmó esa sentencia. Pero el actor dedujo recurso extraordinario, que la Cámara le denegó. Entonces el accionante interpuso recurso de queja por denegación de recurso y "se fue" a la Corte Suprema, la que admitió la queja, concedió el extraordinario y revocó la sentencia de la Cámara, ordenando que se dictara un nuevo fallo. La Corte dijo que, en el pronunciamiento (la Sentencia de Cámara) se había realizado una lectura *dogmática* **(33)** y *artificiosa* **(34)** de las constancias traídas al proceso, las que obviamente debieron ser las existentes en la documentación clínica.

¿Cuáles fueron las razones para dicha solicitud y esa doble calificación?

Primeramente, porque el paciente no había basado su reclamo en una imputación de mala praxis contra los médicos, sino en la violación del deber de seguridad que incumbía a la demandada, sustentándolo en la existencia de un catéter contaminado, con apoyatura en el art. 1113, párr. 2º, del Cód. Civil **(35)** (daños causados con las cosas; hoy 1757, Cód. Civ. y Com.) **(36)** por lo tanto el tema —según el alto organismo— nada tenía que ver con los médicos. En este sentido el fallo se contradice con lo manifestado por otra sentencia **(37)**. Pero claro, tampoco habría debido tomárselas el fallo con el catéter, ya que este no contamina al paciente, sino que "es" contaminado por el paciente, amén de que dicho elemento es indispensable para intentar el tratamiento del paciente, en su posoperatorio, por su grave patología de base, habría dicho la ciencia médica de haber podido ser escuchada, y no haber sido tratada de "dogmática". Tan luego nosotros los hombres del derecho, nos ponemos a considerar a la ciencia médica como tal.

Las infecciones relacionadas con catéteres se producen por una compleja interacción de factores inherentes al huésped de la bacteria —el cuerpo del paciente— los microorganismos y los catéteres **(38)**.

(33) Proposición que se asienta por firme y cierta como principio innegable de una ciencia.

(34) Agnación artificiosa: artificial, artificiosa, fingida, rigurosa o verdadera.

(35) "En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder".

(36) Hechos de las cosas y actividades riesgosas, Responsabilidad objetiva.

(37) CNCiv., sala B, 21/10/1994, "Carusso de Pérez, Élida c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios", sum. 4480, en el que se establece que la responsabilidad de la administración del antibiótico es del anestesista, quienes en general no tiene relación de dependencia con los establecimientos médicos.

(38) Un paciente internado que requiere la colocación de un catéter venoso central suele presentar enfermedades subyacentes inmunosupresoras (cetoacidosis diabética, insuficiencia hepática, politraumatismos, leucemias, etc.) que impiden la acción de los mecanismos de defensa naturales que evitan la adherencia de microorganismos al catéter. Es probable incluso que existan múltiples factores aun desconocidos que interactúan con los ya conocidos favoreciendo la infección del dispositivo (VERÓN, M. T. – DICTAR, M., "Infección relacionada con catéteres en pacientes con trasplante y neutropénicos", SOCIEDAD ARGENTINA DE TERAPIA INTENSIVA. COMITÉ DE INFECTOLOGÍA CRÍTICA, *Infecciones por catéteres vasculares,* Ed. Médica Panamericana, v. Cap. 13; 2003,2:19-29, en DURLACH – DEL CASTILLO, ob. cit.

"Adjudicar a la actividad hospitalaria y a gran parte de las cosas involucradas en ella el mote de 'cosas riesgosas', es una generalización que permitirá caer en el error de involucrar al hospital y a su entorno, en forma genérica dentro de las cosas riesgosas, llegando a considerar de igual manera a toda la actividad médica como tal: La biología, los hechos de la naturaleza, o la virulencia bacteriana no constituyen cosas riesgosas, sino el alea o riesgos propios de la biología y demás circunstancias de la actividad medical, que no deben recaer sobre las espaldas de los profesionales o de las instituciones" **(39)**.

Luego, pese a que, de las constancias de la historia clínica de la institución sanitaria, surgían realistas, sinceras, las descripciones en las evoluciones de infectología de los días 4º, 7º, 8º, y 9º, día de tratamiento del paciente, en cuanto a la contaminación del catéter por *Enterobacter cloacae*, de la cual era portador el paciente, el perito infectólogo de autos dijo que "de esas constancias se desprende la admisión de una bacteriemia y luego una sepsis a punto de partida, *aparentemente* (*sic*) de un catéter, y que la infección del paciente se encontraba asociada a dispositivos" (cosas). Creemos que dicha afirmación no tiene basamento científico serio. El punto de partida —término típicamente médico— es la bacteria que sale del paciente, que está en el paciente y se instala en el catéter.

IV.3. Lo que sigue en el fallo, tanto la comunidad médica cuanto quienes le brindan a esta asesoramiento médico legal y jurídico-médico, deberían poner especial atención:

Se han formulado en la decisión comentada, interrogantes acerca de si se habían tomado o no las medidas antibióticas requeridas*, antes, durante y después del acto quirúrgico.* Fundamentalmente, si el antibiótico había sido *suministrado* al paciente.

Esto último era cuestionado, pues si bien figuraba a fojas 142 de la historia clínica que el antibiótico había salido del botiquín del quirófano *cefazolina northia 1 gr.* F/A., señaló el perito, que "lo correcto hubiera sido que se aclarara expresamente en la historia clínica, que el antibiótico se suministró, indicando si la profilaxis se realizó treinta minutos previos a la incisión quirúrgica como lo recomienda la bibliografía", y como en su dictamen el experto cita.

Pero, si bien en la historia clínica consta la salida de la *cefazolina* de la farmacia hospitalaria, no habiendo dudas de que se visó el medicamento y los antisépticos en el quirófano, el perito señala que "el simple hecho de que el antibiótico haya llegado al quirófano no le permite deducir que se usó efectivamente para este paciente, en qué dosis y en qué momento, por lo que existe por lo menos una falta de información, *dentro de la documentación clínica*" **(40)**. Es decir, se sabe que salió del botiquín, pero no si le *entró* al paciente.

En el cuerpo médico forense se dijo que, en el parte anestésico del acto quirúrgico constaba que se había recibido el antibiótico, el perito infectólogo afirmó en su dictamen que *no encontró ese dato.* Y más aún, dice que dado lo ilegible de la fotocopia "no se pudo determinar si el paciente recibió o no la antibioticoterapia prequirúrgica".

IV.4. Lo interesante es que la infección del paciente trasladada al catéter nada tiene que ver con el antibiótico antes, durante y después del acto quirúrgico, ya que estas se producen por una compleja interacción de factores inherentes al huésped, los microorganismos y los catéteres, sobre todo cuando un paciente, estando internado presenta enfermedades subyacentes inmunosupresoras como la cetoacidosis diabética, que impiden la acción de los mecanismos de defensa naturales que hubieran evitado la adherencia de microorganismos al catéter, como ya fue comentado.

Diferentes estudios han demostrado que algunos microorganismos tienen mayor capacidad de adhesión a cuerpos extraños (catéteres) debido a la producción de una glucoproteína que forma una especie de barro (*slime*) alrededor de las colonias que interactúa con las proteínas del huésped —paciente— formando un biofilm que los mantiene unidos al catéter y protegidos de las defensas naturales. En estas condiciones, incluso

(39) FRARACCIO, J., ob. cit.

(40) La bastardilla es del autor.

algunas bacterias pueden disminuir su sensibilidad a los antibióticos.

Queremos representar con esto que la cosa —el catéter— es "atacada" por la bacteria de la cual el paciente es el portador, y que la lucha para tratar de evitar que la ISQ o la IACS cumpla con su finalidad de dañar al paciente, es la tarea de los médicos y las instituciones sanitarias, para que las bacterias no puedan alcanzar su objetivo, aunque la mayoría de las veces resulten victoriosas. *Ser vencidos en esa lucha no significa, en nuestra modesta opinión un incumplimiento contractual o un incumplimiento de la obligación de vigilancia y seguridad-resultado.*

De todos modos, ya se ha explicado que para que el establecimiento médico no resulte responsable, debe acreditar la no-culpa del médico o de los dependientes, y/o subsidiariamente tratar de interrumpir la relación causal, demostrando, o que la víctima es la culpable, o que lo fue un tercero por el cual el establecimiento sanitario no debe responder, o que existió un caso fortuito, ante la responsabilidad objetiva que da origen a la obligación de la clínica, sanatorio u hospital, lo que no es tarea fácil.

Tampoco será fácil hacerle entender al paciente —quejoso y reclamante— que es el culpable por ser el titular de la bacteria.

IV.5. En un trabajo anterior **(41)** nos manifestábamos acerca del origen de las infecciones, obtenido de la información médica especializada, que las clasifica en exógenas y endógenas, al entender que dicho ordenamiento permitiría —pacíficamente— acreditar la existencia de la relación de causalidad con el daño que padece el paciente y el hecho que dio origen al perjuicio, así como permitir la prueba del cumplimiento de la debida diligencia de la obligación de medios. A poco que nos hemos adentrado en el intento de conocer el funcionamiento de las infecciones manifestadas en el paciente mientras estaba internado en el hospital o hasta un cierto tiempo después, nos hemos dado cuenta de que no resulta tan sencillo hacer entender a la comunidad no-médica, que todos somos portadores sanos de millones de bacterias.

Asimismo se ha dicho que cuando un paciente requiere ser atendido en un hospital, clínica o sanatorio y es víctima de contagio de una enfermedad dentro de la institución, que debía intentar sanarlo, pero más aún, prevenirlo de toda posibilidad de contaminación, requiere para lo primero —atención médica pedida por el paciente— poner a disposición de este todos los medios que la ciencia médica disponga y que la institución tenga a su servicio para el paciente o lo que su patología requiera. Caso contrario —no poseer dichos medios—, como es sabido, el sanatorio tendrá que derivarlo. Es decir que la institución se encontraría frente al cumplimiento de una típica obligación de medios.

Ahora bien, ha de tenerse en consideración que *contagio* es sinónimo de transmisión ya sea esta horizontal o cruzada, entre pacientes o del personal portador, respecto del paciente susceptible de ser contagiado, pero también la bacteria que se encuentra en el cuerpo humano, lo contagia a este de la enfermedad que produce.

Esta cuestión del contagio producido por terceras personas —personal sanitario— es lo primero que se presupone en la jurisprudencia, infundadamente según nuestro criterio, y no advertimos en los dictámenes periciales que se aclare o se explique a los magistrados el significado de esta noción, al analizarse los motivos de la ISQ, dándose por sentado ello desde la presunción.

Así también el doctrinario, al pensar en derecho, y el juzgador al fallar, no deben estar ajenos a la realidad —que surge de la información médica epidemiológica imprescindible para el análisis del riesgo— ya que solo una pequeña proporción de casos reconoce dicho origen exógeno, o sea una fuente externa al paciente, es decir una infección exógena, que en todo caso podría estar originado en el equipamiento o en el personal institucional.

Contrariamente con ello, en la gran mayoría de los casos el microorganismo proviene de la propia flora del paciente y se trata por lo tanto de infecciones endógenas. Para tal determinación, la patología de base del paciente resulta funda-

(41) MARIONA, Fernando G., "Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias y gestión del riesgo", RCyS, 2004-66.

mental, la que no siempre es del análisis ni de los peritos ni obviamente del juez.

La fuente exógena, ya puede ser *animada* (personas: pacientes o personal colonizado y visitas, especialmente de menos de 14 años) o *inanimada* (material inerte circundante como son los equipos, las camas, etc.) y es material que podrá o no estar contaminado, y sobre el que, para evitar dicha contaminación, se cumplen determinados protocolos que son dictados y controlado su cumplimiento a través de los denominados comités de infectología de cada establecimiento sanitario.

La *existencia* de dichas normas y su *cumplimiento* es lo que el establecimiento sanitario puede probar sin necesidad de que ello deba ser calificado como de prueba diabólica, siempre y cuando se entienda que es eso lo que debe ser probado, para demostrar la debida diligencia. Es decir, la prueba del cumplimiento de la obligación de medios. Debe existir un estándar básico de prueba. La prueba de que el establecimiento sanitario ha puesto a disposición de los pacientes todos los medios que la ciencia ha desarrollado para tratar de evitar que el paciente pueda desarrollar una IACS **(42)**, ya sea endógena o exógena.

No obstante lo mencionado, la jurisprudencia también ha resuelto que existirá incumplimiento del deber de seguridad-resultado, "aun cuando resulte imposible llevar a cero la posibilidad del contagio del paciente, y cualquiera sea el fundamento de tal responsabilidad, y a pesar de que no hubiera habido descuido de las normas de prevención" **(43)**. Dicho razonamiento además ha servido de argumento en un fallo dictado con seis años de posterioridad al hecho generador del daño, haciendo caso omiso de los avances de la ciencia en materia de prevención de las IACS **(44)**.

IV.6. Es que los establecimientos sanitarios —a quienes los jueces y peritos deberían solicitar— necesitarían acercar al proceso como prueba ofrecida, las normas escritas sobre precauciones para el control de infecciones, así como la prueba del cumplimiento de ellas. Las normas generalmente son oficiales, de difusión científica o de elaboración propia de cada establecimiento, según sus propias experiencias, y avaladas por la autoridad del establecimiento, esto es el director médico, tal como lo establece la ley 17.132 y su decreto reglamentario **(45)**.

Y afortunadamente también para quienes tienen que dictaminar, y para quienes tienen que fallar, existe lo que en medicina se denomina, dentro de cada especialidad y práctica, los denominados "consensos", o "conferencias de consensos". El entrecomillado es para poner de resalto la denominación.

V. La importancia del consenso médico

En un trabajo que habíamos presentado en el marco del Consenso de Estudios en Menopausia en San Nicolás de los Arroyos el 06/2007 y 08/08/2004, dábamos por cierto que, sin pretender enervar el régimen de la culpa, el cumplimiento por parte del médico de lo acordado en un consenso médico debería relevarlo de su responsabilidad profesional, en caso de juzgamiento de la misma.

Decíamos entonces que un consenso médico podría ser definido como "una declaración formulada por varias personas de una misma comunidad o corporación, que habían logrado ponerse de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a llevar adelante una acción u omisión determinada, de acuerdo con un mismo o similar procedimiento con el fin de tratar de alcanzar un beneficio sobre quien habrá de aplicarse dicha conducta médica".

(42) Infección Asociada al Cuidado de la Salud.

(43) CNCiv., sala E, 20/10/1994, "Maciel, Amanda c. Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", sum. 4524.

(44) CNCiv., sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma B. c. Sanatorio Quintana", JA 2001-IV-592.

(45) Consensos médicos y resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación dictadas al respecto como, p. ej., la 102/2006 (Funcionamiento de las Centrales de Esterilización y Procesamiento de Productos Médicos) y la 1547/2007, (Guías de Procedimientos y Métodos de Esterilización y Desinfección para Establecimientos de Salud Públicos y Privados) jamás citadas ni verificado su cumplimiento por los peritos de oficio.

Las Dras. Berlineblau y Moscato **(46)** han definido los procesos de consensos "como las revisiones sistemáticas de evidencia científica, por las cuales un grupo de expertos realiza una búsqueda exhaustiva y sistemática de la información y su análisis crítico en forma metódica, con el fin de elaborar recomendaciones para la práctica clínica, que es el ejercicio práctico de la medicina relacionado con la observancia directa del paciente y su tratamiento".

Su naturaleza jurídica sería la de una declaración de voluntad, a título gratuito, de carácter nominado, de acuerdo con el objetivo buscado, y dentro de una determinada especialidad.

Explicábamos también las similitudes con el acuerdo plenario **(47)**, si nos es permitida dicha comparación. Tantas veces hemos leído que los hombres del derecho nos referimos a la "jurisprudencia médica", como aquellas "verdades" que tomamos de la literatura médica, ya sea para justificar o reprochar una conducta contraria a la analizada.

Entre los contenidos del "Consenso sobre Prevención de Infección del Sitio Quirúrgico y Seguridad del Paciente en el pre, intra y postquirúrgico", el juez y el perito, el establecimiento médico y los médicos **(48)** encontrarán seguramente las recomendaciones acerca de la preparación prequirúrgica, la preinducción anestésica, el papel de los anestesiólogos **(49)** y técnicos de anestesia, el rol y las normas de la instrumentadora, las áreas de competencia de la instrumentación quirúrgica, qué se debe hacer antes de la pre-incisión, la duración de los tiempos quirúrgicos, la clasificación de las heridas operatorias y las tasas de infección, y qué se debe hacer en el postoperatorio.

Los "consensos" combinan el método de la medicina basada en la evidencia científica y en la interacción de expertos, y consisten en la redacción de recomendaciones por un jurado después de analizar ambas vías de información. Dicho jurado es generalmente interdisciplinario integrado entre 8 y 16 expertos elegidos por un comité organizador **(50)**.

De esta forma, al conocerse los pormenores de la actuación de cada miembro del equipo quirúrgico, a través de este consenso, hasta se podrían incluso deslindar las responsabilidades de los actores, estableciendo al analizar las responsabilidades, la denominada doctrinariamente partición de la prestación médica, y no necesariamente recaer en el dogmatismo del incumplimiento del deber de seguridad-resultado. Habrá responsables que nada tienen que ver con el establecimiento sanitario, y habrá otros que irrefragablemente lo arrastrarán a ello.

A mayor abundamiento, cuando las personas son colonizadas por determinadas bacterias, son tratadas para su descolonización. Pero los análisis de rutina que se le realizan a un paciente que será sometido a un acto quirúrgico nada dicen respecto de dichas posibles colonizaciones. Esos análisis de rutina, generalmente de sangre,

(46) "La prueba científica y los procesos judiciales", *Calidad del dictamen médico legal: herramientas para su valoración*, IJA, Academia Judicial Internacional, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 41 y ss.

(47) Resolución adoptada por las distintas salas de una cámara de un fuero, en una reunión con ése propósito, con el fin de unificar la jurisprudencia de los tribunales inferiores o de esas mismas salas, cuando sus sentencias sobre una misma cuestión son divergentes.

(48) Instituciones invitadas: Asociación Argentina de Cirugía, Asociación Argentina de Instrumentadores Quirúrgicos, Asociación de Enfermeras en Control de Infecciones (ADECI), Club Argentino de Esterilización, Comisión de Infecciones Asociadas al Cuidado de la Salud y Seguridad del Paciente (SADI), Comisión de Recursos (SADI), Federación Argentina de Anestesia, Analgesia y reanimación, Programa Nacional de Vigilancia de Infecciones Hospitalarias de Argentina. Se comenta que SADI es la Sociedad Argentina de Infectología.

(49) El rol del anestesiólogo es vital, y ocurre que casi nunca es el anestesiólogo del *staff* de la institución. Sin embargo, cuando llega el momento de fallar, los médicos son dejados de lado en la condena, y esta solo recae sobre los establecimientos médicos por el incumplimiento del deber de vigilancia y seguridad-resultado. El anestesiólogo coloca el catéter, administra las drogas, realiza las intubaciones endotraqueales, la extubación, etc. Al mismo tiempo debería llevar sus registros utilizando una computadora para el almacenamiento de datos. El riesgo de la transmisión de patógenos desde y hasta el teclado de la computadora a través de los guantes hace necesario realizar recomendaciones para que el anestesiólogo no se convierta en un transmisor de microorganismos.

(50) BERLINERBLAU – MOSCAZO, ob. cit.

son los que el perito de oficio leerá en la historia clínica del actor cuando paciente, y son los que le permiten afirmar —equivocadamente según nuestro criterio— que el paciente "no estaba infectado cuando ingresó al establecimiento". Obviamente si el recuento de glóbulos blancos y rojos fuera el normal, el paciente será intervenido. Pero esa "normalidad" del análisis de sangre, en nada garantiza que no pueda existir en ese paciente, en el post quirúrgico, o cierto tiempo después una ISQ o una IACS.

Y, a su vez, para cuando el material y el ambiente es el que se presume que contamina, o contagia, existen normas y procedimientos de higiene para su descontaminación que se registran en los establecimientos sanitarios varias veces al día, con material y métodos aceptados y reconocidos por la ciencia, en constante evolución, como ya hemos explicado, en libros *ad-hoc*, que van más allá del libro de quirófano, la historia clínica o el parte quirúrgico.

Sin embargo, para el análisis del juzgador, que el paciente no se enferme dentro del hospital, clínica o sanatorio —de lo que no estaba enfermo antes de ingresar—, es el cumplimiento de *la obligación de seguridad o garantía, de resultado.* A *contrario sensu,* se presume el incumplimiento institucional de la obligación de vigilancia y seguridad-resultado, y la consecuente condena.

VI. El cumplimiento de la obligación

Lamentablemente, tanto las intervenciones quirúrgicas, como algunos procedimientos diagnósticos y otros tratamientos necesarios para el paciente, quien en procura de ellos concurre a un hábitat médico, son factores que contribuyen o crean las condiciones al desarrollo de una IACS, con su mismo cuerpo.

Cuanto más grave esté el paciente más necesidad de dispositivos de sostén —catéteres, medicación, estadía— necesitará, aumentando el riesgo de las IACS.

Y si la obligación de seguridad-resultado es de carácter accesorio a la principal del contrato de prestaciones médicas, se transformaría en el ámbito contractual, tanto para las personas jurídicas o para las personas físicas que brinden servicios profesionales médicos, en una obligación de cumplimiento imposible, ya que así lo sería para estas asegurar la indemnidad del paciente, frente a la situación que hoy plantea en el mundo, la cuestión de las infecciones intrahospitalarias **(51)**, si se desconoce desde la jurisprudencia qué es lo que debe cumplir el establecimiento sanitario, el recurso humano propio y el ajeno.

Como es sabido, para la jurisprudencia de nuestros tribunales, la infección reviste la condición de *intrahospitalaria* (IIH) simplemente porque la *manifestación* de la infección ocurre *dentro* del establecimiento sanitario, según una infeliz interpretación de la definición médica **(52)** y consecuentemente la responsabilidad recaerá sobre el hospital, la clínica o el sanatorio, aun cuando no solo para la ciencia médica resulte imposible llevar a cero la probabilidad de infección, sino porque cuando un paciente *ingresa* (traspone el umbral) *y antes de ser admitido,* a un establecimiento médico no se le realiza *de rutina* un hemocultivo, o una *colonización* que permita demostrar al juzgador que el paciente ya se encontraba infectado. Cualquiera sea el fundamento de esa responsabilidad, será esta, la *única* forma —hasta el presente— en la que el establecimiento podrá demostrar la ruptura de la relación de causalidad. Dicho razonamiento sencillo, parece haberla transformado —al menos en esta área— a la medicina, en una ciencia exacta.

Nos referimos a la poco feliz interpretación con un ejemplo: los programas de calidad de atención de los países más desarrollados buscan externar rápidamente a los pacientes sometidos a cirugías, para que las ISQ "aparezcan" en el pa-

(51) COBAS, Manuel, "La responsabilidad civil contractual de los establecimientos médicos", comentario jurisprudencial, RCyS, año XII, nro. 12. dic. 2010, ps. 61/67.

(52) LAMBERT-FAIVRE, Y., "La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relativa" "aux droits des malades et à la qualité du systeme du santé". III L'indemnisation des accidents medicaux, Dalloz, 1367/1374: "toda aquella infección que aparece durante o después de una hospitalización y que no estaba presente en el paciente al momento de su admisión; o toda enfermedad provocada por microorganismos y contraída en un establecimiento hospitalario por un paciente luego de su admisión a través de hospitalización o atención ambulatoria y cuyos síntomas pueden aparecer durante su permanencia en el hospital, al menos 48 horas después de la infección o incluso después de su salida dentro de los 30 días siguientes a la intervención, o hasta un año si hubo colocación de prótesis".

ciente cuando este se halle fuera de las instituciones.

Otro ejemplo con el intento de esclarecer el sentido que queremos darle a nuestra tal vez irrespetuosa afirmación "poco feliz interpretación": la neumonía es otra patología que al igual que la infección, también puede clasificarse por lugar de origen, es decir, por el lugar donde el individuo entró en contacto con el agente infeccioso. La neumonía adquirida por infección bacteriana durante una hospitalización se denomina neumonía intranosocomial, mientras que la que se adquiere en el ambiente cotidiano del individuo se llama *neumonía adquirida en la comunidad*.

Se conocen reclamos indemnizatorios contra alguna empresa concesionaria del servicio público de transporte ferroviario de pasajeros, por el incumplimiento del deber de vigilancia y seguridad-resultado, de no haber evitado que el ciudadano Paulo se contagie con las bacterias que volaron en el vagón que viajaba, ¿después del estornudo del ciudadano Anónimo?

VI.1. ¿Se han preguntado acaso la doctrina y la jurisprudencia, o en todo caso ha sido informada la doctrina y la jurisprudencia por la ciencia médica —área específica— quién y cuántas personas ingresan a un hospital como pacientes, requiriendo sus servicios, y que no tengan *Enterobacter cloacae* o *Escherichia Coli* en su cuerpo? Varios trabajos científicos citados así lo demuestran.

¿Debería tenerse en consideración que la mucosa bucal, por ejemplo, tiene 10 y más microorganismos por centímetro cuadrado, así como que el intestino tiene cifras de esa magnitud por gramo de materia fecal, y que salvo aquellos pacientes que serán operados del intestino, son los que habrán de ser preparados para ello, evacuándoselo previamente, pero ni aun así podrá evitarse la presencia de los microorganismos, y que por otra parte no todos los pacientes aceptan tomarse los cuatro litros en solo dos horas del medicamento que "limpia" relativamente el intestino —de materia fecal pero no de bacterias— y que al interrogatorio (que no se documenta) el paciente se lo oculta o al médico o al técnico que los interrogan? ¿Que otro tanto ocurre con el periné (ano y sus cercanías), vagina, piel, nariz, etc.?

¿Es sabido que las bacterias —tan "cosa" como el catéter— viven en forma simbiótica **(53)** en el cuerpo humano?

Es decir que son cosas de propiedad de cada individuo, y que ellas o con ellas el individuo se autolesiona.

Miguel Vicente, profesor de investigación del CSIC, y autor del libro *Ni contigo ni sin ti: guía para entender a los microbios,* manifestaba **(54)**: "la mayoría de las *E. coli*, son bacterias pacíficas que, junto con otras variedades, pueblan el intestino. Pueden ser hasta beneficiosas y casi nunca son perjudiciales. Viven de modo armónico, sin que las de una clase desplacen a la de otra, e incluso aportan algunas vitaminas. Pero algunas, pueden ser atraídas por el lado oscuro y adquirir genes que dirigen la producción de compuestos tóxicos, similares a la toxina que produce. Este tipo de bacterias se adhiere a las células de la mucosa intestinal y las trastorna: el intestino reacciona con una diarrea que intenta eliminar a las invasoras. Eliminar cualquier *E. coli* es difícil porque está protegida por una cubierta de tres capas. Algunas bacterias están dispuestas a pasarse siempre al lado oscuro y demostrarnos que no tenemos antibióticos para eliminarles".

"La piel alberga 205 tipos de bacterias". Un estudio de investigadores norteamericanos publicado en la revista *Science* analizaron el ADN —los genomas— de todos los microbios que habitan en la piel, y llegaron a la conclusión de que nuestra piel alberga un abanico de tipos bacterianos mucho mayor de lo que se pensaba **(55)**. "Existen más de 112.000 secuencias genéticas bacteriales. Se detectaron 205 géneros de bacterias. El lugar que más alberga es el antebrazo con 44 especies en promedio. La zona detrás de la oreja, solo 19. Las áreas seleccionadas representan tres microambientes: oleoso, seco y húmedo. Las zonas oleosas estaban dentro de la nariz, en la axila, en el cuero cabelludo, en la parte superior del pecho y en la espalda. Las áreas húmedas, en el interior de la oreja, en el anverso del codo, en la zona que queda entre los dedos medio y anular,

(53) Sacan provecho de la vida en común.

(54) *El País*, Madrid, 31/05/2011, p. 30.

(55) Diario *La Nación*, 29 de mayo de 2009, p. 12, Ciencia/Salud.

al costado de la cadera, detrás de las rodillas, en el ombligo. Las áreas secas incluyeron la parte interna del antebrazo, la palma de las manos y las nalgas. Las áreas húmeda y seca fueron las que resultaron pobladas por una mayor variedad de microbios, y las oleosas, por la mezcla bacteriana más uniforme. La piel es una de las primeras líneas de defensa contra la enfermedad y el trauma, pero su eficacia depende del delicado equilibrio que se establece entre nuestras células y los millones de bacterias y otros microbios unicelulares que viven sobre su superficie" **(56)**.

Debe considerarse que cuando se habla de que los gérmenes y las bacterias son resistentes a las terapias antibióticas, es porque estos maravillosos medicamentos, si bien son drogas que salvan vidas, actúan devastando a la flora intestinal y a la flora residente habitual del cuerpo, de tal forma que mata a todas las bacterias sensibles, las que, a su vez como residentes en el cuerpo humano, son quienes tienen la función de hacer resistencia a la colonización del paciente.

El estudio mencionado **(57)** es de libre utilización para investigadores de todo el mundo y se espera que ayude a acelerar la comprensión de los complejos factores genéticos y ambientales producidos, y la resistencia a los antibióticos.

Los peritos de oficio harán esta evaluación al momento de hacer su dictamen.

Es ofrecida como prueba sustancial y concreta —para nada diabólica— la demostración del cumplimiento de lo que la ciencia médica ha establecido como método preventivo, más allá de la antibiótico-terapia, pre, durante y post acto quirúrgico, por parte de los sanitarios y su recurso humano propio o extraño.

¿Se solicita que los peritos de oficio concurran a los establecimientos sanitarios a realizar auditorías en terreno de los procedimientos preventivos?

¿Todos los establecimientos médicos en la Argentina cumplen con las normas que las sociedades médicas han consensuado que deben ser cumplidas?

La ISQ es un proceso por el que, si deja de existir la población que frena la colonización, se produce la invasión oportunista, y se pierde un mecanismo de defensa del territorio pocas veces considerado, por los peritos y por los jueces.

¿Se informa acaso a los jueces que de esta forma se rompe el equilibrio entre las especies de la flora intestinal normal y que se "liberan" los territorios para que los microorganismos resistentes los invadan y colonicen, siendo que áreas normalmente habitadas por bacterias inocuas pasan a estar ocupadas por extraños, más resistentes, virulentos y con una gran capacidad de expansión?

Estos "okupas" son el reservorio de las IACS (infecciones asociadas al cuidado de la salud).

"Es interesante destacar que no solo los organismos llamados 'patógenos' pueden causar enfermedades infecciosas, sino que también pueden hacerlo los denominados *comensales colonizantes endógenos*. Se define como patógenos a los microorganismos que siempre causan alguna enfermedad infecciosa **(58)**, mientras que un comensal se define como un organismo que vive en otro y que se beneficia sin causarle daño". "La composición de la microflora endógena no es estática sino dinámica, varía en forma cualitativa y cuantitativa" **(59)**. "Los integrantes de la microflora pueden, si se les presenta la oportunidad participar en el proceso de una enfermedad infecciosa".

"En las comunidades y especialmente en los hospitales, el uso de drogas antimicrobianas ejerce una presión selectiva sobre la microbiota del individuo, permitiendo el ingreso o colonización de otros microorganismos más resistentes. Los microorganismos comensales de las

(56) GRICE *et al.*, "Topographical & Temporal Diversity of the human skin microbiome", *Science,* 29/05/2009, ps. 1190-1192.

(57) *Ibid.*

(58) MORRIS, J. A. – HARRAN, D. – SMITH, A., "Hypothesis: common bacterial toxins area possible cause of the sudden infant death syndrome", *Med Hypotheses,* 1987; 22:211-222, en DURLACH – DEL CASTILLO, ob. cit.

(59) ISEMBERG, H. D. – D'AMATO, R. E., "Indigenous and Pathogenic Microorganisms of Humans", en MURRAY, P. R. (ed.), *Manual of Clinical Microbiology*, 7th ed., ASM Press, Washington 2000; DC 2-14, en DURLACH – DEL CASTILLO, ob. cit.

principales áreas del cuerpo están ubicados en el tracto respiratorio, tracto gastrointestinal, tracto genitourinario, y de la piel, el oído y los ojos. El resto de los aparatos y sistemas de los individuos sanos, son estériles" **(60)**.

Así es como funciona el riesgo: los pacientes que han recibido antibióticos, cuanto más graves estén, más tiempo estarán en el hospital y más tiempo funcionarán como reservorio y fuente de microorganismos resistentes.

VI.2. Pero las eximentes que se pretendan plantear como defensa por las instituciones, para que resulten de utilidad en un proceso judicial, tienen que poder ser probadas. Aunque no solo será la prueba de la *diligencia* —arts. 512 y 902 del Código Civil— (hoy 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Com.) *en el preoperatorio, el perioperatorio y el postoperatorio,* sino que para la marcada y mayoritaria tendencia jurisprudencial, que considera como objetiva a la responsabilidad que le cabe al ente asistencial, en virtud del incumplimiento de una obligación de seguridad-resultado, deberá ser también *de rutina* para el nosocomio y al momento previo del ingreso programado o de urgencia, a costa del establecimiento, para exonerarse de responsabilidad futura, establecer si el paciente se encontraba o no infectado previamente. Actualmente entonces también se analizará la diligencia del agente y la previsibilidad de las consecuencias.

Paradójicamente, la ciencia médica recomienda, por ejemplo, no realizar cultivos de rutina en los pacientes, equipos o accesorios utilizados para terapia respiratoria, excepto en la presencia de un brote epidémico.

Para poder ser probadas las eximentes/defensas, tienen que estar realizadas y documentadas, todas, o al menos aquellas que los expertos —más allá si poseen o no la especialidad de la infectología entre sus capacidades— consideren que son todas, o al menos las que conozcan que existan. Pero para alcanzar dicha consideración, deben conocer qué es lo que se debe hacer en las instituciones, más allá de suponer que "con algo se habrá contagiado".

Evaluamos que esta será la mejor ocasión para poner en marcha la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Por lo tanto, cada vez que un hospital, una clínica o un sanatorio sean demandados por una infección intrahospitalaria, esto será lo primero que nos deberemos plantear: ¿podrá probarse lo que ahora se plantea en el repaso de los hechos como eximentes?

¿Y dónde debería haberse reflejado esa diligencia en este caso?

¿Y el establecimiento sanitario ha dado cumplimiento de ello?

Como ya se ha visto a través de la opinión de los expertos en las sentencias condenatorias, ya no debería bastar con establecer la presunción de que si no estaba infectado al ingresar, por algo se habrá infectado durante su internación o hasta dentro de un año después, sino que se deberá dictaminar acerca de si en el establecimiento médico se está analizando, evaluando y dando tratamiento a los factores potenciales de riesgo más referidos como son: evitar las fallas en la infraestructura, en los métodos de limpieza, en las conductas del personal, en la falta de control según las vías de abordaje, en la presencia o no de tejidos mortificados o coágulos en el cuerpo del paciente, en el registro de la duración de la intervención, en el control y documentación de las condiciones del paciente en el postoperatorio, en la esterilización y registro del material, en el uso de la antibiótico-terapia-perioperatoria adecuada ya como obligación del anestesista ya como la del cirujano, quiénes lo fueron asentado en el parte de anestesia, en el quirúrgico, o en las hojas de evolución diaria, o en las de control y balance, o en la hoja preoperatoria, es decir la prueba de la *diligencia,* sino que *además* deberían constatar si se ha cumplido en términos generales y respecto de cada paciente y tipo de herida quirúrgica, con lo establecido en el consenso vigente, las condiciones del paciente previas al acto quirúrgico, es decir al inmediato ingreso físico de aquel al establecimiento —pero antes de ser *admitido administrativamente* aunque sea una emergencia **(61)**— para poder probar en todo caso, que

(60) VAY, Carlos – GUELFAND, Liliana, "Microbiota", en DURLACH – DEL CASTILLO, ob. cit., ps. 127 y ss.

(61) Un ingreso de emergencia es aquel en el que el paciente tiene que ser ingresado en beneficio de su pro-

el paciente estaba colonizado, o al menos que estaba en curso de estarlo, como la jurisprudencia exige.

Es decir, que debería bastar para el establecimiento sanitario demandado, con demostrar que se ha cumplido con el protocolo que contiene las recomendaciones de la ciencia para prevenir la infección del sitio quirúrgico (ISQ) en el prequirúrgico, intraquirúrgico o posquirúrgico según los riesgos potenciales del acto quirúrgico al que fue sometido el paciente, y documentarlas, así como documentar y registrar que en cumplimiento de lo que la ciencia manda, y el cuerpo humano genera y posee, se *trató de hacer* en beneficio del paciente para evitar la infección del ISQ, o para tratar de evitar la complicación en caso de que se produzca hasta un año después del acto quirúrgico —tiempo durante el que no se sabe que ha hecho el paciente con su cuerpo— sino que además habrá de estar preparado para, diseñar una metodología que permita establecer, *documentar e informar*, al paciente o sus familiares:

a) que pueden existir factores relacionados con el huésped, "aleas médicas" ya sea por edades extremas, estado de desnutrición, severidad de la enfermedad de base, diabetes, tabaquismo, obesidad (< del 20% del peso ideal), inmunosupresión, infecciones coincidentes con otros sitios, colonización con microorganismos, uso de esteroides sistémicos, transfusión prequirúrgica de ciertos productos sanguíneos, duración de la internación prequirúrgica, de los cuales el paciente puede ser portador, o

b) que por factores relacionados con la cirugía, tales como: duración del lavado quirúrgico, antisepsia de la piel, rasurado (en la actualidad ya discutido y sin consenso científico) **(62)**, preparación prequirúrgica de la piel del paciente a cargo del establecimiento y a cargo del paciente quien puede faltar a la verdad al interrogatorio, vestimenta quirúrgica (polleras o pantalones, corbatas o moñitos) del personal de quirófano, duración de la cirugía, profilaxis antimicrobiana útil, ventilación de los quirófanos, esterilización del instrumental quirúrgico, evitar la presencia de un material extraño en el sitio quirúrgico, drenajes, técnica quirúrgica y asepsia, hemostasia (cicatrización) deficiente, falla en la eliminación de espacios muertos, traumas en los tejidos, el paciente podría contraer, o desarrollar una IIH.

¿Serán los magistrados puestos en conocimiento de todo esto por los peritos de oficio?

VI.3. ¿No sería esta acaso, la infectología, una especialidad en la que por lo excepcional de la situación mundial en relación con la lucha que entabla la comunidad médica internacional, bien podría ser considerada como rodeada de circunstancias excepcionales, y el deber ser considerado de medios? **(63)**.

Resulta incluso curioso que *in re* "Parisi" de la sala C de la CNCiv. referenciado *supra*, se afirme, basándose en la opinión del experto vertida a fs. 539 de esos autos, que "no tiene relevancia la falta de indicación en la historia clínica de las medidas higiénicas adoptadas". ¿No deberían acaso revisar estos expertos sus conocimientos, o en todo caso ponerse de acuerdo para no confundir a jueces y partes?

Debería ser tenido en cuenta que, entre todos los factores potenciales de riesgo comentados, resulta obvio resaltar que frente a la infección intrahospitalaria lo más importante es haber sido diligente para tratar de curarla, y poderlo demostrar, ya que la infección, como su propia denominación técnica lo indica, es un comportamiento del organismo, asociado al cuidado de la salud, y el fallo "Andino Flores" de la sala E comentado lo ratifica. Para ello, es necesario, independientemente de haber efectuado las prácticas médicas correspondientes, por las personas obligadas, también documentar que fueron hechas. Ya que si "se prueba la infección, tal indicio podrá ser revelador de suyo, de una presunción judicial de culpa, pero el médico (u hospital) se liberará si demuestra que actuó con diligencia. Ya que el

pio bienestar o de su propia vida (ROWLAND, Howard S. – ROWLAND, Beatrice L., "Gerencia de hospitales – Organización y funciones de sus departamentos", Ed. Díaz de Santos, ps. 41 y ss.

(62) Los deportistas actuales se depilan las piernas, se raspan al caerse y se infectan.

(63) IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal", Junín, PBA, octubre 1994. Comisión II, Bueres – Goldenberg – Zago – Alterini, A. – López Cabana – Gesualdi – Compagnucci de Caso – Juanes – Lloveras de Resk – Pizarro – Vallespinos – Vázquez Ferreyra, etc.

recurso de las presunciones *hominis* no importa una derogación del régimen de la carga de la prueba, pues es el actor quien debe poner los datos fácticos para que los magistrados, basados en el criterio de probabilidad, extraigan por deducción empírica una culpa de manera indirecta" **(64)**.

Independientemente que la jurisprudencia nacional no sea pacífica en cuanto a las consideraciones de la naturaleza de la obligación de indemnidad corporal de los pacientes que asume el establecimiento médico, en materia de IIH, parecería que el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia que se aplica para determinar la imputación subjetiva de los establecimientos sanitarios, frente a daños sufridos por personas por IIH exógenas, es el que resulta más adecuado a los fines de la justicia que se entiende debe ser distribuida **(65)**.

En resumen, y habida cuenta de la reiterada jurisprudencia en casos similares, la doctrina de los autores respecto de la *obligación tácita de seguridad*, y *también* la opinión de los expertos *infectólogos*, ¿las instituciones médicas no tendrían la oportunidad de exonerar su responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de vigilancia y seguridad resultado, aunque alcanzaran a demostrar su diligencia (obligación de medios de la clínica) por poder probar la adopción de medidas de seguridad, y demostrar también la existencia de políticas y procedimientos de cumplimiento (barreras/defensas) de las normas y estándares dictados por sociedades médicas científicas, es decir poder probar su diligencia?

¿Tampoco alcanzará con probar la aplicación de las normas de bioseguridad, el cumplimiento de los decretos y resoluciones tanto municipales, cuanto provinciales y nacionales, donde figuren las recomendaciones acerca del lavado de manos de todo el personal, la utilización de antisépticos y desinfectantes, de la correcta higiene hospitalaria, del cumplimiento de las precauciones universales con sangre y fluidos corporales, o en la curación de heridas, o cuidados de catéteres intravasculares, urinarios y otros, o el manejo de secreciones respiratorias, la existencia y cumplimiento de las normas para la limpieza y esterilización de quirófanos, el cumplimiento de las responsabilidades de los anestesistas y cirujanos y de todo el *equipo de salud* y obviamente, documentarlo en los libros adecuados como lo indican las resoluciones ministeriales, llevados por personal del establecimiento asistencial suficientemente idóneo o especializado, y controlar su cumplimiento?

No, podrá probarse solo y exclusivamente, verificando y registrando, también personal médico y/o paramédico del establecimiento, que el paciente estaba infectado (colonizado) o no, previo *al ingreso* a la institución sanitaria. Es decir que, ya sea un acto médico programado o uno de urgencia, el paciente, antes de ser atendido por su patología, deberá ser estudiado (pancolonizado) para saber si —según el propio término utilizado por la jurisprudencia y ratificado por los peritos— el paciente no estaba infectado o contagiado.

Por consiguiente, y de acuerdo con el criterio jurisprudencial utilizado en "Andino Flores", todo el riesgo de las infecciones hospitalarias se encontraría bajo la responsabilidad de los actores individuales del sistema de asistencia médica, tanto público cuanto privado, esto es por intermedio de los facultativos y técnicos del cuerpo médico, quienes al incumplir con su obligación principal de prestar asistencia médica, harían caer al establecimiento médico en el incumplimiento de la obligación tácita de seguridad.

Adviértase, sin embargo —y esto debería ser explicado por los señores peritos médicos de oficio o del cuerpo médico, o de la sociedad médica científica que corresponda, que en la realidad el funcionamiento del sistema abierto de salud—, no procede así.

No habrá financiadores que quieran hacerse cargo, de rutina, del costo de una pancolonización, al menos en la Argentina.

Ahora bien, en todo caso, en esta problemática, también deberían estar incluidos los financiadores, del sistema, teniendo en cuenta que, poco importa al juzgador probar que se trata de una causa extraña y que, por otra, que el riesgo de contraer una infección es a veces el precio que

(64) CNCiv., sala D, 17/08/2001, "Inzerilli, Daniel R. y otros c. Hospital Británico y otros s/ daños y perjuicios".

(65) CALVO COSTA, Carlos A., ob. cit., p. 286.

se debe pagar para salvar una vida: deberían estar incluidos los financiadores, obras sociales, empresas de medicina prepaga, porque para dar cumplimiento a lo que la jurisprudencia y la doctrina han imaginado como la solución al entuerto, es necesario que el *gasto* que ello irrogue, sea reconocido por el sistema. Y esto no ocurre.

No obstante, un reciente fallo expresa: "No corresponde asignarle un factor de responsabilidad objetivo el ente hospitalario frente al caso de infecciones intrahospitalarias, toda vez que resultaría prácticamente imposible eliminar el álea existente en materia de infecciones **(66)**, teniendo en cuenta que, en gran cantidad de casos, su contracción no obedece a cuestiones de falta de asepsia sino a razones externas o a procesos naturales que se desenvuelven dentro de la entidad hospitalaria y que son difíciles de controlar por esta, pudiendo en consecuencia el nosocomio eximirse de responder, siempre que acredite fehacientemente el carácter irresistible de la infección o haber obrado con extrema diligencia y aun así no haber podido razonablemente impedir la específica sepsis contraída por el paciente, habiéndose determinado en el caso de autos —mediante el dictamen pericial correspondiente— que tanto la intervención quirúrgica, procedimientos postoperatorios y los tratamientos efectuados en el caso fueron los adecuados" **(67)**.

Pese a las bondades de la doctrina de este fallo, siempre se piensa en que "son cosas que pasan dentro de la institución", "a razones externas" y hasta incluso al eufemismo "procesos naturales" y no que son procesos ocurridos dentro de los pacientes. Los dueños de las bacterias.

Incluso también, por otro lado, otra jurisprudencia ha encontrado responsable en el año 2010, al establecimiento sanitario por la infección intrahospitalaria contraída por la paciente "con fundamento en la ley 24.240" (de Defensa del Consumidor) que dispone que los servicios deben ser prestado de modo tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguna para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios **(68)**. Agrega este fallo de 2010, citando una jurisprudencia de 1994, que "la responsabilidad de los establecimientos existe, aun cuando resulte imposible (para la ciencia) llevar a cero la posibilidad de su contagio y cualquiera sea el fundamento de tal responsabilidad **(69)**, o bien, *a pesar* de que no hubiese habido descuido de las normas de prevención".

Paradójicamente un fallo de 1991 manifestaba: "Tanto la iatrogenia como la infección nosocomial constituyen hechos imprevisibles en la problemática del riesgo terapéutico o quirúrgico, y ni en los más avezados centros hospitalarios del mundo ha sido posible erradicar la irrupción de infecciones que, por lo general libran de culpa al médico y al establecimiento asistencial, debido a que el daño suele ser de naturaleza endógena, es decir originado en el propio enfermo" **(70)**.

Como puede observarse, la jurisprudencia todavía en esta área resulta pendulante **(71)**.

Sombrío panorama para las instituciones médicas y los aseguradores del riesgo de responsabilidad civil profesional médica presagiamos, si para este flagelo mundial no se busca una solución técnica, tanto desde el Estado, cuanto, desde la doctrina de los autores, el Poder Judicial y la comunidad médica, acorde con la realidad de nuestra región y de la medicina asistencial.

---

(66) El resaltado no es del texto del fallo.

(67) CNCiv., sala A, 04/02/2011, "Scolnik, Eugenia c. Clínica Bazterrica y otros s/ daños y perjuicios", con comentario de MENEGHINI, Roberto en *APM, Argentina Praxis Médica*, año V, nro. 31, nov./dic. 2011.

(68) CNCiv. y Com. Fed., sala III, 21/12/2010, "R. A. c. Estado Nacional-Fuerza Aérea Argentina", JA del 15/06/2011, fasc. 11, p. 57.

(69) CNCiv., sala E, 20/10/1994, "Maciel, Amanda E. c. Sociedad Italiana de Beneficencia de Bs. As. s/ daños y perjuicios".

(70) CNCrim. y Corecc., sala IV, 29/10/1991, "Metral, Rodolfo E.", LA LEY, 1992-D, 284 con nota de Jorge Daniel LÓPEZ BOLADO, DJ 1992-2-702, LA LEY, 1992-D, 283.

(71) CNCiv., sala L, 24/09/2008, "Palucci, María c. Rueda, Enrique C y otro"; sala M, "Recamato de Mina", ya citado; sala M, 09/03/2010, "Santillán, María Rosa c. Hospital Ramón Carrillo y otros"; sala L, 22/12/2009, "Villegas, Felisa L. c. Gob. Cdad. de Buenos Aires"; sala E, "Barragán, Pablo D. c. Policlínica de Medicina y Cirugía y otros", LA LEY, 1998-A, 39; sala A, 24/05/2004, "Guiñazú, María H. c. UBA (Hospital de Clínicas José de San Martín)", RCyS, 2005-1-113; sala D, 16/04/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia y Traumatología", RCyS, 2002-351, con nota de Roberto VÁZQUEZ FERREYRA, etc.

Tal vez un camino, sea incluir en el pre quirúrgico o en los consentimientos informados para cirugías, ya sean programadas o de urgencia, la necesidad previa de investigación de la flora bacteriana del paciente, acerca de con qué tipos de bacterias el paciente se encuentra colonizado, describirlas en el documento, comunicarlas al paciente, e informarle de las posibilidades tantos de las ISQ por ellas, o de las IACS como consecuencia de ellas, y de esa forma ya no quedará librada la institución a que se considere que todas las ISQ son de su responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de vigilancia y seguridad resultado. Eso sí, también habrá que informar el tiempo que lleva un cultivo, su costo, y tal vez quedar así la institución sanitaria liberada de su responsabilidad en las situaciones de urgencia. Tal vez de esos mayores costos, deba hacerse cargo el Estado Nacional.

La doctrina "Campillay" como causa de justificación del daño y la atribución del contenido de la información a la fuente pertinente en la jurisprudencia de la Corte Federal

Agustín Rugna (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Origen de la doctrina "Campillay" en la jurisprudencia de la Corte Federal.— III. La atribución de la noticia a una fuente como requisito para la aplicación de la doctrina "Campillay".— IV. No hay obligación de verificar la verdad de los dichos de la fuente, ni de tener que realizar complejas investigaciones para determinar el carácter dañoso de lo que terceros requieran publicar.— V. La doctrina "Campillay" y el secreto de las fuentes de información periodística reconocido en el art. 43 de la CN.— VI. Carácter público o privado de la fuente.— VII. La fuente anónima y la doctrina "Campillay".— VIII. Objeto y materia de la expresión.— IX. Conclusiones.

I. Introducción

La CS ha establecido criterios jurisprudenciales de interpretación, que sirven como referencia y deben tenerse en cuenta al momento de resolver conflictos, que pueden surgir cuando con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión se lesionan derechos de la personalidad.

Uno de esos criterios es el que resulta del precedente "Campillay", vinculado con el presupuesto antijuridicidad **(1)**, y ubicado por la doctrina y la jurisprudencia dentro del ámbito de las causas de justificación **(2)**.

(*) Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Especialista en Derecho de Daños (Universidad Nacional del Litoral). Profesor ordinario (JTP) de Derecho Civil III (Universidad Nacional de San Juan).

(1) CSJN, "Acuña, Carlos Manuel Ramón", 10/12/1996, Fallos: 319:2965, La Ley Online, consids. 8° y 10 del voto mayoritario suscripto por los jueces Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert; CSJN, "I., J. C. H. c. Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios", 05/08/2014, La Ley 2014-E, 307, consid. 6° del voto mayoritario suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda; IBARLUCÍA, Emilio A., "Nuevas precisiones sobre las reglas de las doctrinas "Campillay" y de la real malicia", La Ley 2008-F, 304; IBARLUCÍA, Emilio A., "La libertad de expresión y los derechos personalísimos", Sup. Const. 2012 (agosto), 36 — La Ley 2012-D, 562; IBARLUCÍA, Emilio A., "La doctrina de la real malicia y el derecho de rectificación y respuesta en un fallo de la Corte Suprema", La Ley 12/11/2014, 9 - La Ley 2014-F, 219; RACIMO, Fernando M., "El marco redaccional en el estándar "Campillay". Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros", ED 213-852.

(2) CSJN, "Bruno, Arnaldo L. c. La Nación S.A.", 23/08/2001, Fallos: 324:2419, La Ley 24/09/2001, 4 - La Ley 2001-E, 644 - DJ 2001-3, 166 - Sup. Const. 19/10/2001, 23 - La Ley 2001-F, 237 - ED 20/12/2001, 19 - ED 195 - Sup. Const. 2002 (febrero), 6 - La Ley 2002-B, 71 - JA 27/02/2002, 83 - JA 2002-I, 409 - RU

Si bien todo lo referido al estándar surgido de dicho precedente es de gran interés, por razones de espacio centraremos nuestra atención en uno de los requisitos necesarios para su aplicación, cual es el de la atribución del contenido de la información a la fuente pertinente, y a las cuestiones que en torno a él se plantean. Finalmente, formularemos una conclusión.

II. Origen de la doctrina "Campillay" en la jurisprudencia de la Corte Federal

Esta doctrina emanó del fallo dictado por la CS en el caso "Campillay" **(3)**, del cual toma su nombre.

Los antecedentes del caso eran los siguientes: los periódicos demandados, SA *La razón* y *Diario popular*, que habían sido condenados en sede civil a resarcir el daño moral causado al actor a raíz de la publicación de una noticia errónea que lo involucraba en la perpetración de diversos delitos, respecto de los cuales fue sobreseído definitivamente en sede penal, dedujeron recursos extraordinarios ante la Corte Federal.

Los recurrentes sostuvieron que al circunscribirse el artículo periodístico cuestionado a la transcripción de un comunicado de la Policía Federal, la exigencia impuesta en la sentencia de verificar la veracidad de su contenido con carácter previo a su difusión, y cuya omisión constituía la causa de atribución de responsabilidad, implicaba una indebida restricción a la libertad de prensa y de información, al imposibilitar de hecho el correcto cumplimiento de la tarea periodística tal como se desenvuelve en los tiempos actuales.

El Alto Tribunal, que finalmente confirmó el fallo impugnado, señaló que las noticias aparecían plagadas de subjetividades e inexactitudes respecto del actor, quien fue calificado como integrante de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, que gastaba su botín en casinos, hipódromos y en diversiones con mujeres. "Tal proceder de los diarios demandados —dijeron en el consid. 7° los jueces Belluscio, Petracchi y Bacqué en el voto mayoritario—, implicó un ejercicio imprudente de su derecho de informar, toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas —admitida aún la imposibilidad práctica de verificar su exactitud— imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito, como bien lo señaló el *a quo*".

Y haciendo aplicación de tales principios concluyó que si bien las publicaciones se habían limitado a transcribir prácticamente el comunicado policial, ello no excusaba de responsabilidad

2002-2, 20 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Director: Julio César RIVERA, 53 con nota de Julio César RIVERA (h.), consid. 17 del voto concurrente de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez y consid. 19 del voto concurrente de los jueces Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert; BIANCHI, Enrique Tomás — GULLCO, Hernán Víctor, "El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros", ps. 124/125, Buenos Aires, Librería Editora Platense SRL, 1997; DIEGUES, Jorge Alberto, "La libertad de expresión, el certiorari y la doctrina "Campillay"", La Ley 2006-F, 23; IBARLUCÍA, Emilio A., "Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional", La Ley 28/12/2011, 1 - La Ley 2012-A, 561; LARRONDO, Manuel, "Libertad de expresión y derechos personalísimos: consideraciones acerca de la doctrina "Campillay" y "Real Malicia"", La Ley 04/10/2010, 8 - La Ley 2010-E, 467; PENDINI, María Agustina, "Responsabilidad civil de los medios de comunicación. Doctrina "Campillay" y de la "real malicia". Criterio del TSJ Cba.", LLC 2014 (mayo), 351; PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes", 2° edición actualizada y ampliada, p. 306, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999; PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad de los medios de prensa. Acerca de la denominada doctrina "Campillay"", La Ley 1998-D, 1306 — Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 593; PIZARRO, Ramón D., "Derechos personalísimos y medios masivos de comunicación en los confines del tercer milenio: equilibrio en crisis. Esquemas agotados. Necesidad de repensar las respuestas jurídicas", JA 80° Aniversario 1998-366; RIVERA, Julio César (h.), "La doctrina "Campillay" en un nuevo fallo de la Corte Suprema", La Ley 2002-B, 70; RIVERA, Julio César (h.), "La responsabilidad de la prensa: de "Campillay" a "Bruno"", Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César RIVERA - Ed. LA LEY, 2003, 47; TOBÍAS, José W., "Derechos personalísimos y libertad de información", La Ley 17/12/2007, 1 - La Ley 2008-A, 620; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", 1° edición, T° IV, p. 238, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004.

(3) CSJN, "Campillay, Julio C. c. La Razón y otros", 15/05/1986, Fallos: 308:789, La Ley 1986-C, 411. La mayoría, que votó por la confirmación de la sentencia apelada, estuvo integrada por los jueces Belluscio, Petracchi y Bacqué. Los jueces Caballero y Fayt votaron en disidencia, pronunciándose ambos por la revocación de la sentencia apelada y el rechazo de la demanda.

a los editores involucrados "toda vez que estos hicieron 'suyas' las afirmaciones contenidas en aquel, dándolas por inexcusablemente ciertas, pese a que un prudente examen de tal memorándum evidenciaba que la versión respectiva daba cuenta de que el actor no había sido oído ni juzgado por la autoridad judicial interviniente, la que concluyó, a la postre, con un sobreseimiento definitivo a su respecto" (consid. 8° del voto de la mayoría).

Nació así la denominada doctrina "Campillay", aplicable tanto al ámbito civil como penal **(4)**, conf. la cual cuando un órgano periodístico difunda una información que puede rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo: a) atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente; b) utilizando un tiempo de verbo potencial; o c) dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito.

La Corte fijó en este caso pautas objetivas que deben ser observadas para que los medios se eximan de responsabilidad. Para que ello suceda no es necesario que concurran al mismo tiempo todas las directivas establecidas en el precedente "Campillay", sino que operan en forma autónoma, es decir basta ajustarse a una de ellas para que quede privada de antijuridicidad su conducta **(5)**.

En tal caso, la actividad del medio de comunicación social constituirá el ejercicio legítimo y regular del derecho a la libre expresión, obrando

(4) CSJN, "Acuña, Carlos Manuel Ramón", 10/12/1996, Fallos: 319:2965, La Ley Online, consid. 10 del voto mayoritario suscripto por los jueces Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert, dijo: "En efecto, la doctrina elaborada por la Corte no puede ser considerada de naturaleza 'civil' o 'penal': ella debe ser aplicada a cualquier tipo de proceso pues está destinada a establecer un ámbito lo suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión. La invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella priva de antijuridicidad a la conducta, razón por la cual el principio juega tanto en el ámbito de responsabilidad civil como en el penal"; CSJN, "Menem, Eduardo c. Sanz, Tomás M. y otros", 20/10/1998, Fallos: 321:2848, La Ley 1998-F, 617, consid. 11 del voto en disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, quienes a lo expuesto añadieron: "De otro modo se daría al ordenamiento jurídico una inteligencia contraria al 'postulado de unidad del derecho', criterio de interpretación que impone la expresión de un sistema jurídico carente de contradicciones"; CSJN, "I., J. C. H. c. Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios", 05/08/2014, La Ley 2014-E, 307, consid. 6° del voto mayoritario suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda; CSJN, "García, Stella Marys y otro c. Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios", 03/12/2019, Cita Online: AR/JUR/46070/2019 - RCyS 2020-II, 102, consid. 15 del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco; ANCAROLA, Gerardo, "Libertad de prensa: sugestivo fallo de la Corte Suprema, que deja un final abierto", La Ley 2003-C, 242 — RU 2003-3, 24 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 615; ANCAROLA, Gerardo, "En otro fallo sobre libertad de prensa Practicidad y congruencia - Comentario breve", ED 172-459; BIANCHI, Enrique Tomás, "La doctrina "Campillay" — (O la noticia que reproduce lo expresado por otro)", La Ley 1997-B, 1283 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 565; COSSARI, Maximiliano N. G., "Daños por reproducción de información inexacta en la prensa", La Ley 29/07/2015, 9; PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad de los medios de prensa. Acerca de la denominada doctrina "Campillay"", La Ley 1998-D, 1306 — Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 593; RIVERA, Julio César (h.), "La doctrina "Campillay" en un nuevo fallo de la Corte Suprema", La Ley 2002-B, 70.

(5) CSJN, "Bruno, Arnaldo L. c. La Nación S.A.", 23/08/2001, Fallos: 324:2419, La Ley 24/09/2001, 4 - La Ley 2001-E, 644 - DJ 2001-3, 166 - Sup. Const. 19/10/2001, 23 - La Ley 2001-F, 237 - ED 20/12/2001, 19 - ED 195 - Sup. Const. 2002 (febrero), 6 - La Ley 2002-B, 71 - JA 27/02/2002, 83 - JA 2002-I, 409 - RU 2002-2, 20 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Director: Julio César Rivera, 53 con nota de Julio César Rivera (h.), consid. 13 del voto concurrente de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez y consid. 13 del voto concurrente de los jueces Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert; CSJN, "Melo, Leopoldo Felipe y otros c. Majul, Luis Miguel s/daños y perjuicios", 13/12/2011, RCyS 2012-I, 61 — La Ley 28/12/2011, 11, consid. 12 del voto de la mayoría suscripto por los jueces Fayt, Petracchi y Argibay, consid. 13 del voto de la jueza Highton de Nolasco y consid. 12 del voto de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni; COSSARI, Maximiliano N. G., "Daños por reproducción de información inexacta en la prensa", La Ley 29/07/2015, 9; IBARLUCÍA, Emilio A., "Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional", La Ley 28/12/2011, 1 - La Ley 2012-A, 561; IBARLUCÍA, Emilio A., "El daño en la responsabilidad de los medios de prensa", La Ley 11/02/2020, 6; RIVERA, Julio César (h.), "La evolución de la doctrina "Campillay" en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores", DFyP 2010 (septiembre), 219; SABSAY, Daniel Alberto, "El caso Fontevecchhia y D'Amico vs. Argentina en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", DFyP 2012 (abril), 268; VENTURA, Adrián, "Prensa: La Corte, las fuentes y el art. 43 de la CN", La Ley 2001-E, 642; VENTURA, Adrián, "Evolución del concepto de libertad de expresión a través de los fallos de la Corte", Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto SABSAY, Ed. LA LEY 2005, 413.

como una causa de justificación y en consecuencia no será responsable.

Su fundamento, conforme lo expuesto por la Corte Federal, es garantizar la libertad de expresión y evitar convertir al medio en un censor, con todas las consecuencias negativas que esto último implica. Lo explicó en los siguientes términos: "El fundamento principal de la doctrina radica en que, en temas de relevancia pública parece prioritario que todas las voces sean escuchadas, para que se acreciente y robustezca el debate propio de un sistema democrático. Si el informador pudiera ser responsabilizado por el mero hecho de la reproducción del decir ajeno —supuestamente lesivo de terceros— es claro que se convertiría en un temeroso filtrador y sopesador de la información, más que su canal desinhibido. Ello restringiría la información recibida por la gente y, al mismo tiempo, emplazaría al que informa en un impropio papel de censor" **(6)**.

Soluciones similares encontramos en la jurisprudencia extranjera, como el Tribunal Constitucional de España **(7)**.

III. La atribución de la noticia a una fuente como requisito para la aplicación de la doctrina "Campillay"

A partir del precedente "Campillay" el Alto Tribunal desarrolló una doctrina según la cual, en determinadas condiciones, la reproducción de los dichos de otro no trae aparejada responsabilidad civil ni penal cuando se haya atribuido el contenido de la información a la fuente pertinente.

Como lo ha explicado dicho tribunal, la finalidad del requisito de la atribución de la noticia a una fuente es que "...se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. También los propios aludidos resultan beneficiados, en la medida en que sus eventuales reclamos —si a ellos se creyeran con derecho—, podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que solo fueron sus canales de difusión" **(8)**.

El examen de este requisito lo haremos a través del estudio de los siguientes puntos.

III.1. Fuente. Concepto

Desde el nacimiento de la doctrina en el caso "Campillay" la Corte, invariablemente, ha señalado que uno de los requisitos a observar por quien pretenda ampararse en ella es el de propalar la información atribuyendo directamente su contenido a una fuente pertinente. Si no se lo hace, la noticia se considerará propia de quien la emite.

El diccionario de la Real Academia Española, entre sus diversas acepciones, define a la fuente de información del siguiente modo: "Confidencias, declaraciones o documentos que sirven de base para la elaboración de una noticia o reportaje periodístico"; quedando comprendida en tal definición las "[p]ersonas que emiten esas declaraciones" **(9)**.

(6) CSJN, "D., J. E. c. Ed. Chaco S.A. y otro", 09/11/2010, Fallos: 333:2079, La Ley 06/12/2010, 11 - La Ley 01/03/2011, 6 - DJ 06/04/2011, 13 - La Ley 2011-B, 5, consid. 8° del voto de la mayoría suscripto por los jueces Petracchi, Zaffaroni y Argibay; CSJN, "I., J. C. H. c. Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios", 05/08/2014, La Ley 2014-E, 307, consid. 6° del voto de la mayoría suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda.

(7) Tribunal Constitucional de España, Sala 1, 15/02/1994, Sentencia 41/1994, La Ley Online. Consideró que en el caso había reportaje neutral. Sostuvo que "al tratarse de un reportaje en el que el medio se ha limitado a transcribir con fidelidad unas declaraciones externas a él, no es posible calificar al medio mismo de 'autor de la noticia,' de ahí que no sea posible en este caso, como se deduce del art. 9 L.O. 1/1982, de desarrollo de derecho al honor, e integrante del llamado 'bloque de constitucionalidad,' imputarle responsabilidades por la autoría de 'noticias' que no le son atribuibles".

(8) CSJN, "Granada, Jorge H. c. Diarios y Noticias S.A.", 26/10/1993, Fallos: 316:2394, La Ley 1994-A, 239 — DJ 1994-1, 627, consid. 6° del voto mayoritario suscripto por los jueces Belluscio, Cavagna Martínez, Nazareno, Moliné O´Connor y Petracchi; CSJN, 05/08/2014, "I., J. C. H. c. Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios", La Ley 2014-E, 307, consid. 6° del voto mayoritario suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda; CSJN, "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios", 20/10/2015, La Ley 16/11/2015, 9, consid. 10 del fallo suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

(9) Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo I, pág. 1095, Madrid, España, Ed. Espasa Calpe S.A., 2001.

Por su parte, la doctrina enseña que fuente de información: "Es quien genera la expresión que luego el informador tomará. También puede entenderse por 'fuente' la propia expresión producida. Así 'fuente' será no solo 'X' (que dijo tal cosa), sino lo dicho por 'X'" **(10)**.

Ahora bien, para que pueda aplicarse el estándar debe haber un informador que reproduzca la información emitida por la fuente, debiendo observar una serie de requisitos.

III.2. Requisitos que observar por el informador al reproducir la información emitida por la fuente

La doctrina "Campillay" fue reafirmada por la Corte Federal en casos posteriores, en los que precisó los requisitos a observar por el informador al reproducir la información emitida por la fuente. Mencionamos los siguientes.

III.2.a. Atribución sincera de la noticia a una fuente identificable y transcripción sustancialmente fiel de lo manifestado por aquella

Tales requisitos resultan de tres casos resueltos por la Corte, que revisten especial trascendencia en la evolución de la doctrina.

- El caso "Granada" **(11)**

El Alto Tribunal, en el voto de la mayoría suscripto por los jueces Belluscio, Cavagna Martínez, Nazareno, Moliné O'Connor y Petracchi, dijo que como se infiere de la doctrina "Campillay", todo medio es responsable —si se dieran los restantes requisitos— de la falsedad sustancial de una noticia expuesta asertivamente y como propia, que afecte la reputación de una persona. No asumirá esa responsabilidad —expresó— cuando utilice un tiempo de verbo potencial, ya que faltaría el carácter asertivo; o cuando omite la identidad de los implicados, puesto que estaría ausente la afectación señalada; o —aquí es donde hizo la aclaración— "cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente, dado que aquella dejaría de ser propia del medio" (consid. 6°).

- El caso "Triacca" **(12)**

A comienzos de mayo de 1987 la agencia "Diarios y Noticias" (DYN) difundió un despacho en el que se mencionaba la detención de un ciudadano argentino en la República del Paraguay, originada en un pedido de extradición formulado por la justicia argentina y ante la cual el detenido estaba acusado del asesinato de una persona relacionada, al momento del hecho, con el dirigente sindical Alberto J. Triacca. El despacho hacía referencia a declaraciones efectuadas en sede penal por la viuda de la víctima y en las que se aludía al Sr. Triacca. El comunicado fue transcripto parcialmente por varios periódicos de la Capital Federal. El Sr. Triacca promovió demanda de daños y perjuicios contra los diarios *La razón* y *La Nación* y la agencia "Diarios y Noticias", afirmando que el comunicado en cuestión le imputaba falsamente su participación en un homicidio y en el tráfico de estupefacientes, pretendiendo descalificar públicamente su figura. La CNCiv., Sala C, revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda y condenó a "Diarios y Noticias" a resarcir daños al actor. Contra ese pronunciamiento la demandada dedujo recurso extraordinario. La Corte revocó el fallo y rechazó la demanda, precisando en el consid. 11 del voto mayoritario, suscripto por los jueces Boggiano, Barra, Nazareno, Levene (h) y Moliné O´Connor, —en lo que a la fuente se refiere— que la doctrina del precedente "Campillay" exige que, "para obtener la exención de responsabilidad del informador, este atribuya directamente la noticia a una fuente identificable y que transcriba en forma sustancialmente fiel lo manifestado por aquella".

Tras afirmar que dichos requisitos fueron cumplidos ampliamente por la demandada, en el consid. 12 destacó además lo siguiente: a) que tal como dijo en "Costa", "la protección del honor de personalidades públicas —como el actor— debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en comparación con la que se brinda a los simples particulares"; b) que no surge de la doctrina de la Corte en "Campillay" que junto

(10) BIANCHI, Enrique Tomás — GULLCO, Hernán Víctor, "El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros", ob. cit., p. 96.

(11) CSJN, "Granada, Jorge H. c. Diarios y Noticias S.A.", 26/10/1993, Fallos: 316:2394, La Ley 1994-A, 239 — DJ 1994-1, 627.

(12) CSJN, "Triacca, Alberto J. c. Diario La Razón y otros", 26/10/1993, Fallos: 316:2416, La Ley 1994-A, 246.

con la publicación de la declaración de la viuda, la agencia de noticias tuviera la obligación de reproducir las posteriores de Triacca respecto del asunto; y c) que el deber esencial en "Campillay" es la fidelidad a la fuente y no el de difundir todas las posibles repercusiones y desmentidas motivadas por aquella.

- El caso "Espinosa" **(13)**

En este caso la Corte, con relación a la doctrina del precedente "Campillay", tras reiterar lo expuesto en casos anteriores, sostuvo en el consid. 9°: "Que, más allá de la cuestión de si un cable de una agencia noticiosa pueda ser equiparado a la 'fuente' de los casos 'Campillay' y 'Triacca', resulta claro que la demandada no se ajustó a los requisitos establecidos por la reseñada doctrina judicial". Destacó que ello era así ya que esa parte reprodujo en forma asertiva y como título de la noticia ("El Súper Pibe asaltaba con un arma de juguete"), lo que en el texto del cable fue difundido —en modo potencial— como declaraciones del sujeto detenido ("portando en su cintura una pistola de plástico con la cual, según declararía, asaltó a varios transeúntes"). Expresó: "Esa afirmación significó una clara imputación delictiva, propia del diario, que no ha sido en modo alguno demostrada". Añadió que la demandada tampoco cumplió con otro de los requisitos establecidos en la citada doctrina jurisprudencial, "toda vez que la publicación en juego no hizo mención del cable invocado, ni de ninguna otra fuente". Concluyó: "En suma, la noticia fue propalada por el diario como propia, y dio por inexcusablemente cierto que el actor 'asaltaba con un arma de juguete', circunstancia esta última que no ha sido acreditada ni siquiera mínimamente. Luego, la conducta resultó claramente antijurídica".

Así, en estos tres fallos la Corte aclaró que para eximirse de responsabilidad no le basta al informador con atribuir la noticia a una fuente, sino que esa atribución debe ser sincera. Precisó además que es menester que el informador atribuya directamente la noticia a una fuente identificable y que se trate de una transcripción sustancialmente fiel de lo manifestado por aquella.

Hizo alusión a estos requisitos en casos posteriores, como "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios" **(14)**; "García, Stella Marys y otro c. Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios" **(15)**; y "Martín, Edgardo H. c. Telearte SA y otros s/ daños y perjuicios", fallo este último en el que consideró que la demandada no podía eximirse de responsabilidad a la luz de la doctrina "Campillay", entre otras cosas, por haber constituido la atribución realizada una mera referencia genérica e indeterminada **(16)**.

(13) CSJN, "Espinosa, Pedro Francisco c. Herrera de Noble, Ernestina y otros", 27/10/1994, Fallos: 317:1448.

(14) CSJN, "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios", 20/10/2015, La Ley 16/11/2015, 9, consid. 10 del fallo suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda: "Por otro lado, la razón que justifica la privación de antijuridicidad a la conducta de quien reproduce una expresión agraviante -conformada en este caso por imágenes y textos- realizada por un tercero identificado, radica en que esa reproducción sea fiel y sincera, sin que resulte relevante a tal efecto si el perjuicio se origina por una información inexacta o por juicios de valor que, según los estándares de esta Corte, pudieran merecer reproche constitucional".

(15) CSJN, "García, Stella Marys y otro c. Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios", 03/12/2019, - Cita Online: AR/JUR/46070/2019 - RCyS 2020-II, 102, consid. 13 del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco y consid. 11 del voto del juez Rosatti.

(16) CSJN, "Martín, Edgardo H. c. Telearte SA y otros s/ daños y perjuicios", 03/10/2017, Cita Online: AR/JUR/69296/2017 - La Ley 23/10/2017, 9 - La Ley 2017-E, 576 - Sup. Const- 2017 (octubre), 11 - La Ley 2017-E, 654 - La Ley 14/11/2017, 5 - La Ley 2017-F, 141 - RCyS 2017-XII, 89 - La Ley 04/12/2017, 12 SJA 27/12/2017, 44 - JA 2017-IV, 237, consid. 6° del voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosenkrantz y Rosatti: "Que en estos autos la parte recurrente no ha logrado acreditar la existencia de ninguna de las circunstancias eximentes de responsabilidad que fija la doctrina 'Campillay'. Por un lado, las afirmaciones de la señora Melgarejo no fueron atribuidas a fuente alguna y, por el otro, las vertidas por el señor Fernández no satisfacen los requisitos exigidos por esta Corte para que opere la eximente en análisis. (...) En efecto, las afirmaciones según las cuales el señor E. M. —actor en autos— era el autor de la muerte de N. F. y, a la vez, el amante de la madre de la joven, fueron difundidas por el señor Fernández como originadas en 'alguien' que, en lugar indeterminado y a las dos de la mañana del día anterior, habría respondido a la pregunta '¿quién fue?'. La atribución realizada por el señor Fernández constituye una mera referencia genérica e indeterminada y, por ende, no opera como fuente en el sentido de la doctrina 'Campillay' (doctrina de Fallos: 316:2416; 326:4285; entre otros). (...) En el caso, no solo se trató de una atribución genérica e indeterminada —se atribuyó la información a 'alguien'— sino que, según surge del contexto, la información que 'alguien' habría proporcionado a las dos

La ausencia de fidelidad al efectuar la transmisión de lo expresado por otro, cualquiera sea la causa, obsta a la aplicación de la doctrina. Esto como "una consecuencia lógica de la regla que impone el ejercicio regular del derecho de informar como causa de justificación y una contrapartida necesaria de la protección calificada que se brinda al informador, que solo puede justificarse 'en la medida en que lo que este dice que el otro dijo haya sido dicho realmente'" **(17)**.

Esta carga —se ha expresado— supone la descripción detallada y precisa de los dichos de la fuente, para permitir que el Tribunal pueda verificar la reproducción fiel y sustancial de las manifestaciones emitidas por otros **(18)**.

III.2.b. Ausencia de elementos distintos a la reproducción de la noticia (reproducción realizada en forma neutral)

En el precedente "Menem, Eduardo", la Corte consideró el caso de cuando se dan elementos distintos a la reproducción de la noticia. Conf. lo allí resuelto, la reproducción de lo publicado por otro no puede ir acompañada de apostillas colocadas por el propio medio que repite la noticia. En tal supuesto, sostuvo: "es evidente que el informador que formula esas apostillas —que no son reproducción— se hace responsable de su contenido, quedando el supuesto lógicamente marginado de la doctrina esbozada a partir del caso 'Campillay'" **(19)**.

Por ello, ha dicho la doctrina: "La reproducción de lo dicho por la fuente debe realizarse de forma neutral; o sea, sin tomar partido y sin agregarle fuerza de convicción que pudiera emanar de la propia opinión del medio de prensa..." **(20)**.

En este sentido, la Corte en el caso "K. de C., A. R. c. L., J. s/ daños y perjuicios" señaló: "El estándar derivado de la sentencia dictada en 'Campillay', en cambio, protege a quien, al difundir una noticia individualizando su fuente, 'no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción'" **(21)**.

De igual modo ha resuelto el Tribunal Supremo de España **(22)**.

IV. No hay obligación de verificar la verdad de los dichos de la fuente, ni de tener que realizar complejas investigaciones para determinar el carácter dañoso de lo que terceros requieran publicar

En el caso "Ramos" la Corte Federal destacó el carácter fuertemente tutelar de la doctrina esta-

---

de la mañana fue hecha propia por el periodista (Fallos: 308:789, consid. 8°)".

(17) PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes", ob. cit., ps. 310/311.

(18) CSJN, "S., L. E. c. Diario "El Sol"", 28/08/2007, Fallos: 330:3685, La Ley 2007-E, 609 - DJ 2007-III, 325, consid. 18 del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni.

(19) CSJN, "Menem, Eduardo c. Sanz, Tomás M. y otros", 20/10/1998, Fallos: 321:2848, La Ley 1998-F, 617, consid. 16 del voto de la mayoría suscripto por los jueces López, Vázquez, Boldu y Miguel.

(20) RIVERA, Julio César (h.), "La evolución de la doctrina "Campillay" en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores", DFyP 2010 (septiembre), 219; ZAVALA De GONZÁLEZ, Matilde, "Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad", 1° edición, t. 2, p. 241, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2011: "En virtud de la directiva conocida como 'reportaje fiel', la individualización de la fuente informativa no libera de responsabilidad cuando el órgano no se limita a transcribir con sustancial exactitud lo informado, sino que agrega opiniones o apostillas, mediante las cuales de alguna manera hace 'propio' lo expresado".

(21) CSJN, "K. de C., A. R. c. L., J. s/ daños y perjuicios", 30/09/2014, La Ley 12/11/2014, 9, del dictamen del Procurador General de la Nación al que remite la Corte.

(22) Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sentencia núm. 299/2011 de 5 de mayo c., 05/05/2011, RCyS 2011-XI, 302: "El tercer argumento exculpatorio utilizado en el recurso es el relativo a la neutralidad de la información. La doctrina del reportaje neutral opera cuando se expone de forma objetiva una información aportada por terceros (SS. 30 de junio de 2.006 (RJ 2006, 3979) y 1 de octubre de 2.008). Es preciso que se reproduzca lo que un tercero ha dicho o escrito, a modo de mero transmisor —transcripción exacta de lo manifestado por la fuente— y que se identifique —individualice o personifique en concreto— de quien partieron las manifestaciones vertidas por la fuente, (SS. 18 de febrero, 16 de octubre y 4 de diciembre de 2.009 y 8 de febrero de 2.010, entre otras), sin que quepa introducir valoraciones, comentarios, o glosas para aderezar con un matiz morboso el sensacionalismo de la noticia (SS. 30 de junio de 2.006, 21 de julio de 2.008 (RJ 2008, 4490), 15 de enero de 2.009 (RJ 2009, 1354) y 18 de febrero de 2.010). De conformidad con tal doctrina la alegación se desestima porque no ha habido una mera transmisión de la noticia, sino que se reelaboró la información mediante comentarios y juicios de valor que excluyen la neutralidad informativa".

blecida en "Campillay", "según la cual —dijo— se permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad civil con la sola cita de la fuente" **(23)**.

Fijó así postura respecto de la inexistencia de la obligación de verificar la verdad de los dichos de la fuente.

Luego, en el caso "Menen, Eduardo" sostuvo que, "...si quien se dispone a reproducir la información dada por otro cuenta con indicios racionales de que lo que va a difundir es falso, la mera cita de la fuente de información o la utilización del modo potencial de los verbos no alcanzan para descartar una conducta antijurídica. Por el contrario, la divulgación de noticias que conciernen a episodios sobre los cuales pesa un indicio vehemente de inexactitud o falsedad, obligan al informador a actuar equilibradamente, lo que en los hechos significa, ni más ni menos, que asumir el deber de reproducir la noticia con las aclaraciones necesarias relativas a la sospecha de inexactitud que pesa sobre ella, o bien abstenerse de difundir lo que, en las condiciones expuestas, no serían más que rumores o suposiciones. (...) Por cierto —agregó—, no se trata de exigir que se difundan todas las posibles repercusiones o desmentidas que pudieran existir sobre la materia informada, pues no es tal un deber que quepa ser inferido de la doctrina fijada en el caso 'Campillay', conf. lo destacó esta Corte en Fallos: 316:2416, consid. 12. Pero sí se trata propiamente de responsabilizar al informador que, contando con indicios sobre la falsedad de lo que se dispone a reproducir, obra con abstracción de ello, no indaga por sí mismo la veracidad de la información o se despreocupa de si es cierta o no, manifestando de tal manera su obrar doloso" **(24)**.

Se impuso así en este fallo una obligación al informador de verificar la veracidad de la información, lo que fue criticado por la doctrina **(25)**.

Años más tarde la Corte en el caso "Barreiro" abandonó la doctrina de "Menem, Eduardo", volviendo a la fijada en el caso "Ramos".

En este sentido, dijo: "Por otra parte, no existe en la nota periodística ninguna manifestación que permita suponer que el medio compartía tales dichos, ni tampoco hay elementos para imputarle que haya actuado con notable despreocupación sobre la veracidad de los mismos, pues parece evidente que cuando se individualiza la fuente, quien difunde la noticia no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción. De otro modo el ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la CN estaría sujeto a que la prensa constate previamente y de modo fehaciente la verdad de las manifestaciones de terceros que publica" **(26)**.

De igual modo resolvió en el caso "C., E. J. y otra c. Diario *El Día* Soc. Impr. Platense SACI": "Sobre

(23) CSJN, "Ramos, Juan J. c. LR3 Radio Belgrano y otros", 27/12/1996, Fallos: 319:3428, La Ley 1998-B, 299, consid. 8° del voto de la mayoría suscripto por los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert.

(24) CSJN, "Menem, Eduardo c. Sanz, Tomás M. y otros", 20/10/1998, Fallos: 321:2848, La Ley 1998-F, 617, consid. 16 del voto de la mayoría suscripto por los jueces López, Vázquez, Boldu y Miguel.

(25) ANCAROLA, Gerardo, "Libertad de prensa — Todo un retroceso", La Ley 1998-F, 615; ANCAROLA, Gerardo, "Un pronunciamiento con filosas aristas", La Ley 05/09/2006, 3 — La Ley 2006-E, 251; RIVERA, Julio César (h.), "La evolución de la doctrina "Campillay" en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores", DFyP 2010 (septiembre), 219: "Si bien de este fallo parece derivarse una obligación de verificar la veracidad de lo que dice la fuente, dicha obligación es manifiestamente incompatible con los precedentes de la Corte Suprema y con el espíritu de la doctrina 'Campillay'"; Ventura, Adrián, "Evolución del concepto de libertad de expresión a través de los fallos de la Corte", Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Daniel Alberto SABSAY, Ed. LA LEY 2005, 413. Afirma que en el caso "Menem, Eduardo" la Corte le introdujo a la doctrina una peligrosa variante, haciéndola más exigente: si hay indicios racionales de falsedad evidente de los datos transmitidos por la fuente, no le alcanza al medio de comunicación para eximirse de responsabilidad por la información que reproduce con cumplir las pautas fijadas en "Campillay", sino que debe además encarar una investigación propia o, de otro modo, abstenerse de publicar la información aun cuando tenga interés institucional.

(26) CSJN, "B., H. C. c. Fernández, Mario A. y otro", 14/10/2003, Fallos: 326:4123, RCyS 2004, 378 - La Ley 2004-A, 386 - DJ 2003-3, 890, del dictamen del Procurador General de la Nación al que la Corte se remite. El fallo fue suscripto por los jueces Belluscio, Petracchi, Boggiano, López, Vázquez y Maqueda.

el particular, corresponde poner de resalto que la simple reproducción de noticias proporcionadas para la difusión por las autoridades públicas, aun cuando sean falsas, no excede el ejercicio regular del derecho de crónica, pues la calidad de la fuente exonera a la prensa de indagar la veracidad de los hechos, y porque la previa averiguación de la noticia en tales supuestos limitaría ese derecho, estableciendo una verdadera restricción a la libertad de información, circunstancias estas que se configuran en el sub lite. Bien entendido, sin embargo, que ese derecho de información debe ejercitarse con prudencia y dentro de los límites objetivos, y no aparecer motivado por finalidades injuriosas o calumniosas" **(27)**.

Posteriormente, en el caso "Dalhgren" ratificó expresamente esta postura al expresar que el informador no tiene la obligación de verificar la verdad de lo informado, bastando con la sola cita de la fuente. Dijo: "La pretensión de que los responsables del medio investiguen la verdad o falsedad de lo aseverado en una carta de lectores contradice la jurisprudencia de esta Corte en la materia. Y se dijo en 'Ramos' (Fallos: 319:3428, consid. 8º), con referencia a la doctrina que reseñamos supra, que 'permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad civil con la sola cita de la fuente'" **(28)**.

Y luego también en "Romano Duffau, Gustavo César c. SA La Nación y Otros": "V.E. ha resaltado el carácter fuertemente tutelar de esta doctrina en la medida en que se permite al que suministra una información desinteresarse de la verdad o falsedad de ella y eximirse de responsabilidad con la sola cita de la fuente. (...) En tal sentido, no puede condenarse a un medio de prensa por la falsedad o inexactitud de la información suministrada por la fuente cuando ella es fielmente citada en la información, ya que en tal supuesto la falsedad o inexactitud de la noticia proviene de la fuente y no del medio" **(29)**.

Lo manifestado ulteriormente en esa línea en los casos "I., J. C. H. c. Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios" **(30)** y "García, Stella Marys y otro c. Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios" **(31)**, confirma lo expuesto y quita toda duda al respecto; habiendo sostenido en el caso "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios" que "no se condice con el ejercicio de la libertad de expresión imponer al editor de un medio periodístico la obligación de tener que realizar complejas investigaciones para determinar el carácter dañoso de los avisos que terceros le requieran publicar" **(32)**.

(27) CSJN, "C., E. J. y otra c. Diario "El Día" Soc. Impr. Platense SACI", 08/06/2010, La Ley 04/10/2010, 9, del dictamen de la Procuradora General de la Nación al que el voto de la mayoría de la Corte suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda se remite.

(28) CSJN, "D., J. E. c. Ed. Chaco S.A. y otro", 09/11/2010, Fallos: 333:2079, La Ley 06/12/2010, 11 - La Ley 01/03/2011, 6 - DJ 06/04/2011, 13 - La Ley 2011-B, 5, consid. 9° del voto de la mayoría suscripto por los jueces Petracchi, Zaffaroni y Argibay, consid. 9° del voto del juez Lorenzetti, consid. 13 del voto de la Dra. Highton de Nolasco y consid. 14 del voto del juez Maqueda; en igual sentido, CSJN, 13/12/2011, "Alsogaray, Álvaro Adolfo c. Ed. La Página S.A. s/daños y perjuicios», Fallos: 334:1714, La Ley 21/12/2011, 11 — La Ley 28/12/2011, 11 — DJ 15/02/2012, 25, del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo. El fallo fue suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda y Argibay.

(29) CSJN, "Romano Duffau, Gustavo César c. S.A. La Nación y Otros", 09/10/2012, JA 2013-02-06, 83, del dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal al que se remitió el voto de la mayoría suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

(30) CSJN, "I., J. C. H. c. Fundación Wallenberg y otro s/ daños y perjuicios", 05/08/2014, La Ley 2014-E, 307, consid. 6° del voto de la mayoría suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda.

(31) CSJN, "García, Stella Marys y otro c. Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios", 03/12/2019, Cita Online: AR/JUR/46070/2019 - RCyS 2020-II, 102, consid. 16 del voto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco: "Que el Tribunal ha dicho también que cuando se individualiza la fuente, quien difunde la noticia no se hace cargo de su veracidad, no la hace propia, ni le agrega fuerza de convicción. De otro modo, el ejercicio del derecho garantizada por los arts. 14 y 32 de la CN estaría sujeto a que la prensa constatara de modo previo y de forma fehaciente la verdad de las manifestaciones de terceros que publica (Fallos: 326:4123)"; consid. 11 del voto del juez Rosatti: "De otro modo, la legitimidad del ejercicio del derecho garantizado por los arts. 14 y 32 de la CN estaría sujeta a que la prensa constatara, de modo previo y de forma fehaciente, la verdad de las manifestaciones de terceros que publica (confr. Fallos: 326:4123), lo que evidentemente conduciría a un acto de censura previa inadmisible en una sociedad democrática y pluralista".

(32) CSJN, "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios", 20/10/2015, La Ley 16/11/2015,

Con igual criterio se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Herrera Ulloa Mauricio c. Costa Rica", al resolver que quien se limita a reproducir la información vertida por otro no se encuentra obligado a demostrar la veracidad de esa información, considerando tal exigencia como una limitación excesiva a la libertad de expresión, contraria a lo previsto en el art. 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos **(33)**.

Igualmente lo ha hecho el Tribunal Constitucional de España **(34)**.

V. La doctrina "Campillay" y el secreto de las fuentes de información periodística reconocido en el art. 43 de la CN

El art. 43, párrafo tercero, de la CN dispone: "No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística".

Ahora bien, ¿cómo ha compatibilizado la jurisprudencia la doctrina "Campillay" con esta disposición constitucional?

La Corte Federal en el caso "Bruno", sostuvo que el carácter identificable de la fuente: "supone una alusión precisa que permita individualizar en forma inequívoca el origen de la noticia propalada". Añadió el tribunal en ese importante fallo —en el que se trató la cuestión del requisito establecido en "Campillay" de atribuir el contenido de la información a una fuente y la preservación del secreto profesional de los periodistas reconocido en la CN—, que la exigencia de identificar la fuente "no puede desvirtuarse mediante su ocultamiento al amparo de secreto de las fuentes de información, pues bastaría su simple invocación para conceder a los órganos de prensa una suerte de *'bill* de indemnidad' para propalar cualquier tipo de noticias sin importar si son verdaderas o falsas o si han afectado el honor o la intimidad de los aludidos en dicha información". Tal conclusión —expresó— no implica menoscabar la reserva de las fuentes periodísticas, "ya que si el medio quiere preservar su confidencialidad y propalar igualmente una noticia con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, se encuentra a su alcance —como eximente frente a cualquier responsabilidad ulterior— apelar a cualquiera de las restantes directivas indicadas en el fallo 'Campillay', sea tanto a la reserva de identidad de los imputados como a utilización del modo potencial en los verbos, absteniéndose de ese modo de efectuar consideraciones de tipo asertivo" **(35)**.

Así, conf. a lo resuelto en el caso "Bruno", si de acuerdo con lo previsto en el art. 43, párrafo tercero, de la CN el medio quiere preservar la confidencialidad de la fuente y no incurrir en responsabilidad por la publicación de noticias que podrían resultar inexactas o lesivas del honor de las personas, deberá ajustar su conducta a alguna de

9, consid. 11 del fallo suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

(33) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Herrera Ulloa, Mauricio c. Costa Rica", 02/07/2004, La Ley 2005-B, 497 — Sup. Penal 2005 (marzo), 29.

(34) Tribunal Constitucional de España, Sala 1, 15/02/1994, Sentencia 41/1994, La Ley Online: "Como ya se puso de manifiesto en la STC 336/1993 —bien que en otro contexto—, la diligencia mínima exigible al medio de comunicación le impone, por una parte, la identificación necesaria del sujeto que emite las opiniones o noticias, que de este modo quedan limitadas por la propia credibilidad de su autor. La exigencia del control de fundamento de la información proporcionada por sujetos externos provocaría una alteración de la función meramente informativa asumida por el medio, simplemente narrador de las declaraciones acusatorias, para asumir una labor censora o arbitral que no le es propia, máxime cuando el contenido de la noticia no supone una imputación de conductas desproporcionadamente graves en relación con la finalidad por ella perseguida".

(35) CSJN, "Bruno, Arnaldo L. c. La Nación S.A.", 23/08/2001, Fallos: 324:2419, La Ley 24/09/2001, 4 - La Ley 2001-E, 644 - DJ 2001-3, 166 - Sup. Const. 19/10/2001, 23 - La Ley 2001-F, 237 - ED 20/12/2001, 19 - ED 195 - Sup. Const. 2002 (febrero), 6 - La Ley 2002-B, 71 - JA 27/02/2002, 83 - JA 2002-I, 409 - RU 2002-2, 20 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Director: Julio César Rivera, 53 con nota de Julio César Rivera (h.), consids. 10, 12 y 13 del voto concurrente de los jueces Nazareno, Moliné O´Connor, López y Vázquez. En similar sentido consid. 13 del voto concurrente de los jueces Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert; CSJN, "Melo, Leopoldo Felipe y otros c. Majul, Luis Miguel s/daños y perjuicios", 13/12/2011, RCyS 2012-I, 61 — La Ley 28/12/2011, 11, consid. 12 del voto de los jueces Fayt, Petracchi y Argibay, consid. 13 del voto de la jueza Highton de Nolasco y consid. 12 del voto de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, quienes al referirse a la doctrina "Campillay" y a la fuente de la información, dijeron: "Con relación a esta última, si el demandado quería preservar su confidencialidad y no incurrir en responsabilidad por la publicación de una noticia que podría resultar falsa o inexacta, debió cumplir con alguno de los otros dos supuestos de la referida doctrina".

las demás directivas indicadas en el fallo "Campillay", referentes a mantener en reserva la identidad de los imputados o utilizar el modo potencial de los verbos y abstenerse de efectuar consideraciones de tipo asertivo.

VI. Carácter público o privado de la fuente

De los distintos fallos emitidos por el Alto Tribunal, cabe concluir que a los fines de la aplicación de la doctrina "Campillay" no es necesario que la fuente sea oficial o confiable, habiéndose adoptado al respecto un concepto amplio. Basta que esté individualizada.

De esa manera, p. ej., la fuente en "Triacca" **(36)** fue la declaración de una persona en sede judicial; en "Acuña" **(37)** una carta anónima incorporada a un expediente judicial; en "Martínez Vergara" **(38)** una misiva anónima reproducida en un programa de radio; en "Caruso" **(39)** testimonios prestados en una causa penal; en "Guerineau" **(40)** una publicación existente en internet; en "B., H. C. c. Fernández, Mario A. y otro" **(41)** la manifestación de un particular; en "Dalhgren" **(42)** una carta de lectores; en "Alsogaray" **(43)** la Dirección de Prensa de la Policía Federal; en "Sujarchuk, Ariel Bernardo c. Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios" **(44)** la información extraída de páginas web cuyos contenidos fueron transcriptos de manera textual en una publicación alojada en un blog, en el que se mencionó la fuente de la que provino; en "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios" **(45)** se aplicó el estándar al supuesto de un aviso comercial considerado lesivo del honor e imagen del demandante; en "García, Stella Marys y otro c. Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios" **(46)** se consideró fuente a un columnista que no tenía relación de dependencia con la empresa propietaria del diario demandado, que había escrito y firmado el artículo cuestionado.

En España, el Tribunal Constitucional ha adoptado en cuanto a la fuente un concepto amplio similar al de la jurisprudencia de nuestro país. En ese sentido, consideró fuente de la noticia a la declaración de una persona que había actuado como portavoz de un colectivo ciudadano **(47)**.

Algunos autores critican la jurisprudencia de la Corte Federal en cuanto no se exige que la fuente sea oficial, o al menos confiable.

Así, Pizarro entiende que este es un criterio que además de tener una dudosa base normativa que lo sustente, parece excesivamente amplio y poco prudente; debiendo repararse —dice— que no solo está en juego el interés del posible afectado por la información, sino también el del público en general a no ser desinformado, lo que constituye un aspecto no siempre valorado a la hora de propiciar criterios tan amplios. Afirma que le parece preferible el sistema predominante en el derecho estadounidense, donde el privilegio del *fair report* rige para fuentes oficiales, más allá de que en los últimos tiempos se haya operado una moderada apertura respecto de reportes que den

(36) CSJN, "Triacca, Alberto J. c. Diario La Razón y otros", 26/10/1993, Fallos: 316:2416, La Ley 1994-A, 246.

(37) CSJN, "Acuña, Carlos Manuel Ramón", 10/12/1996, Fallos: 319:2965, La Ley Online.

(38) CSJN, "Martínez Vergara, Jorge", 19/02/2008, Fallos: 331:162, La Ley 29/04/2008, 7.

(39) CSJN, "Caruso, Miguel A. c. Remonda, Luis E.", 27/06/2002, Fallos: 325:1486, LLC 2002, 1305 — La Ley 2002-F, 828 — DJ 2002-3, 521.

(40) CSJN, "Guerineau, Horacio L. c. La Gaceta S.A.", 15/04/2004, Fallos: 327:943, La Ley 2004-D, 364 - DJ 2004-2, 405.

(41) CSJN, "B., H. C. c. Fernández, Mario A. y otro", 14/10/2003, Fallos: 326:4123, RCyS 2004, 378 - La Ley 2004-A, 386 - DJ 2003-3, 890.

(42) CSJN, "D., J. E. c. Ed. Chaco S.A. y otro", 09/11/2010, Fallos: 333:2079, La Ley 06/12/2010, 11 - La Ley 01/03/2011, 6 - DJ 06/04/2011, 13 - La Ley 2011-B, 5.

(43) CSJN, "Alsogaray, Álvaro Adolfo c. Ed. La Página S.A. s/daños y perjuicios», 13/12/2011, Fallos: 334:1714, La Ley 21/12/2011, 11 — La Ley 28/12/2011, 11 — DJ 15/02/2012, 25.

(44) CSJN, "Sujarchuk, Ariel Bernardo c. Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios", 01/08/2013, La Ley Online.

(45) CSJN, "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios", 20/10/2015, La Ley 16/11/2015, 9.

(46) CSJN, "García, Stella Marys y otro c. Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios", 03/12/2019, Cita Online: AR/JUR/46070/2019 - RCyS 2020-II, 102.

(47) Tribunal Constitucional de España, Sala 1, 15/02/1994, Sentencia 41/1994, La Ley Online.

cuenta de lo sucedido en mítines o en reuniones públicas **(48)**.

Para Tobías, resulta excesiva la extensión que la Corte ha atribuido a esta causal de justificación **(49)**.

Otros, en posición que compartimos, se pronuncian en sentido contrario.

Entre ellos encontramos a Bianchi, quien sostiene que, si lo decisivo es que la gente forme su propio juicio en una materia de interés general, no debe tener importancia que los dichos provengan o no de un funcionario público **(50)**; también a Rivera (h) **(51)**.

VII. La fuente anónima y la doctrina "Campillay"

En forma coherente con el concepto amplio de fuente al que nos referíamos en el punto anterior, la Corte Federal ha elaborado un estándar que alcanza incluso al supuesto de la fuente anónima.

Así, el medio cumplirá con la exigencia de indicar la fuente de la información —como presupuesto para exonerarse de responsabilidad—, aun cuando la reproducción se hubiese referido a una manifestación anónima.

En el caso "Acuña", en el que la Corte revocó el fallo dictado en sede penal que condenaba al ex director del diario *La prensa* —Máximo Ezequiel de Gainza—, el querellado había publicado una nota firmada por Carlos Manuel Acuña en la que se transcribía fielmente, citándose la fuente, las manifestaciones contenidas en una carta anónima que se encontraba incorporada a un expediente judicial. El Alto Tribunal dijo que tal circunstancia no era un obstáculo para la aplicación de la doctrina sentada en el caso "Campillay", pues uno de los objetivos que subyace a la exigencia de citar la fuente, consiste en que el informador, al precisar aquella, deja en claro el origen de las noticias y permite a los lectores atribuirlas no al medio a través del cual las recibieron, sino a la causa específica que las ha generado. Añadió: "Tal objetivo quedó ampliamente satisfecho en el caso en el cual la expresa mención que se hizo en el artículo mencionado acerca del carácter anónimo de la misiva permitió seguramente a los lectores de aquel formarse un juicio certero acerca del grado de credibilidad que merecían las imputaciones que allí se hacían respecto de la querellante" **(52)**.

Este criterio, sentado por primera vez en el precedente citado, fue reafirmado luego en el caso "Martínez Vergara" **(53)**, en el que el periodista querellado había reproducido en un programa de radio una carta anónima firmada por una persona que se hacía llamar "Viejo Loco".

---

(48) PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes", ob. cit., ps. 307/308.

(49) TOBÍAS, José W., "Derechos personalísimos y libertad de información", La Ley 17/12/2007, 1 - La Ley 2008-A, 620.

(50) BIANCHI, Enrique Tomás, "La doctrina "Campillay" — (O la noticia que reproduce lo expresado por otro)", La Ley 1997-B, 1283 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 565: "Sería injusto que la protección del 'reportaje fiel' funcionara cuando se reproduce lo que un funcionario ha dicho de 'X' y no a la inversa, o sea, cuando se transcribe el dicho de 'X' que afecta al funcionario. La diferencia de tratamiento sólo se justificaría sobre la base de considerar que las declaraciones de los funcionarios gozan de una suerte de presunción de veracidad, que no beneficiaría a los simples particulares. Esto no tiene fundamento constitucional o legal"; BIANCHI, Enrique Tomás — GULLCO, Hernán Víctor, "El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros", ob. cit., p. 118.

(51) RIVERA, Julio César (h.), "La doctrina "Campillay" en un nuevo fallo de la Corte Suprema", La Ley 2002-B, 70: "Desde nuestro punto de vista, la postura que propone Pizarro (distinguir entre fuentes oficiales y no oficiales a los efectos de la doctrina Campillay) no resulta compatible con la libertad de prensa reconocida en los arts. 14 y 32 de la CN. En efecto, creemos que los órganos de prensa no pueden —en ningún caso— ser civilmente responsables por limitarse a reproducir los dichos de terceros, en temas de interés público (aun cuando se trate de fuentes no oficiales)".

(52) CSJN, "Acuña, Carlos Manuel Ramón", 10/12/1996, Fallos: 319:2965, La Ley Online, consid. 9° del voto mayoritario suscripto por los jueces Moliné O´Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano y Bossert.

(53) CSJN, "Martínez Vergara, Jorge", 19/02/2008, Fallos: 331:162, La Ley 29/04/2008, 7. El voto mayoritario fue suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Petracchi. Los jueces Fayt y Argibay emitieron votos por separado.

Lo que le importa a la Corte Suprema —ha dicho Racimo— es que se sepa que la afirmación no proviene del medio, con lo que basta la acreditación de un anónimo que sea sincero como fuente. Agrega que, en los casos de reproducción de afirmaciones anónimas en perjuicio del honor de las personas, el objetivo principal del actor difamado consistirá en la demostración de la falsedad del anónimo o de la complicidad del medio con el injuriante **(54)**.

La posición de la Corte en este tema ha sido criticada por alguna doctrina **(55)**.

VIII. Objeto y materia de la expresión

En general los autores han considerado como condición necesaria para aplicar la doctrina "Campillay", que la cuestión abordada por la noticia sea atinente a una materia de relevancia pública o general, quedando al margen de ella las cuestiones que no sean de interés público **(56)**.

En esa línea, se ha señalado igualmente que entre los requisitos que deben encontrarse reunidos para que el ejercicio del derecho de informar pueda considerarse legítimo y regular, y de esa manera obrar como causa de justificación del daño, es que se trate de información que verse sobre temas de interés general.

Si no hay interés general —se ha dicho— se trataría simplemente de un conflicto entre intereses privados, no operando en tal caso la causa de justificación fundada en el ejercicio del derecho de informar **(57)**; lo cual se explica pues cuando estamos ante una cuestión que no es de interés para la sociedad en general, que no trasciende el ámbito de lo privado, no se advierte la necesidad de un debate público, amplio, abierto y libre sobre ella.

El art. 53 del Cód. Civ. y Com. expresamente alude a este requisito en el inciso C), cuando al referirse al derecho a la imagen dice que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto "[q]ue se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general".

De igual manera se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de España **(58)**.

---

(54) RACIMO, Fernando M., "El marco redaccional en el estándar "Campillay". Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros", ED 213-852.

(55) FILIPPINI, Aníbal, "¿Hay un derecho a la mentira?", primera edición, ps. 77/78, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2016.

(56) BASTERRA, Marcela I., "La Corte se pronuncia a favor de la libertad de expresión, reafirmando la doctrina de la real malicia. El caso "Locles"", DFyP 2010 (octubre), 257; BIANCHI, Enrique Tomás, "La doctrina "Campillay" — (O la noticia que reproduce lo expresado por otro)", La Ley 1997-B, 1283 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 565; BIANCHI, Enrique Tomás — GULLCO, Hernán Víctor, "El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros", ob. cit., p. 124; IBARLUCÍA, Emilio A., "Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional", La Ley 28/12/2011, 1 - La Ley 2012-A, 561; IBARLUCÍA, Emilio A., "Claridad con la doctrina "Campillay" y confusión con la real malicia", La Ley 14/11/2017, 5 - La Ley 2017-F, 141; PENDINI, María Agustina, "Responsabilidad civil de los medios de comunicación. Doctrina "Campillay" y de la "real malicia". Criterio del TSJ Cba.", LLC 2014 (mayo), 351; PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes", ob. cit., p. 312/313; PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad de los medios de prensa. Acerca de la denominada doctrina "Campillay"", La Ley 1998-D, 1306 — Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 593; RACIMO, Fernando M., "El marco redaccional en el estándar "Campillay". Sobre la neutralidad y la imparcialidad del periodismo en la reproducción de los dichos de otros", ED 213-852; RIVERA, Julio César (h.), "La doctrina "Campillay" en un nuevo fallo de la Corte Suprema", La Ley 2002-B, 70; RIVERA, Julio César (h.), "La evolución de la doctrina "Campillay" en la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores", DFyP 2010 (septiembre), 219; TOBÍAS, José W., "Derechos personalísimos y libertad de información", La Ley 17/12/2007, 1 - La Ley 2008-A, 620; TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Tomo IV, ob. cit., p. 240.

(57) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad", t. 2, ob. cit., p. 212: "Si no aparece el interés general, o si no es prevaleciente, sólo habría pugna entre intereses privados: el de publicar la información y la preservación de la dignidad, y el primero no sería legítimo por violar un derecho ajeno".

(58) Tribunal Constitucional de España, Sala 1, 15/02/1994, Sentencia 41/1994, La Ley Online: "...este Tribunal ha excluido el carácter ilegítimo de la divulgación de hechos concernientes a una persona que pudieran hacerla desmerecer en la opinión ajena cuando ello pueda entenderse ejercicio legítimo del derecho a difundir información, lo que exige la necesaria concurrencia en la noticia de unos requisitos esenciales: De una parte, el interés y la relevancia de la información divulgada (SSTC

Sin embargo, para la Corte Federal en alguna ocasión este no ha sido un requisito necesario, habiendo aplicado el estándar en el caso de la publicación de un aviso comercial.

Por otra parte, para el Alto Tribunal no resulta relevante si el perjuicio se origina por una información inexacta, o por juicios de valor que pudieran merecer reproche constitucional.

Es decir, que el estándar es aplicable tanto cuando se comunican hechos, como también cuando se trate de opiniones, ideas o juicios de valor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros que puedan ser objeto de reproche jurídico.

En efecto, si bien la Corte al aludir al fundamento de la doctrina "Campillay" ha hecho referencia al interés público de la información **(59)**, también ha dicho: "Esta doctrina no se ha aplicado solo respecto de la difusión por la prensa de informaciones inexactas, como se señala en la sentencia apelada, sino que también se ha utilizado para casos en que se reproducen por el medio de comunicación juicios de valor u opiniones expresadas por un tercero (conf. CSJ 755/2010 (46-S)/CS1 'Sujarchuk, Ariel Bernardo c. Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios', sentencia del 1° de agosto de 2013)"; agregando: "Que sin perjuicio de las diferencias que pudieran observarse entre el presente caso —en el que se trata de la publicación de un aviso comercial— y aquellos en los que este Tribunal ha aplicado el estándar 'Campillay', no se advierten ni se han invocado argumentos que justifiquen apartar al sub lite de su alcance. (...) Por otro lado, la razón que justifica la privación de antijuridicidad a la conducta de quien reproduce una expresión agraviante —conformada en este caso por imágenes y textos— realizada por un tercero identificado, radica en que esa reproducción sea fiel y sincera, sin que resulte relevante a tal efecto si el perjuicio se origina por una información inexacta o por juicios de valor que, según los estándares de esta Corte, pudieran merecer reproche constitucional" **(60)**.

Tratándose de hechos, el examen del estándar tiene como presupuesto la falsedad o inexactitud de la información **(61)**.

En los supuestos en los que se encuentra en juego el derecho a la intimidad de una persona, solo la reserva de identidad de los protagonistas de la crónica permitirá eximir de responsabilidad al medio. Ninguna influencia tendrá el uso de un tiempo de verbo potencial, o la cita de la fuente de que emanó la información.

Así resolvió la Corte en el caso "S., L. E. c. Diario *El Sol*", en el que confirmó la sentencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que había rechazado los recursos interpuestos por la demandada contra la sentencia que condenaba al Diario *El Sol SA* a reparar los perjuicios derivados de la difusión de situaciones relativas a la vida familiar, sexual y afectiva de una persona menor de edad. Sostuvo el tribunal que los lineamientos de "Campillay" no son aplicables cuando se está ante la prohibición legal de difundir una noticia con fundamento en la protección de la persona de un menor. Tal prohibición —dijo— no puede soslayarse apelando al uso de un tiempo de verbo potencial o citando la fuente de que emana la información. "En tales supuestos, solo omitiendo la identificación del menor —es decir, cumpliendo con la prescripción legal— se cumpliría con la protección de su esfera

107/1988; 171/1990; 214/1991; 40/1992 o 85/1992, entre otras), como presupuesto de la misma idea de 'noticia' y como indicio de la correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa...".

(59) CSJN, "D., J. E. c. Ed. Chaco S.A. y otro", 09/11/2010, Fallos: 333:2079, La Ley 06/12/2010, 11 - La Ley 01/03/2011, 6 - DJ 06/04/2011, 13 - La Ley 2011-B, 5, consid. 8° del voto de la mayoría suscripto por los jueces Petracchi, Zaffaroni y Argibay: "El fundamento principal de la doctrina radica en que, en temas de relevancia pública parece prioritario que todas las voces sean escuchadas, para que se acreciente y robustezca el debate propio de un sistema democrático".

(60) CSJN, "R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otro s/ daños y perjuicios", 20/10/2015, La Ley 16/11/2015, 9, consids. 9 y 10 del fallo suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda.

(61) CSJN, "Galante, Adrián Pablo c. Arte Gráfico Ed. Argentino SA y otros s/ daños y perjuicios", 17/10/2019, Cita Online: AR/JUR/32618/2019 - SJA 20/11/2019, 57 - JA 2019-IV - RCyS 2019-XII, 158 - La Ley 10/02/2020, 11 P.m.-S - La Ley 11/02/2020, 5 - Sup. Const. 2020 (febrero), 8, consid. 12 del voto suscripto por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Rosatti.

de intimidad frente a injerencias arbitrarias o ilegales de su vida privada" **(62)**.

De este modo también lo entiende la doctrina **(63)**.

Así las cosas, el estudio del tema a la luz de los fallos de la Corte Federal permite observar que esta ha hecho aplicación del estándar en términos amplios, lo que favorece y garantiza la libertad de expresión en sus dos dimensiones, individual y social; haciendo posible el intercambio y discusión de ideas e información y la formación de opinión pública.

Ahora bien, es preciso destacar que como se ha sostenido **(64)** y expresamente lo prevé el art. 1718 del Cód. Civ. y Com., para que el ejercicio de un derecho funcione como causa de justificación del daño ha de ser regular. Por ello, y atendiendo a la aludida amplitud, consideramos que el juzgador deberá tener en cuenta al momento de resolver la buena fe, prevista en el art. 9° del Cód. Civ. y Com. como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos; no siendo admisible esta causa de justificación en caso de que el informador haya obrado de mala fe, de modo incompatible con el ejercicio regular del derecho de informar.

IX. Conclusiones

1. La doctrina resultante del fallo "Campillay", aplicable tanto al ámbito civil como penal, constituye uno de los más importantes estándares elaborados por la Corte Federal para resolver conflictos, que pueden surgir cuando con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión se lesionan derechos de la personalidad.

2. El Alto Tribunal fijó en este caso pautas objetivas que deben observarse para que los medios se eximan de responsabilidad. Para que ello suceda no es necesario que concurran al mismo tiempo todas las directivas establecidas en el precedente "Campillay", sino que operan en forma autónoma, es decir basta ajustarse a una de ellas para que quede privada de antijuridicidad su conducta.

3. En tal caso, la actividad del medio de comunicación social constituirá el ejercicio legítimo y regular del derecho a la libre expresión, obrando

(62) CSJN, "S., L. E. c. Diario "El Sol"", 28/08/2007, Fallos: 330:3685, La Ley 2007-E, 609 - DJ 2007-III, 325, consid. 5° del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco. El juez Fayt, por su parte, en el consid. 9° de su voto dijo: "Que los agravios basados en la doctrina derivada del caso 'Campillay' deben desestimarse. En efecto, tratándose de supuestos en que lo que se encuentra en juego es la violación de la intimidad, sólo la reserva de identidad de los protagonistas de la crónica cuestionada puede considerarse compatible con la más elemental interpretación del art. 19 de la CN...". La jueza Argibay en el consid. 9° de su voto añadió que: "...habiéndose fundado el fallo en la violación de la intimidad de los actores, el uso de un tiempo potencial de verbo o la cita expresa de la fuente de la que emanó la información, además de no haber quedado acreditado en la causa, no hubiese impedido la injerencia abusiva en su vida privada, pues sólo era evitable con la omisión de la identificación del menor".

(63) IBARLUCÍA, Emilio A., "Publicidad comercial y derechos personalísimos", La Ley 16/11/2015, 10: "Puede decirse, entonces, que la intimidad —en cuanto a la responsabilidad ulterior se refiere— tiene un estándar de protección superior, dado que el medio no puede alegar que no ha incurrido en un hecho antijurídico, ya sea alegando que lo informado es verdadero o que se ha limitado a reproducir lo dicho por otro»; PIZARRO, Ramón Daniel, «Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes», ob. cit., p. 313: «Quedan asimismo al margen de toda invocación de la doctrina Campillay: 1. Las cuestiones que no sean de interés público y, en particular, las relativas a la intimidad de las personas».

(64) DE LORENZO, Miguel Federico — TOBÍAS, José W., "El dolo en el derecho civil (Propuestas para una noción en eclipse)", La Ley 2001-C, 1102 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 563 - LJU t. 147, DEx-7: "Ahora bien, que el ejercicio de un derecho goce de una suerte de presunción de licitud no significa que el mismo esté exento de la posibilidad de ser irregular. Por ello, la mala fe o el animus nocendi —ex art. 1071, Cód. Civil— comprometen la eximente y convierten al comportamiento dañoso en non iure"; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Médicos, periodistas y responsabilidad por daños", JA 1993-I-829: "De lo dicho hasta aquí puede sintetizarse que en materia de responsabilidad de los medios de prensa juegan los mismos principios que en todo supuesto de daños y perjuicios. Por ello cualquier culpa funciona como factor de atribución. Sin perjuicio de ello, muchas veces no será necesario el análisis del factor de atribución, pues la conducta informativa se encuentra justificada, salvo que se haya incurrido en un ejercicio abusivo del derecho a informar"; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad", 1° edición, t. 1, p. 278, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2011: "Constituye requisito común a todas las causas de justificación, y señala el límite de su operatividad, el de que no deben revelar una conducta abusiva ni excesiva".

como una causa de justificación y en consecuencia no será responsable.

4. Su fundamento es garantizar la libertad de expresión y evitar convertir al medio en un censor, con todas las consecuencias negativas que esto último implica.

5. En lo tocante al requisito de la atribución del contenido de la información a la fuente pertinente, conf. a lo resuelto por la Corte Federal:

a) es necesaria una atribución sincera de la noticia a una fuente identificable y que se trate de una transcripción sustancialmente fiel de lo manifestado por aquella;

b) la reproducción debe ser realizada en forma neutral;

c) el informador no tiene obligación de verificar la verdad de los dichos de la fuente, ni de realizar complejas investigaciones para determinar el carácter dañoso de lo que terceros le requieran publicar;

d) si de acuerdo con lo previsto en el art. 43, párrafo tercero, de la CN el medio quiere preservar la confidencialidad de la fuente, y no incurrir en responsabilidad por la publicación de noticias que podrían resultar inexactas o lesivas del honor de las personas, deberá ajustar su conducta a alguna de las demás directivas indicadas en el fallo "Campillay", referentes a mantener en reserva la identidad de los imputados o utilizar el modo potencial de los verbos y abstenerse de efectuar consideraciones de tipo asertivo;

e) a los fines de la aplicación del estándar no es necesario que la fuente sea oficial o confiable, habiéndose adoptado al respecto un concepto amplio. Basta que esté individualizada;

f) el estándar alcanza incluso al supuesto de una fuente anónima;

g) es aplicable tanto cuando se comunican hechos, como también cuando se trate de opiniones, ideas o juicios de valor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros que puedan ser objeto de reproche jurídico;

h) tratándose de hechos, el examen del estándar tiene como presupuesto la falsedad o inexactitud de la información;

i) en los supuestos en los que se encuentra en juego el derecho a la intimidad de una persona, solo la reserva de identidad de los protagonistas de la crónica permitirá eximir de responsabilidad al medio. Ninguna influencia tendrá el uso de un tiempo de verbo potencial, o la cita de la fuente de que emanó la información.

6. Al momento de resolver el juzgador deberá tener en cuenta la buena fe, prevista en el art. 9° del Cód. Civ. y Com. como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos; no siendo admisible la causa de justificación basada en la doctrina "Campillay" en caso de que el informador haya obrado de mala fe, de modo incompatible con el ejercicio regular del derecho de informar.

Responsabilidad civil por daños sufridos por los ancianos dentro de los geriátricos

Julián Emil Jalil (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La vejez desde una perspectiva futura.— III. Las residencias geriátricas.— IV. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.— V. Las personas mayores de edad como grupo vulnerable.— VI. Aspecto preventivo del derecho de daños. La obligación del Estado de suministrar los test PCR ante el ingreso del COVID-19 a los geriátricos.— VII. Aspecto resarcitorio del sistema de responsabilidad civil ante daños causados en los geriátricos.— VIII. Responsabilidades penales ante lesiones dentro de un geriátrico.— IX. Conclusión.

I. Introducción

El derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su carácter trascendente, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental **(1)**. El derecho a la salud es comprensivo de la vejez desde la óptica individual y general del ser humano.

El envejecimiento de la población es el resultado evolutivo de los componentes de los cambios demográficos (tríada compuesta por la fecundidad, mortalidad y movimientos migratorios); dicho fenómeno se está expandiendo ineluctablemente en todo el planeta, de modo tal que el siglo por el cual estamos transitando ha sido catalogado como el periodo del estallido demográfico.

En virtud de ello, este inevitable proceso, generador de gran impacto global, amerita el análisis de todos los Estados y de las sociedades en su conjunto, tanto las desarrolladas como aquellas que se encuentran transitando por canales emergentes. Esta transformación novedosa y factiblemente inquebrantable puede visualizarse desde dos planos: individual, por un lado, y las poblaciones, por otro **(2)**.

(*) Juez de Cámara; ex juez Civil y Comercial de 1ª Instancia; doctor en Derecho; especialista en Derecho de Daños (UBA); especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca); posgraduado en Derecho Continental (U. de París); posgraduado en Derechos Humanos y Derecho Constitucional (U. de Bolonia); posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA); posgraduado en Derecho de la Salud (UBA); carrera docente (UBA); profesor de grado y posgrado; investigador; autor de nueve obras jurídicas y de más de cien artículos de doctrina.

(1) CFed. Mar del Plata, 22/10/2009, "Hotasegui, Perla J. c. INSSJyP - PAMI", AR/JUR/52612/2009.

(2) DI VIRGILIO, Edgardo, "Personas mayores, dependencia y uso de sujeciones físicas en instituciones geriátricas", RDF 95-69. En la actualidad, los documentos circulantes e informes cuantitativos describen que en el mundo existen casi 900 millones de personas de 60 años y más, guarismos estos que se verán incrementados para 2030 hasta orillar los 1.400 millones y para el año 2050, la cifra de personas de 60 años y más, alcanzarán los 2.100 millones, valores que superan en más doble la cantidad actual. En este punto, es loable destacar que la gran mayoría de este grupo residirá en los países en vías de desarrollo. Si bien el continente europeo continúa siendo el más envejecido del mundo, es precisamente en América Latina y el Caribe donde el proceso de envejecimiento tiene un crecimiento vertiginoso; se espera

En este marco, las residencias gerontológicas constituyen una alternativa adoptada por la familia, la sociedad y el Estado frente a la necesidad de alojamiento, cuidados y, en algunos casos, asistencia sanitaria, que requieren las personas mayores, de manera creciente **(3)**.

Sean cuales sean los motivos por los que las familias deciden el alojamiento institucional de sus mayores en hogares convivenciales, residencias geriátricas u otra denominación, les limitan su autonomía o no les reconocen sus posibilidades, lo cierto es que quienes transitan el tiempo de la vejez siguen —en espejo al otro extremo de la vida, el de la infancia— titularizando todos y cada uno de los derechos fundamentales.

En definitiva, por presencia o ausencia, siempre las relaciones familiares tienen incidencia en el devenir jurídico, que de ellas se nutre, de modo que en esta ocasión nos pareció oportuno escoger fallos relacionados con los efectos de tales relaciones, tomando como punto de análisis los derechos de los adultos mayores y los deberes de su entorno familiar y del propio Estado **(4)**.

II. La vejez desde una perspectiva futura

Nuestro país se enfrenta a grandes desafíos en materia de vejez, entre ellos considerar la vejez como un dato diferenciador relevante para nuestro sistema jurídico en aras de lograr el respeto cierto de su condición en términos de igualdad ante la ley. Garantizar el carácter contractual de la relación jurídica del residente con la institución y el ejercicio de las libertades de los mayores, evitando internaciones no queridas por sujetos lúcidos. Preservar su derecho a identidad, a la integridad física y moral, el goce de una vivienda digna y sus derechos sanitarios. Asegurar su derecho a la intimidad y a la propia imagen. Afirmar el ejercicio de su derecho de propiedad, tanto respecto de su patrimonio como de su propio cuerpo. Incorporar las disposiciones anticipadas y el consentimiento informado en los contratos celebrados en este ámbito **(5)**.

III. Las residencias geriátricas

Se entiende por residencia para personas mayores todo establecimiento privado, residencial o no, que tenga como fin brindar servicios de alojamiento, alimentación, higiene, recreación y/o atención médica y psicológica no sanatorial a personas mayores de 60 años, en forma permanente o transitoria, a título oneroso o gratuito.

Se trata de instituciones con un orden de reparto vertical, que se organizan con un objetivo claro y aglutinante: brindar al anciano un espacio donde habitar lo que le quede de vida. Y es precisamente en torno a esta finalidad donde se pone en juego un entramado complejísimo de hechos sociales, o adjudicaciones, que condicionan de manera radical tanto la vida cotidiana del anciano residente como el ejercicio de la autoridad de los directivos del lugar **(6)**.

IV. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Perso-

---

que para el año 2037 exista mayor proporción de personas de 60 años y más que menores de 15 años. Un dato no menor es que América Latina, en los últimos cincuenta años ha visto prolongada su esperanza de vida en veinte años. La Argentina, en la actualidad, cuenta con una población total de 45.376.763 habitantes, de los cuales el 15,7% son personas mayores de 60 años (7.130.382). Es esperable que para 2025 alcance al 16,6% y para 2040, al 20,59%, porcentajes estos que la posicionan, junto a Cuba, Uruguay y Chile, como uno de los más envejecidos del continente.

(3) DABOVE, María Isolina, "Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina", *Revista de la Facultad -UNC-* 2014-2-173.

(4) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A, "Jurisprudencia española. Adultos mayores", RDF 95-190, AR/DOC/1839/2020. Explica la autora que el problema de los adultos mayores resulta atravesado, entonces, por distintas aristas, y a la realidad que enfrentan en lo que concierne a situaciones individuales signadas por la aparición de patologías físicas, dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades, con frecuencia se suman episodios como las pérdidas o desorientación en el espacio público, abandono o maltrato, ausencia o desaparición de la red de apoyo familiar. Y en el particular momento en que estas líneas son escritas, la población mundial que concita la atención jurídica en esta edición se ve azotada en mayor y peor medida por la pandemia provocada por el COVID-19, colocando a este colectivo social en un sitio de mayor vulnerabilidad, si es que eso fuese posible.

(5) DABOVE, María Isolina, ob. cit.

(6) DABOVE, María I., "Derecho a la ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas", JA 2011-III-4.

nas Mayores hace referencia a la "persona mayor", entendiendo que es aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Destacamos que este punto de partida —60 años— coincide con el tenido en cuenta por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que considera a las personas de 60 a 74 años de edad avanzada, de 75 a 90 años viejos o ancianos y los que sobrepasan los 90 se los denomina grandes viejos o grandes longevos.

Ese Pacto describe que los Estados parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor; p. ej., en su art. 4º, inc. a]), manifiesta que "se adoptarán medidas para prevenir, sancionar y erradicar aquellas prácticas contrarias a la presente Convención, tales como aislamiento, abandono, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, expulsiones de la comunidad, la negación de nutrición, infantilización, tratamientos médicos inadecuados o desproporcionados, entre otras, y todas aquellas que constituyan malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de la persona mayor". El art. 6º hace referencia al "Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez", el art. 7º adscribe al "Derecho a la independencia y a la autonomía", el art. 9º al "Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia", el art. 10 al "Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", el art. 11 al "Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud", el art. 12 al "Derecho de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo", el art. 13, al "Derecho a la libertad personal", el art. 14, al "Derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información", el art. 19, al "Derecho a la salud" **(7)**.

V. Las personas mayores de edad como grupo vulnerable

Para situarnos en el contexto en que se encuentran las personas mayores institucionalizadas, cabe precisar que estamos frente a un grupo vulnerable.

Específicamente, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad determinan la edad como un factor de vulnerabilidad. Asimismo, la CIPDHPM señala que este grupo tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas. En el orden nacional, el art. 75, inc. 23, CN, reconoce la necesidad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos respecto de los ancianos. Es decir que las personas mayores se identifican como un grupo que recibe un trato desigual estructural por su edad.

Es que en muchos casos se ven expuestas a situaciones de abandono o desprotección familiar; falta de vivienda o recursos en materia de salud; cambios de rutina y costumbres; reducción de sus ingresos con motivo de la jubilación, lo que modifica la continuidad en el estilo de vida e incrementa la sensación de vulnerabilidad personal y la pérdida de autonomía por el temor frente a la dependencia, entre otras.

Este contexto, sumado a la "forzada discapacidad" a la que los exponen los prejuicios culturales y las representaciones sociales negativas acerca del envejecimiento, lo que muchas veces redunda en prácticas discriminatorias, las colocan en una situación de marginación estructural con respecto a la sociedad en su conjunto que limitan su capacidad de gozar plenamente de los derechos generalmente reconocidos y las hace especialmente vulnerables a violaciones de tales derechos. La expresión "grupos vulnerables" pretende hacer referencia a esta situación de marginación en las estructuras o relaciones sociales.

Ahora bien, a la vulnerabilidad propia del colectivo cuando ingresan a una residencia de larga de estadía debe sumarse otra capa de vulnerabilidad, que es la institucionalización **(8)**.

(7) DI VIRGILIO, Edgardo "Personas mayores, dependencia y uso de sujeciones físicas en instituciones geriátricas", RDF 95-69; *www.registroncd.senaf.gob.ar/Terminos/CONVENCIONINTERAMERICANA.pdf*.

(8) FOLGAR, María Laura - OLIVERI, Agustina, "Personas mayores alojadas en residencias de larga estadía (geriátricos)", RDF 95-45, AR/DOC/1857/2020. Y concluye la autora que estas características o necesidades especiales que hacen la diferencia y los ubica en un lugar diferente deben ser abordadas, dado que "no es razonable ser tratados como si esta diversidad no existiera".

VI. Aspecto preventivo del derecho de daños. La obligación del Estado de suministrar los test PCR ante el ingreso del COVID-19 a los geriátricos

El ámbito civil goza de herramientas preventivas que en el marco de la pandemia han sido asiduamente implementadas con relación al Estado a los fines de evitar daños mayores por la propagación del virus en un campo de absoluta vulnerabilidad de las personas.

Así, se ha señalado que la medida cautelar es procedente en forma parcial, por lo tanto, se ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, ante la denuncia de casos sospechosos de COVID-19 por parte del hogar de ancianos actor, de conformidad con las hipótesis previstas en el punto 2.A, incs. d) y e) del "Protocolo de actuación para prevención y manejo de casos sospechosos de Coronavirus en residencias geriátricas" —aprobado mediante anexo de la resolución 446/SSPSGER/2020—, proceda inmediatamente a la realización de los correspondientes test PCR para detectar si algún residente porta el virus **(9)**.

Por su parte, se precisó que la conducta omisiva asumida por el GCBA, no parece encontrar asidero en el adecuado resguardo de la salud, ya que transcurridos 7 días desde el aviso que se diera respecto de la situación de salud de una de las trabajadoras de un geriátrico —cuadro febril y de malestar— el GCBA no dispuso la realización del test de la dependiente, ni verificó que el establecimiento contara con infraestructura necesaria a fin de aislar al personal que hubiera tenido contacto con los casos sospechosos de COVID-19, en cumplimiento del protocolo. Por el contrario, el GCBA no ha podido acreditar frente al requerimiento del tribunal que ha brindado una respuesta adecuada y suficiente en sede administrativa **(10)**.

Asimismo se señaló que acreditada la verosimilitud del derecho, a fin de evitar un grave e inminente perjuicio que podría tornarse en una situación irreparable y asegurar la vigencia cierta del derecho a la salud y a la vida que les asiste a los actores, teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la población y el personal de la institución geriátrica, dadas sus particularidades frente a la pandemia que se está atravesando, corresponde hacer lugar parcialmente a la medida urgente solicitada en lo que respecta a la realización del testeo de la totalidad de la población de adultos mayores que conviven en una residencia geriátrica y del personal de la misma que se encuentra aislado en la residencia desde el 10 de marzo **(11)**.

En sentido contrario se dijo que ordenar test PCR semanales a las personas que ingresan a cada institución geriátrica de la Ciudad a cargo del GCBA podría encubrir eventuales incumplimientos contractuales de las instituciones geriátricas, sin saber siquiera si el GCBA tiene la capacidad necesaria para cumplir la prestación requerida **(12)**. Posición que no compartimos, toda vez que la protección de la salud reposa en el Estado nacional, provincial o municipal, máxime cuando se comprobó que CABA sí tiene la capacidad de cumplir con esa exigencia en ámbitos donde existen personas en situación de vulnerabilidad.

VII. Aspecto resarcitorio del sistema de responsabilidad civil ante daños causados en los geriátricos

VII.1. Encuadre legal. El contrato atípico entre el paciente y el geriátrico

En el caso de geriátricos se trata de un contrato atípico mixto al guardar el negocio puntos de conexión con otras figuras típicas, especialmente con el contrato de locación de servicios y con el contrato de hospedaje **(13)**, sin perjuicio de reconocer en el ordenamiento normativo vigente

(9) JCont. Adm. y Trib. Nº 23 CABA, 05/05/2020, "Residencia Arce SRL c. GCBA s/ amparo - salud - medicamentos y tratamientos", AR/JUR/15036/2020.

(10) JCont. Adm. y Trib. Nº 3 CABA, 22/05/2020, "Paladino, Lucio A. c. GCBA s/ amparo - salud — otros", LA LEY online, AR/JUR/17607/2020.

(11) JCiv. y Com. Nº 2 de San Isidro, 14/05/2020, "Rovegno, Ángela R. R. y otros c. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Salud s/ amparo", LA LEY online, AR/JUR/16207/2020.

(12) CCont. Adm. y Trib. CABA, sala III, 20/08/2020, "Geri SA c. GCBA s/ amparo - salud - medicamentos y tratamientos", LA LEY Online, AR/JUR/33180/2020.

(13) CNCiv., sala A, 23/10/1986, "Aulesa, José D. y otro c. Instituto Geriátrico Constitución", LA LEY, 1987-A, 601.

una fuerte protección de los derechos de los ancianos tanto en el derecho común (Cód. Civ. y Com.) como en el derecho de consumo.

VII.2. La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor

Las características de los establecimientos geriátricos hacen que su reglamentación para funcionar tienda a brindar una asistencia acorde con la edad, entre las que sobresale la obligación de vigilancia para la seguridad del internado, lo que surge del reglamento para la habilitación y funcionamiento de albergue y/o protección y/o rehabilitación y/o amparo social de ancianos. Existe una relación contractual entre el establecimiento geriátrico y el paciente, de la cual deviene de parte del primero al deber de vigilancia y consecuentemente el de seguridad a quienes contratan sus servicios **(14)**.

La persona mayor de edad que ingresa a un establecimiento geriátrico es destinataria final un servicio brindado por dicho establecimiento, por lo que se configuran los extremos definidos por los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, por lo que es indudable que entre las partes medió una relación de consumo, en los términos del art. 3º de la mencionada norma. En consecuencia, la cuestión debe ser analizada a la luz de los arts. 42 de la CN y 5º y concs. de la ley 24.240, independientemente de que las partes lo hayan o no invocado, 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 **(15)**.

VII.3. La persona mayor de edad como consumidor hipervulnerable

El art. 1º de la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior estipula que a los fines de lo previsto en el art. 1º de la ley 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables aquellos que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad, en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

Las normas protectorias del consumidor se fundan en la debilidad que este presenta frente al prestador de bienes y servicios. Se debe decir que es una vulnerabilidad de índole estructural porque surge del rol que ocupa el consumidor en el mercado, asociada a las fallas e imperfecciones que propias de este: el desequilibrio entre el consumidor y el proveedor. Dicho desequilibrio obedece a esa vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, en subordinación, debilidad o vulnerabilidad estructural, debilidad negocial o inferioridad manifiesta y sean, por consiguiente, merecedoras de tutela legal.

La vulnerabilidad como factor determinante de la protección ha sido vista también como elemento tipificante de la categoría consumidor. Así lo ha resaltado la Corte en varias de sus sentencias, sosteniendo que la protección del art. 42 de la CN comprende a ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos. También el pensamiento jurídico nacional se expresó sobre la construcción del concepto de consumidor, ese sentido, se pronunciaron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), al concluir que "1) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y, b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio

(14) CCiv. y Com. 1ª San Isidro, sala I, 26/12/1986, "Errigo, Rafael c. Yohal, David", AR/JUR/1766/1986.

(15) CNCiv., sala A, 29/10/2019, "S., N. I. y otro c. J. D. F. y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2020-I-64; SJA del 19/02/2020, 75; JA 2020-I L. 581.709, del 25/11/2011, LA LEY, 2011-F, 10, y RCyS 2012-II-156, entre muchos otros. Y esa sala, 21/11/2012, "R., F. y otro c. Parque de la Costa SA y otro s/ daños y perjuicios", RCyS 2013-II-183; PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (dirs.), "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, T. I, p. 160 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., "Defensa del consumidor", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 311; HERNÁNDEZ, Carlos – FRUSTAGLI, Mónica, comentario al art. 5º, en PICASSO – VÁZQUEZ FERREYRA, ob. cit., t. I, p. 96; ARIZA, Ariel, "Contrato y responsabilidad por daños en el derecho del consumo", en ARIZA, Ariel (coord.), "La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 128.

propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino **(16)**.

Desde esta perspectiva no caben dudas de que las personas mayores que se alojan en un geriátrico son consumidores *hipervulnerables*. En este orden, con precisión, la sala A de la CNCiv. ha dicho que, ante los daños causados en un geriátrico, nos encontramos no solo ante una víctima consumidora, sino que se trata además de una persona anciana y con alzhéimer, con lo que a la natural vulnerabilidad que corresponde a la primera categoría se suma la derivada de esa circunstancia. En ese sentido, en el derecho contemporáneo se ha desarrollado la categoría de los "subconsumidores", referida a personas particularmente débiles, tales como los ancianos, los niños o los enfermos, que requieren una protección acentuada con respecto al consumidor promedio **(17)**.

VII.4. La obligación de seguridad

La obligación de seguridad debe ser entendida como un deber secundario y autónomo que, expresa o tácitamente, asumen las partes en ciertos contratos relativos a preservar a las personas y bienes de sus co-contratantes, respecto de daños que puedan ocasionarse durante su ejecución. Es decir, al lado de las obligaciones asumidas por las partes en los contratos, existen los deberes de protección completan el plexo contractual, conductas necesarias en el tráfico comercial, para que el acreedor pueda alcanzar acabadamente las expectativas tenidas en miras al contratar **(18)**.

Bajo este campo conceptual, pesa sobre la residencia geriátrica, en virtud de los arts. 42 de la CN y 5º de la Ley de Defensa del Consumidor, una obligación de seguridad de resultado, como consecuencia de lo cual cualquier daño sufrido por el consumidor en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva del proveedor.

Dado que el objeto de la obligación de seguridad consiste, precisamente, en una garantía de indemnidad, su incumplimiento se produce por la simple existencia del daño en el marco de la relación de consumo, sin necesidad de otra prueba adicional. Al deudor que pretende su liberación compete, entonces, la prueba de que el cumplimiento de la obligación de seguridad se había vuelto imposible como consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del caso fortuito **(19)**.

(16) CRUZ MATTERI, Juan I., "Consumidores hipervulnerables. Estudio exegético de la resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior", RDCO 303, 205, AR/DOC/2580/2020. BAROCELLI, Sebastián S. (dir.), "Consumidores hipervulnerables", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2018, p. 11. CS, 22/04/2008, "Ledesma, María L. c. Metrovías SA", Fallos 331:819; CS, 24/11/2015, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Nación Seguros SA", Fallos 338:1344; CS, 28/04/2015, "PADEC c. Bank Boston", Fallos 340:172. Conf. FRUSTAGLI, Sandra A., "La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino", Revista de Derecho del Consumidor, 1, tercera época, nov. 2016, 30/11/2016, IJ-CCLI-396.

(17) CNCiv., sala A, 29/10/2019, "S., N. I. y otro c. J. D. F. y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2020-I, 64; SJA del 19/02/2020, 75; AR/JUR/42086/2019; HERNÁNDEZ, Carlos A., "La noción del consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar", RDPyC 2009-I-273; ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", DJ 1989-1-817; ALTERINI, Atilio A., "El consumidor en la sociedad postmoderna", LA LEY, 1996-E, 818; SOZZO, Gonzalo, "El problema del deudor moroso frente a la emergencia económica", LLLitoral, 2002-1124; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "El turismo y la tutela de los consumidores", RCyS 2003-307; WAJNTRAUB, Javier H., "Protección del asegurado en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2011-E, 1138; SPROVIERI, Luis E. - DELL'OCA, Gastón, "Daños por productos elaborados", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 19. Agrega el fallo, con cita en Lorenzetti que el principio protectorio se acentúa en casos en los que se presenta una vulnerabilidad más grave que la que se verifica en el promedio de los casos. La vulnerabilidad que da lugar a la protección del consumidor está vinculada con una falla estructural del mercado, que da origen a una vulnerabilidad general, que afecta a toda la categoría de sujetos que realizan prácticas de consumo, y que es de orden económico, jurídico y técnico. La vulnerabilidad que da lugar a la protección del subconsumidor está vinculada a fallas especiales que afectan a una categoría particular de sujetos. (...) Son casos de subconsumidores: los menores de edad, los ancianos, los enfermos graves, situaciones de urgencia que dan lugar a un estado de necesidad, los analfabetos (LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 101).

(18) UBIRÍA, Fernando A., "La prevención desde un doble ángulo: el deber legal de prevención y la tácita obligación de seguridad", LA LEY, 2018-B, 1017.

(19) CNCiv., sala A, 29/10/2019, "S., N. I. y otro c. J. D. F. y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2020-I, 64, SJA del

Desde esta arista, resulta determinante acreditar el ámbito espacial donde se produjo el daño, pues ello será determinante para aplicar el régimen objetivo que emerge de la obligación de seguridad (art. 5º, LDC). En esta línea se ha decidido que "debe responder el establecimiento geriátrico por los daños y perjuicios derivados del deficiente cuidado otorgado a una persona a su cuidado pues si bien no se determinó quién efectivamente ocasionó el daño, se comprobó que el hecho ocurrió en el ámbito de la demandada" **(20)**.

VII.5. La relación causal

Es menester que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el hecho que origina la responsabilidad (art. 257, Cód. Civ. y Com.) y el daño sufrido por quien pretende su indemnización, en tanto la carga de la prueba de la necesaria relación de causalidad entre el hecho y el daño se encuentra en cabeza de la víctima, demostración que si no se concreta conduce inexorablemente al rechazo de la acción (art. 1736, Cód. Civ. y Com.).

VII.6. El factor de atribución objetivo

La obligación de seguridad configura una obligación de resultado, cuyo incumplimiento origina responsabilidad contractual objetiva, conforme lo expresamente previsto en el art. 1723 del Cód. Civ. y Com., el cual estipula que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

VII.7. La responsabilidad del director de salud

El director de salud del geriátrico tiene a su cargo tareas médico-administrativas como las de organizar, coordinar y distribuir las distintas actividades que allí se despliegan con las que hacen a la actividad médica, terapéutica, de rehabilitación, nutricional y diagnóstica, constituir los equipos o contactarse y coordinar el abordaje con los médicos de cabecera de cada anciano, según determinadas patologías, o sea se posiciona como un organizador del establecimiento en el área de su incumbencia **(21)**.

En este marco su responsabilidad en principio es subjetiva e individual (arts. 1721 y 1725, Cód. Civ. y Com.), excepto que no pueda individualizarse el autor directo del hecho que provocó el daño, pues en ese caso se puede recurrir a las reglas de la responsabilidad colectiva previstas en el art. 1761 del Cód. Civ. y Com.

VII.8. El personal de la institución

La atribución de responsabilidad al personal de la institución también reposa en una proyección subjetiva, basada en la idea de actuar negligente o imprudente que se encuentre en enlace causal con el daño (arts. 1721, 1726, 1727 y 1737, Cód. Civ. y Com.).

En este marco, se señaló que corresponde rechazar el reclamo de los daños derivados del fa-

19/02/2020, p. 75; L. 581.709, del 25/11/2011, publicado en LA LEY, 2011-F, 10, y RCyS 2012-II-156, entre muchos otros. Como precisan Frustagli y Hernández, resulta evidente, cualquiera sea la visión que se sostenga con relación a la obligación de seguridad, que, en los contratos de prestación de servicios geriátricos, de modo semejante a lo que ocurre en el ámbito de las clínicas y establecimientos sanitarios en general, pesa sobre el deudor la aludida obligación, compeliéndolo a adoptar las precauciones necesarias a fin de evitar daños a los residentes (FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Algunas cuestiones contractuales y de daños derivadas de la prestación de servicios geriátricos". RCYS 2005, 79. Asimismo: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿hacia un derecho de la ancianidad?", *Revista Chilena de Derecho*, versión online, vol. 33, n° 1, 2006; CNCiv., Sala S, 15/06/2004, "Didone, María c. Blesar SRL", cita online: 20042821). La responsabilidad civil de los geriátricos tiene un factor de atribución objetivo, por lo tanto, producido un daño sobre la persona o bienes de los alojados, el titular del establecimiento solo podrá eximirse de responsabilidad probando la ruptura del nexo causal, es decir, que el daño fue provocado por la culpa de la víctima, de un tercero por el que no debe responder, o bien, por caso fortuito o fuerza mayor no imputables al titular.

(20) JCiv. Com. Min. y Suc. Nº 3 Cipolletti, 11/12/2019, "Catalan, Alejandra y otro c. Pereira, Pablo D. y otros s/ daños y perjuicios (ordinario)", RCyS 2020-VI-187, AR/JUR/58655/2019; CNCiv., sala D, 03/10/1995, voto del Dr. Bueres, LA LEY 1996-E, 1; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Interesantes aportes en un fallo sobre responsabilidad civil de establecimientos asistenciales", LA LEY, 1996-E, 1.

(21) CCiv. y Com., La Matanza, sala I, 02/12/2014, "Pacheco, Gregorio y otra c. Clínica Modelo Los Cedros SA y otros s/ daños y perjuicios", causa 2985/1; CNCiv., sala M, 11/11/2013, "V., N. c. C., O. C. y otros s/ daños y perjuicios", cita online AR/JUR/82972/2013.

llecimiento de una persona anciana que vivía en el geriátrico demandado, puesto que no se encuentra debidamente acreditado que el deceso hubiera tenido su génesis en negligencias incurridas por personal de la institución **(22)**.

VII.9. La responsabilidad colectiva

Como dijimos oportunamente, en los casos en donde no se puede acreditar quién fue el causante del daño se puede recurrir a la responsabilidad colectiva prevista en el art. 1761 del Cód. Civ. y Com. Dicho precepto reza que si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.

Bajo este hilo argumental, se dijo que debe responder el establecimiento geriátrico por los daños y perjuicios derivados del deficiente cuidado otorgado a una de las personas a su cuidado, en la especie, la incorrecta aplicación de una inyección, pues si bien no se determinó quién efectivamente ocasionó el daño, se comprobó que el hecho ocurrió en el ámbito de la demandada. Ello así, pues no se está ante un caso de responsabilidad colectiva o daño anónimo —que se configuraría si se demandase a las enfermeras o asistentes de dicho hogar de ancianos—, sino que la responsabilidad del accionado surge de su carácter de deudor de una prestación para con el damnificado, así como de su deber de "garantía" respecto del hecho de sus dependientes **(23)**.

VII.10. La posibilidad de extender la responsabilidad al Estado

La posibilidad de extender la responsabilidad al Estado nacional, provincial o municipal reposa exclusivamente en que no se hayan hecho los controles pertinentes a su cargo. En procesos de responsabilidad de los geriátricos, en donde las partes intentaron hacer extensiva la responsabilidad al Estado, se dijo que, si bien es cierto que, sobre ambos Estados pesa la obligación de control del funcionamiento acorde, no se ha comprobado que el accionar en ese marco de su parte haya sido ausente, ni tampoco deficiente, con la adecuación de causalidad requerida para poder ser alcanzados por una condena **(24)**.

Asimismo, se señaló que no alcanzó a tener por comprobado que exista un nexo de responsabilidad para obligar a responder al Estado, ni municipal y provincial; menos aún ante la comprobación del accionar de un tercero responsable, es decir el titular del establecimiento, codemandado **(25)**.

VII.11. Eximición de la responsabilidad

Como dijimos oportunamente, la obligación de seguridad prevista en el art. 5º de la LDC tiene un ámbito de aplicabilidad: dentro de la institución del geriátrico y en la medida que el paciente deba estar ahí. Al respecto, se señaló que el geriátrico demandado no puede ser respon-

(22) CNCiv., sala E, 14/08/2009, "Domínguez, Rubén J. c. Carrasco Romero, Laura P.", AR/JUR/31620/2009.

(23) CNCiv., sala D, 03/10/1995, "P., M. O. c. Establecimiento Geriátrico La Residencia SRL", LA LEY, 1996-E, 3, AR/JUR/3413/1995.

(24) JCiv. Com. Min. y Suc. Nº 3 Cipolletti, 11/12/2019, "Catalan, Alejandra y otro c. Pereira, Pablo D. y otros s/ daños y perjuicios (ordinario)", RCyS 2020-VI-187, AR/JUR/58655/2019.

(25) CCiv. y Com. de Junín, 02/06/2020, "V., R. A. y otro/a c. G., C. y otro/a s/ daños y perjuicios extracontractual (Exc. Autom./Estado)", RCyS 2020-VIII-73, AR/JUR/18272/2020. Como bien señala Coviello, la Corte Suprema con el tiempo ha ido precisando el concepto de la causalidad directa e inmediata al punto que le ha añadido también el requisito de la exclusividad, para culminar con la exigencia de que debe encontrarse ausente el deber jurídico de soportar el daño. (conf. COVIELLO, Pedro J. J., "El caso 'Columbia': nuevas precisiones de la Corte sobre la responsabilidad por actos estatales normativos", RDA, Depalma, Buenos Aires, 1992, año 4, nros. 9 a 11, p. 139). Entonces, es necesario que frente a la responsabilidad del estado por su actividad lícita se verifique la existencia de un sacrificio especial en el afectado y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño; siendo la exigencia de esos requisitos el resultado de una evolución jurisprudencial del Corte que tiene como hito fundamental la causa "Cantón" (Fallos 301:403), y que también se recepta en el caso "Columbia" (Fallos 315:1026) al igual que en los posteriores, "Revestek" (Fallos 318:1531) y "Cirlafain" (ED 166-267 y ss.); concluyendo que frente a un daño causado por la actividad lícita del Estado, los perjuicios deben provenir exclusivamente de la actividad estatal, no admitiéndose concausas, pues ellas pueden desplazar la responsabilidad estatal. 15/09/2005, "Coyla, Luis E. c. Policía de Río Negro y Prov. de Río Negro s/ daños y perjuicios s/ casación" (expte. 20089/05-STJ); CCiv. y Com. Junín, 02/06/2020, "V., R. A. y otro/a c. G., C. y otro/a s/ daños y perjuicios extracontractual (Exc. Autom./Estado)", RCyS 2020-VIII-73, AR/JUR/18272/2020.

sabilizado por la muerte de un anciano que fue atropellado por un tren durante su tiempo de paseo, en tanto no se acreditó que se hubiese puesto en conocimiento de las autoridades del hogar que éste padeciera de aterosclerosis senil, ni que se hubiese convenido una prohibición de salida, máxime si ingresó a la residencia por sus propios medios, demostrando autosuficiencia y no se hallaba sujeto a un régimen de "internación", sino de alojamiento **(26)**.

Recordemos que la atribución de responsabilidad derivada de la obligación de seguridad es objetiva, por lo tanto, los geriátricos ante la imputación concreta pueden alegar: el hecho de la víctima, el hecho de un tercero o bien el caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1729, 1730, 1731 del Cód. Civ. y Com.).

VII.12. El valor vida de las personas avanzadas en edad

La muerte de un anciano no produce daño material, desde que, normalmente, los pretensos damnificados (v.gr., herederos forzosos) no reciben ayuda de alguien que ya no produce en términos económicos.

Una cosa es admitir que la vida humana y las aptitudes personales tengan un valor económico, en consideración precisamente a lo que producen o pueden producir en el orden patrimonial para el propio sujeto u otros y otra muy distinta es afirmar que la vida humana constituye de por sí un valor económico ya que no tiene valor alguno en sí misma, sino por su aptitud o posibilidad de producir beneficios económicos.

Al respecto, se ha dicho que la vida no tiene valor material intrínseco en sí misma, sino que el daño consiste en las privaciones económicas configurativas de un lucro cesante en sentido amplio. Obviamente los montos resarcitorios serán diferentes para cada damnificado atendiendo a la índole de la vinculación con el fallecido y las situaciones vivenciales de cada uno de ellos en relación a las del propio occiso, debiéndose tener en cuenta que aquí no se computa la integral productividad de la víctima sino las contribuciones (de contenido económico aunque no necesariamente monetarias) de las que efectivamente pudieron verse privados, es decir de las prestaciones correspondientes a alimentos, colaboración o apoyo, que a raíz del deceso anticipado se han visto frustradas como beneficios de asistencia cesantes o como chance de recibir su ayuda.

Sin embargo en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta la edad de la occisa (85 años), sus condiciones de escasa movilidad y fundamentalmente el hecho de estar internada en un geriátrico, con la erogación que ello generaba a sus hijos conforme reconocen en la expresión de agravios, o sea imposibilitada de prestar cualquier ayuda monetaria o de otra índole, no puede decirse que desde el punto de vista económico su anticipado deceso hubiese provocado una merma patrimonial a sus hijos, independientemente claro está de la repercusión disvaliosa que ella aparejó desde el ángulo afectivo emocional **(27)**.

VII.13. El resarcimiento del daño extrapatrimonial

Diferente es el caso del resarcimiento del daño extrapatrimonial, el cual incluso no debe probarse en los familiares directos, pues se presume, es *in re ipsa* y no requiere de mayores explicaciones sobre su magnitud. Aunque siempre es difícil traducir y justificar el monto que se asigne, ya que ninguna suma en estos casos cumple el cometido de repararlo, en una relación afectiva y parental del grado corresponde recurrir al criterio de "satisfacciones sustitutivas y compensatorias" a que se refiere el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. a los fines de determinar su valor.

VIII. Responsabilidades penales ante lesiones dentro de un geriátrico

El titular de un establecimiento geriátrico puede ser condenado penalmente por las lesiones o contagios en los que puedan incurrir sus pacientes. Así se ha dicho que el titular de un establecimiento geriátrico debe ser condenado por el delito de lesiones culposas pues con su accionar creó un riesgo jurídicamente desaprobado que finalmente condujo a las lesiones sufridas por un anciano, siendo que omitió tomar los recaudos

(26) CNCiv., sala D, 14/07/2010, "Russo, Norma Elvira y otro c. Círculo Mutual de Suboficiales de la Policía Federal Argentina", RCyS 2011-II-128, AR/JUR/41325/2010.

(27) CCiv. y Com. Junín, 02/06/2020, "V., R. A. y otro/a c. G., C. y otro/a s/ daños y perjuicios extracontractual (Exc. Autom./Estado)", RCyS 2020-VIII, 73, AR/JUR/18272/2020.

suficientes para resguardar su integridad física ya que, tratándose de un paciente que padecía problemas de salud mental que eran ampliamente conocidos, lo dejó al cuidado de una persona sin experiencia ni título de enfermera **(28)**.

Se agregó que la condena impuesta al titular de un establecimiento geriátrico por el delito de lesiones culposas debe ser confirmada porque al concluir la sentencia que las malas condiciones de atención, contratación escasa de personal y no capacitado para el trato de adultos con problemas de conducta, creó un riesgo que se concretó y se verificó directamente en el resultado dañoso respecto de un anciano, se apoya en una selección y valoración de la prueba ajustada a las reglas de la sana crítica racional **(29)**.

Y se señaló que debe confirmarse la condena impuesta al titular de un geriátrico por el delito de lesiones culposas sufridas por un anciano al tratarse de quien reviste un particular rol donde las expectativas sociales sustentadas en normas positivas, lo coloca como responsable de la seguridad de los internados, respecto de quienes tiene la obligación de proveer y hacer cumplir las normas, reglamentaciones y conductas debidas en materia de higiene, seguridad y atención sanitaria, asistencia y médica **(30)**.

También puede atribuírsele responsabilidad penal al asistente terapéutico al no cumplir con el deber de cuidado de la persona mayor de edad. En este orden, se dijo que el asistente terapéutico de la víctima internada en un establecimiento geriátrico debe ser procesado por el delito de homicidio culposo, pues violó el deber objetivo de cuidado atribuible en virtud de la omisión de cortar debidamente la comida que le sirviera, conforme lo requerían las características físicas y mentales de aquella, dejándola luego sin supervisión durante unos momentos mientras almorzaba, produciendo esa negligencia el deceso del internado **(31)**.

También puede configurarse el delito de abandono de persona. Para que proceda la imputación por el delito de abandono de persona es necesaria la concurrencia de dolo del autor, que abarca el conocimiento de la acción típica, sea esta como desamparo o como abandono, la relación de causalidad que existe entre la acción y la creación del peligro y las circunstancias que fundamentan el peligro para la vida o la salud de la víctima, por lo cual no basta la comprobación de quehaceres descuidados o negligentes, que no sobrepasan el límite de la culpa **(32)**.

IX. Conclusión

Entre el paciente y el geriátrico hay una relación contractual basada en un contrato atípico. La institución geriátrica tiene el deber de vigilancia y seguridad con relación a quienes contratan sus servicios.

Existe una relación de consumo entre el paciente (persona mayor de edad) y la institución (arts. 1º, 2º y 3º, ley 24.240). La persona mayor de edad es un consumidor hipervulnerable por lo que resulta de aplicación de la res. 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.

Al generar un contrato de consumo con la institución, pesa sobre el geriátrico una obligación de seguridad (art. 5º, LDC), que conlleva un deber de indemnidad de la persona.

En cuanto al resarcimiento del daño causado por la muerte, el valor vida corresponde su procedencia en la medida que se acredite alguna actividad productiva y en su caso debe ser fijado en proporción a ella, lo cual en muchos casos es difícil que ocurra en las personas mayores de edad. Diferente es el caso del daño extrapatrimonial, el cual no requiere prueba pues se presume en los familiares y debe ser medido a través de las satisfacciones sustitutivas compensatorias.

(28) Voto del juez Borinsky en: CFed. Cas. Penal, sala IV, 14/10/2015, "G. F., J. A. s/ recurso de casación", AR/JUR/73992/2015.

(29) Voto del juez Hornos en: CFed. Cas. Penal, sala IV, 14/10/2015, "G. F., J. A. s/ recurso de casación", AR/JUR/73992/2015.

(30) Del voto del Dr. Gemignani: CFed. de Cas. Penal, sala IV, 14/10/2015, "G. F., J. A. s/ recurso de casación", AR/JUR/73992/2015.

(31) CNCrim. y Correcc., sala IV, 28/10/2013, "S. G., R. y otra s/ proc. y emb.", LA LEY del 03/04/2014, 5, LA LEY, 2014-B, 285, *Supl. Penal* 2014 (mayo), 64, LA LEY, 2014-C, 96, AR/JUR/74445/2013.

(32) CNCrim. y Correcc., sala VII, 24/08/2010, "Bellavita, Martín G. y otros", AR/JUR/45579/2010.

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES

Perro de raza pitbull que mata a un can de menor porte en el palier de un edificio. Derecho a una reparación. Ley 4078 de la Ciudad de Buenos Aires. Indemnización.

Con nota de Marcelo Hersalis

1. — La circunstancia expresamente admitida de que el perro de raza pitbull que atacó y mató al can de menor porte de la vecina vivía en su domicilio y se hacía cargo del animal indicaría que el demandado debe responder por los daños provocados **[1]**.

2. — La prueba de la agresividad del animal potencialmente peligroso ha sido puesta de manifiesto por la ineficacia de los esfuerzos de los vecinos para que el pitbull soltara su presa; e incluso por las declaraciones del agente de policía que, llamativamente, esperó la llegada del dueño para que fuera este quien lo neutralizase.

3. — El recurrente expresa que el can inexplicablemente salió del departamento siendo que por ello no llevaba correa, dado que se escapó solo, encontrándose en el hall del edificio con el perro de la actora. Tal explicación está lejos de la situación prevista en el art. 1127 del Cód. Civil, en cuanto a que "se hubiere soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de cuidarlo", pues pone en evidencia que no arbitró los medios como para evitar que el perro saliera de su propiedad. Lo menos que puede observarse es que omitió efectuar el cerramiento adecuado exigido por la ley 4078 de la Ciudad de Buenos Aires.

4. — El derecho a una reparación —en el caso, por daños causados por animales— se encuentra contemplado en los arts. 17 (derecho de propiedad) y 19 (no dañar a otro) de la Constitución Nacional y en tal carácter ha sido reconocido por la Corte Suprema; como así también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), entre otros, en sus arts. 5° (derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral), 21 (indemnización justa); y en su art. 63 (reparación de las consecuencias).

5. — Si solo se han detectado secuelas psíquicas —y no físicas—, deberán ser adecuadamente resarcidas. Si los menoscabos psíquicos generan incapacidad, han de ser reparados por este concepto, sin perjuicio de su repercusión ponderable al resarcir el daño moral.

6. — La circunstancia de que las secuelas sean leves y no le hayan impedido trabajar, como alega el recurrente, en modo alguno inhabilitan la determinación de una incapacidad, aunque sea acotada como la atribuida por la perita.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Perro que mata a un can de menor porte en el palier de un edificio.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $80.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $20.000

Daños varios: Se confirma la indemnización por gastos.

CNCiv., sala G, 01/03/2021. - P. I, A. I. c. D., J. D. y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/1003/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala I, 18/11/2020, "Lazarte, Emilia Clementina c. Jerez, Alejandro Jesús s/ daños y perjuicios", La Ley Online, AR/JUR/65623/2020.

COSTAS

Al demandado.

Expte. N° CIV 87.589/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 1 de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Carranza Casares* dijo:

I. La sentencia

La sentencia de fs. 296/316 hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por A. I. P. y condenó a J. D. D. al pago de $110.000, más intereses y costas por los daños provocados por su perro *pitbull* el 22 de

mayo de 2015 en el edificio de la calle ... de esta ciudad. A la par desestimó el reclamo dirigido contra el consorcio de copropietarios.

II. El recurso

El fallo fue apelado por el vencido, que presentó su memorial a fs. 328/336, contestado a fs. 338/344, en el que cuestiona la responsabilidad asignada y lo determinado en concepto de incapacidad, daño moral y material emergente.

III. Ley aplicable

Aclaro, que en razón de la fecha en la que tuvieron lugar los hechos fundamento del reclamo, no corresponde la aplicación retroactiva de la normativa de fondo del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Cód. Civil), sin que se advierta, ni menos aún se haya demostrado, que la aplicación de las nuevas disposiciones pudiesen conducir a un resultado diverso al arribado.

IV. Responsabilidad

La regulación de los daños provocados por animales ha sido una preocupación manifestada desde la antigüedad como lo atestiguan previsiones del libro del Éxodo (21, 28-32), de Las leyes de Platón (libro IX) y del Código de Hammurabi (250, 251, 252) **(1)**.

Vélez Sarsfield reguló el tema bajo el título de los daños causados por animales en ocho artículos que es necesario recordar.

Como regla, el propietario de un animal, doméstico o feroz, es responsable del daño que causare. La misma responsabilidad pesa sobre la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él, salvo su recurso contra el propietario (art. 1124). La responsabilidad del dueño del animal tiene lugar, aunque el animal, en el momento que ha causado el daño, hubiere estado bajo la guarda de los dependientes de aquel. No se salva tampoco la responsabilidad del dueño, porque el daño que hubiese causado el animal no estuviese en los hábitos generales de su especie (art. 1126).

El propietario de un animal no puede sustraerse a la obligación de reparar el daño, ofreciendo abandonar la propiedad del animal (art. 1131) **(2)**.

La normativa del Cód. Civil original dio lugar a distintas interpretaciones vinculadas con el tipo de responsabilidad que preveía, subjetiva u objetiva.

En este sentido, ha dicho la sala que la concepción subjetiva de la responsabilidad del dueño del animal es la doctrinariamente conocida como "culpa en la guarda" según la teoría francesa de los hermanos Mazeaud que en nuestro medio adoptó Llambías, en tanto que la corriente más actual prescinde lisa y llanamente de la idea de culpa para atenerse a un factor objetivo de imputación **(3)**.

Tradicionalmente se sustentó el deber de responder del dueño o guardián del animal en la noción subjetiva de culpa, por no haberlo vigilado o cuidado correctamente a efectos de evitar que ocasione un daño; pero más modernamente la doctrina se inclina por encuadrar la situación fundando la responsabilidad en el riesgo creado **(4)**.

Es dable mencionar que también se han propuesto posturas intermedias **(5)**.

Los artículos recordados establecen ciertamente una presunción de responsabilidad (o de culpa) con excepciones como la excitación del animal por un tercero (art. 1125) la fuerza mayor o culpa imputable al que sufrió el daño (art. 1128) o la provocación por el animal ofendido (art. 1130), que se relacionan con la aparición de una causa ajena al dueño o guardián, a la manera de lo que ocurre con la responsabilidad objetiva.

El art. 1127 contempla una exención vinculada con la responsabilidad subjetiva ya que la exime si el animal "se hubiere soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo".

Al respecto se ha señalado que aun cuando se sostenga que el Cód. Civil lo autoriza a ello, le será virtualmente imposible al guardián o guardador acreditar que sin culpa de él se soltó o se extravió el animal que luego causó el daño. Es que, en verdad, nos encontramos ante una genuina "obligación de resultado" a cargo del guardián y entonces el incumplimiento o el fracaso de esa obligación de custodia o guarda ponen de manifiesto ineluctablemente la culpa del mismo guardador. Este debió tomar las precauciones pertinentes para que el animal no se soltara ni extraviara; y desde que no puede considerarse un imposible la tarea que le competía de cuidar del animal, entonces se concluiría que si la bestia se escapó es porque no se tomaron las medidas y precauciones del caso. El simple incumplimiento muestra la negligencia del guardador y compromete su responsabilidad, de modo que solo pueda liberarse por vía de la demostración de la falta de víctima, o de un tercero, o de un caso fortuito ajeno a la tarea de custodia. En suma, genéricamente, debe acreditar la "causa ajena" **(6)**.

La jurisprudencia de la Cámara Civil se expresado a favor de la responsabilidad objetiva **(7)** o por una postura que a partir de la presunción de culpa arriba a resultados similares **(8)**.

En la actualidad el Cód. Civ. y Comercial ha simplificado las soluciones al tratar el tema en un solo artículo y al determinar claramente la responsabilidad objetiva. Dice el art. 1759 que el daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en el art. 1757 (Hecho de las cosas y actividades riesgosas).

A la luz de lo expuesto he de examinar esta causa.

Ante todo, observo, en relación con lo manifestado por el vencido respecto del sobreseimiento dictado en el expediente criminal, que el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital del 2 de abril de 1946, "Amoruso, Miguel G. y otra c. Casella, José L.", expresa que: "El sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal, no hace cosa juzgada en el juicio civil, el primero en absoluto y la segunda respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados".

Y en similar sentido ha expresado la Corte Suprema que la autoridad de cosa juzgada reconocida por el art. 1103 del Cód. Civil (ver art. 1777 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) a la sentencia penal absolutoria queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, pero sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa **(9)**.

De allí que en nada obsta el sobreseimiento para el dictado de una sentencia de condena en este proceso civil.

En esta causa no es materia de controversia que el perro *pitbull* del demandado J. D. D., encargado del edificio, mató al perro de la demandante llamado "B.".

En el juicio penal iniciado a raíz del hecho, el agente de policía interviniente dio cuenta el mismo día del suceso que en el palier de la planta baja del edificio de la calle ... "observa a un grupo de personas que se encontraban intentando separar a dos caninos que se hallaban forcejeando siendo uno de estos de la raza *Pitbull*, el cual tenía al restante canino sujetado desde su mandíbula a la altura del cuello y que lo sacudía de un lado hacia el otro sin cesar, siendo que el otro perro al parecer no tenía signos de vida. Que ante esto el declarante intenta realizar lo mismo que las personas presentes en el lugar, pero denotando el *pitbull* una agresividad hacia cualquier persona que intentaba acercarse a este, pero que luego de unos momentos el dueño del mismo logra hacer que su mascota desprendiera de la boca al otro perro, procediendo a encerrarlo en el interior de la portería".

A. P. Z., domiciliada en el edificio, contó en ese proceso que diez minutos antes al regresar a su hogar junto con su hija se le había acercado el *pitbull* y le había olfateado la pierna. Cuando estaba en su departamento escuchó gritos y bajó "vi al perro ese grande agarrando el perro chiquito de P., creo que cuando bajé lo había destrozado ya" (fs. 25).

Otra vecina, G. C. C., narró que "bajé despacio por las escaleras y vi al perro grande este, el *pitbull*, destrozando al perro chico, que estaba muerto ya, había sangre. Estaba la hermana del portero limpiado con un trapo, y nadie podía hacer nada ante esa situación, llegó la policía que preguntó por el dueño, nadie sabía dónde estaba, hasta que apareció de repente. Entró el encargado, habló con la policía y se acercó al perro soltó al otro perro y lo metió en el departamento" (fs. 26).

E. N. D., hermana del demandado, relató "sentí los gritos de ella y bajé inmediatamente, tratamos de separar a los perros con otro vecino, cuyo nombre no recuerdo, creo que vive en PB al lado del ascensor. No llegamos a separar a los perritos porque el perro grande agarró al chiquito y justo ahí pasó un policía. Llegó la policía y al minuto llegó mi hermano, el dueño del perro" (fs. 27).

En el proceso civil, A. P. Z. amplió sus dichos respecto del "pitbull, color galletita, té con leche, marrón clarito", "se vino corriendo desde el fondo el perro, yo estaba con mi hija que la puse detrás de mí por miedo, el perro frenó delante nuestro, me empezó a olfatear la pierna y todo, la verdad que era bastante intimidante, me asusté por mi hija y por mí, dije 'chau pierdo la pierna'...". Minutos después empezó a escuchar gritos "Lo que vi es a este perro enorme con otro perrito en la boca, que corría de un lado para el otro, con sangre alrededor, y me fui. No podía hacer nada yo y me ponía en riesgo, y escuchaba el llanto de una mujer que venía del fondo, de las escaleras que dan al segundo cuerpo...era un llanto desconsolado". Agregó que su marido que regresaba a su hogar le contó "que la policía no ingresaba porque la única opción era matarlo porque seguía con el bicho en la boca y que pudo ingresar cuando vino el encargado, le dio voz de alto al perro, largó a la presa y lo agarró". "El olor a sangre era repugnante, mi hija quedó consternada durante días, le tuve que explicar a mi hija a qué se debía. El olor estuvo durante días, no salía con nada" (fs. 139/141).

G. C. C. volvió a contar "cuando yo bajé vi que el *pitbull* estaba sobre el perro chico" y estaban en ese momento la hermana del encargado, un vecino y otras personas, cuando llegó la policía ella se retiró. Añadió que "el lugar del hecho fue la planta baja y había restos de sangre en el pasillo" (fs. 137/138).

G. F. S., otro habitante del edificio, dijo "Vi que había un perro grande con uno chiquito. Vi que el pe-

rro grande tenía agarrado del cuello el perro chiquito y que caminaba por el palier, después yo subí a mi casa porque qué podía hacer yo. Vi ahí a la señora P., que estaba en el pasillo, entonces la acompañamos y la dejamos dentro de mi casa, ahí es donde se lavó las manos. No sé si la señora tenía algún tipo de lesión" (fs. 142).

E. E. M., también vecina, expresó "yo estaba afuera del edificio y no me dejaron entrar. Lo que yo vi es que estaba un perro muerto, era chico, el color era oscuro. Yo estaba con mi hija no quería que viese nada. Cuando yo entro con mi nena veo a la dueña del perro que estaba sentada en la escalera, la invito a mi casa, porque estaba con sangre en las manos, para que se las lave y mi marido G. F. S., le dio un vaso de agua". "Vi sangre en el largo del palier, el olor a sangre..." (fs. 154/155).

El demandado aun en el memorial se refiere al perro *pitbull*, que se llamaría W. (fs. 53 vta.) como "el perro que vivía en mi domicilio", como si no quisiera asumir que era su propietario. Sin embargo, tanto su hermana como la administradora del consorcio de copropietarios (fs. 59) así lo han señalado y, hasta él mismo se ha referido a "mi perro" a fs. 67 de proceso penal. Asimismo, en los documentos del Instituto de Zoonosis figura como propietario o tenedor responsable (fs. 111 y fs. 170/172). De todos modos, la circunstancia expresamente admitida que vivía en su domicilio y se hacía cargo del animal indicaría que debe responder por los daños provocados (art. 1124 citado).

El propio demandado ha acompañado, además, la carta documento que le dirigió la administradora que expresa "atento a los graves hechos ocurridos el día 22 de mayo de 2015 entre las 19 y 20 horas, en que el perro de su propiedad se encontraba circulando por espacios comunes del consorcio y habiendo atacado y matado a un can de una copropietaria, atento a la gravedad del hecho ocurrido y la falta de guarda de su mascota se le aplica sanción disciplinaria de suspensión por dos días" (fs. 59). Y en la asamblea realizada en el hall del edificio el 27 de julio de 2015 él manifestó que era su voluntad reparar el daño causado por su perro con dinero de su propio peculio y por decisión propia ya que desde su punto de vista el consorcio no era culpable de sus errores (fs. 53 y 275).

En el memorial aduce que no está acreditado cuál de los perros fue el que atacó primero, sin advertir que aun desde la perspectiva subjetiva ya señalada la prueba de la provocación del "animal ofendido" estaba a su cargo como para desvirtuar la presunción de culpa (arts. 1124 y 1130 aludidos) **(10)**. Con mayor razón ello es así si encuadra el supuesto como de responsabilidad objetiva.

Además, no se ha alegado ni, menos aún, demostrado que el *pitbull* hubiera tenido siquiera algún rasguño provocado por el perro de menor porte.

No puedo soslayar, en este orden de ideas, que la ley 4078 de la Ciudad de Buenos Aires (año 2011) reputa a los perros de la raza *pitbull* terrier como "perros potencialmente peligrosos" (art. 3) y dispone que sus dueños "deberán llevarlos por la vía pública provistos de bozal y sujetos con una correa corta de un máximo de dos metros no extensible" y "en propiedades privadas se deberá garantizar un cerramiento adecuado para proteger a las personas que desde el exterior se acerquen a ellas" (art. 6). Los dueños o tenedores de perros considerados potencialmente peligrosos deberán contar con seguro de responsabilidad civil que cubra los gastos de los daños o lesiones que puedan producir los mismos a terceros (art. 9).

El recurrente expresa que "el can inexplicablemente salió del departamento siendo que por ello no llevaba correa, dado que se escapó solo, encontrándose en el hall del edificio con el perro de la actora" y al ser indagado ensayó una explicación al decir que "ese día aparentemente el perro debe haberse colgado del picaporte y abrió la puerta, pero como no estuve no puedo afirmarlo, imagino que eso es lo que sucedió porque no pudo haber pasado otra cosa".

Tal explicación, obvio es decirlo, está lejos de la situación prevista en el citado art. 1127 en cuanto a que "se hubiere soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de cuidarlo", pues pone en evidencia que no arbitró los medios como para evitar que el perro saliese de su propiedad. Lo menos que puede observarse es que omitió efectuar el "cerramiento adecuado" exigido por la citada ley 4078.

La prueba de la agresividad del animal potencialmente peligroso, asimismo, ha sido puesta de manifiesto por la ineficacia de los esfuerzos de los vecinos para que el *pitbull* soltara su presa, e incluso por las declaraciones del agente de policía que, llamativamente, esperó la llegada del dueño para que fuera este quien lo neutralizase.

Este cúmulo de razones me inducen a postular la confirmación de la responsabilidad adecuadamente atribuida en la sentencia.

IV. Los daños

En la determinación de los daños, como es criterio de esta Sala, no he de aplicar el Cód. Civ. y Com. de la Nación por no encontrarse vigente al tiempo de configurarse el perjuicio constitutivo de la responsabilidad (cf. art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Cód. Civil) **(11)**.

Al respecto, tengo presente que el derecho a una reparación se encuentra contemplado en los arts. 17 (derecho de propiedad) y 19 (no dañar a otro) de la Constitución Nacional y en tal carácter ha sido reconocido por la Corte Suprema **(12)**; como así también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), entre otros, en sus arts. 5 (derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral), 21 (indemnización justa); y en su art. 63 (reparación de las consecuencias) **(13)**.

a. Incapacidad

Este tópico, enmarcado en el derecho a la salud y a la integridad, cuenta con soporte constitucional.

El derecho a la salud está reconocido en los arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ver asimismo el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Y el derecho a la integridad física está contemplado en el art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ver asimismo el art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Esta sala reiteradamente ha sostenido que el daño psíquico no constituye una partida autónoma ya que carece de autonomía indemnizatoria pues, en tanto daño patrimonial indirecto, integra el de incapacidad y en cuanto a aspecto extrapatrimonial, el daño moral. Es que, en realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que solo pueden comportar daños patrimoniales indirectos —incapacidad— o daño extrapatrimonial —moral— **(14)**.

En tal orden de ideas la Corte Suprema ha postulado que, aunque se reconozca autonomía conceptual al daño psíquico o psicológico por la índole de la lesión que se causa a la integridad psicofísica de la persona, ello no significa que haya de ser individualizado como un rubro compensatorio autónomo para ser sumado al daño patrimonial o moral **(15)**.

Obviamente, si solo se han detectado secuelas psíquicas —y no físicas— estas deberán ser adecuadamente resarcidas. Si los menoscabos psíquicos generan incapacidad, como se ha verificado en esta causa, han de ser reparados por este concepto, sin perjuicio de su repercusión ponderable al resarcir el daño moral.

Tal como lo ha expresado el máximo tribunal federal en múltiples oportunidades, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad deber ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida **(16)**.

El apelante hace especial hincapié en que no está probado que el *pitbull* hubiera mordido a la reclamante, pero parece no advertir que el juez no ha tenido por demostrada esta circunstancia que calificó como "por demás controvertida" (lo que ha sido consentido por la actora) y no otorgó reparación alguna por secuelas físicas.

La perita psicóloga en su dictamen de fs. 179/185 señaló a raíz de lo acontecido se observaba una fuerte orientación paranoide tanto a nivel conductual como cognitivo, lo que implicaba que la demandante percibía al medio como una amenaza para su integridad, sintiéndose culpada, maltratada o castigada injustamente, y concluyó que presentaba una incapacidad del 2% como consecuencia del incidente por padecer una reacción vivencial anormal neurótica (R.V.A.N.) con manifestación fóbica, gado II.

La eficacia probatoria del dictamen ha de estimarse de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal), teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, las observaciones formuladas y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477 del citado cuerpo legal).

A pesar de que en nuestro sistema el peritaje no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que haya llegado, en tanto no adolezca de errores manifiestos, o no resulte contrariado por otra probanza de igual o parejo tenor **(17)**.

Aun cuando las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ellas se requiere, cuanto menos, que se les opongan otros elementos no menos convincentes **(18)**. Si no se observan razones que

desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio **(19)**.

Ello es lo que ocurre en el caso pues las impugnaciones formuladas por el demandado a fs. 191/192 sin aval de profesional en la materia fueron suficientemente respondidas por la experta a fs. 215/218, sin que explique el apelante las consecuencias de haber utilizado una versión del manual estadístico distinta de la por él indicada en el memorial. Además, recuerdo que al responder a las observaciones, la licenciada en psicología destacó la circunstancia de que no había participado ningún consultor técnico en el estudio practicado, explicó que el hecho por ser un acto irruptor y abrupto, algo inesperado, había roto con su posicionamiento y que observaba en la peritada una actitud cautelosa, alerta, expectante y temerosa que suponía la presencia de síntomas que reaparecían toda vez que era necesario evitar una situación de peligro como medio de defensa. Por otra parte, la perita ya había manifestado en su dictamen que la examinada se había inclinado a exagerar levemente el malestar percibido, pero había aclarado que su perfil no cumplía con los criterios de simulación.

Advierto, asimismo, que la circunstancia de que las secuelas sean leves y no le hayan impedido trabajar, como alega el recurrente, en modo alguno inhabilitan la determinación de una incapacidad, aunque sea acotada como la atribuida por la perita.

Pongo de relieve, al efectuar la estimación del tópico por incapacidad, que como este tiene por fin compensar la genérica disminución de aptitudes patrimoniales tanto en el aspecto laboral o profesional como en las áreas social, familiar y educacional, debe acordársele un capital que, invertido razonablemente, produzca una renta —a una tasa de descuento pura— destinada a agotarse junto con el principal al término del plazo en que razonablemente pudo haber continuado desarrollando actividades de tal índole **(20)**.

Por ello, como regla, ha de tomarse en consideración la disminución de la aptitud del demandante para realizar actividades productivas hasta la edad jubilatoria y las económicamente valorables hasta la de expectativa de vida **(21)** según fuentes del INDEC **(22)**.

En razón de todo lo dicho, habida cuenta las condiciones personales de la damnificada a la fecha del hecho: de 56 años, soltera, psicóloga y empleada en la Obra Social Ferroviaria con ingresos acreditados de $15.512, domiciliada en el inmueble donde ocurrieron los hechos (fs. 1, 4, 9 y 51 de la causa penal; fs. 1, 2, 3 y 6 del incidente de beneficio de litigar sin gastos, y fs. 179, 220, 230 y 231 del principal), propicio mantener los $20.000 establecidos en el fallo.

b. Daño moral

En lo atinente a la reparación del daño moral —prevista en los aplicables arts. 522 y 1078 del Cód. Civil y en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación— sabido es que está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, cobrando especial importancia la índole de las lesiones y el grado de menoscabo que dejaren, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración.

El detrimento de índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume —por la índole de los daños padecidos— la inevitable lesión de los sentimientos de la demandante y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir —dentro de lo humanamente posible— las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por el actor, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este **(23)**.

Al respecto, tomo en consideración las características de la agresión y muerte de la mascota elocuentemente descripta por los testigos, lo señalado por el agente de policía en cuanto a que “se encontraba muy consternada sentimentalmente, por lo que casi no podía hablar” (fs. 1 vta. causa penal), lo cual fue corroborado por los dichos de los vecinos “tengo entendido que ese animalito lo tenía desde que nació” (fs. 138), “era un llanto desconsolado” (fs. 140), “estaba devastada, completamente deprimida, llorando, muy angustiada” (fs. 140 vta.), “dejé de verla en el edificio y me enteré que se había ido a vivir a otro lado y que había alquilado el departamento” (fs. 141), “estaba llorando” (fs. 142 vta.).

De igual modo testimoniaron las pacientes de la reclamante “me dejó de atender, hacía terapia en ese edificio y bueno desde esa fecha nunca más, era su mascota, le tenía mucho cariño...” (fs. 230), “tuvo que dejar de atender, al menos eso fue lo que pasó conmigo” (fs. 231). Y una amiga contó que “quedó tan desestabilizada y no pudo atender pacientes allí. Tuvo que hacer un tratamiento psicológico ella también, tuvo que comenzar terapia para recuperarse porque era inevitable cada vez que entraba a su casa recrear el suceso que había ocurrido ese día” (fs. 143 vta.).

En consecuencia, ponderando lo reclamado, las mencionadas condiciones personales y sociales del reclamante, la existencia de un padecimiento espiri-

tual provocado por el incidente y sus especiales características, como así también las secuelas sufridas ya descriptas, postulo no disminuir la suma de $80.000 asignada por la sentencia.

c. Gastos

Se ha dicho reiteradamente que los gastos médicos y farmacéuticos deben ser admitidos, aun cuando no estén acreditadas las erogaciones que se afirma haber realizado, si las lesiones sufridas presuponen necesariamente la existencia de tales desembolsos, pues, aunque la víctima haya sido tratada en un establecimiento gratuito o dependiente de una obra social, los gastos en medicamentos corren por cuenta del interesado **(24)**. Bien entendido que el resarcimiento solo deberá cubrir la parte no abarcada por la gratuidad **(25)**.

El juez ha expresado que constituye un dado objetivo que la damnificada al día siguiente del ataque asistió a un centro antirrábico donde se le indicó que debía aplicarse tres vacunas antirrábicas y ello no está controvertido (ver también documento de fs. 262).

Además, la interesada acompañó comprobantes sobre el costo del traslado y cremación del perro (fs. 260 y 261).

Tales erogaciones y las que son dables presumir en traslados personales, guardan adecuada relación causal con el ataque propinado por el perro del apelante (arts. 901 a 906 del Cód. Civil; ver art. 1726 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), por lo que propongo mantener la suma establecida por el magistrado.

VI. Conclusión

En mérito de lo expuesto, después de haber examinado las argumentaciones y pruebas conducentes propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada, con costas de esta instancia al vencido (art. 68 del Código Procesal).

Los doctores *Polo Olivera* y *Bellucci* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Carranza Casares*.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: I. Confirmar la sentencia apelada, con costas de esta instancia al demandado vencido. II. Los honorarios se fijarán una vez establecidos los de la instancia anterior. III. Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese a las partes en el domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la Acordada 24/2013 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. — *Carlos A. Carranza Casares.* — *Gastón M. Polo Olivera.* — *Carlos A. Bellucci.*

(1) Ver FUMAROLA, Luis Alejandro, "La responsabilidad civil derivada de los daños causados por animales", en RCyS 2017-VI, 13.

(2) El daño causado por un animal feroz, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban (art. 1129).

(3) CNCiv., sala G, L.73.510, "Escudero c. Da Costa", del 19/10/1990, en ED, T. 140, p. 390.

(4) CNCiv., sala G, L. 483.446, "Rategni c. Santoro", del 05/10/2007.

(5) MÜLLER, Enrique, "Responsabilidad por daño causado por animales", en: RCyS 2015-IV, 190; HIRALDE VEGA, Germán D., "Daños causados por mordeduras de perro", en: DJ 16/09/2009, 2573; HAUSER, Julieta B. - OSSOLA, Federico A., "Legitimación pasiva en la responsabilidad por daños generados por animales. Aspectos sustanciales y procesales", en: SJA 18/03/2020, 48, JA, 2020-I. Ver, asimismo, SAGARNA, Fernando Alfredo, "Fundamento de la responsabilidad civil por el hecho de los animales (mordedura de perro)", en: LLBA 1996-941, 1996.

(6) CASIELLO, Juan José, "Responsabilidad por daños causados por animales", en LA LEY, 1992-C, 242; Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales VI, 853.

(7) CNCiv., sala A, "Scaglia, Alicia F. D. c. La Delicia Felipe Fort SA", del 06/05/1997, Cita Online: AR/JUR/3162/1997; sala A, "Terzi, Jorge L. c. Gabriele, María R.", del 21/02/2007, Cita Online: AR/JUR/316/2007; sala A, "Palacio, Alberto J. c. Prattico, Carmelo y otro", del 26/02/2008, Cita Online: AR/JUR/255/2008; CNCiv., sala K, 16/09/2008, "Pysanjuk de Sander, Amelia M. c. Cooperativa de Provisión de Servicios Recreativos, Deportivos, Turísticos y de Consumo gran Buenos Aires Ltda."; sala K, 07/06/2010, "R. O. R. c. C. E. s/ daños y perjuicios", MJJ58529; CNCiv., sala J, 13/08/2010, "Luciani, Nelly c. Herszague, León y otros", LA LEY, 2010-E, 311.

(8) CNCiv., sala F, 07/05/2008, "Singer, Aurora S. c. Aramburu, Juan Carlos", ED, 229-222; JA, 2008-IV-247; AR/JUR/3510/2008; CNCiv., sala G, L. 73.510, "Escudero c. Da Costa", del 19/10/1990, en ED, T. 140, p. 390; sala G, "Cañadell, Carina E. c. Taglia Ferro, Manuel H.", del 06/09/2005, Cita Online: AR/JUR/4640/2005.

(9) Fallos: 319:2336; 325:1787 y 326:3096.

(10) Ver CNCiv., sala G, L. 483.446, "Rategni c. Santoro", del 05/10/2007 y sus citas de Llambías, Aguiar y Bustamante Alsina.

(11) CNCiv., esta Sala, CIV/11.380/2012/CA1, del 18/08/2015 y numerosos precedentes a partir de entonces; ver doctrina del fallo plenario "Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu SA", del 21/12/1971, en LA LEY 146, p. 273; y en similar sentido CNCiv., sala E, Expte. 101.221/07, del 15/07/2016; ídem sala F, Expte. 13.793/12; íd., sala I, Expte. 25.837/10, del 11/12/2015.

(12) Fallos: 308:1118 y 1160; 320:1996; 325:11.

(13) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de reparaciones y costas del 21 de julio de 1989. Serie C No. 7; caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, n. 189; caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, n. 222; entre otras.

(14) ZANNONI, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", 2ª ed., ps. 157/166 y sus múltiples referencias; esta Sala, L. 163.509, del 06/06/1995; L. 169.841, del 20/07/1995; L. 205.632, del 26/11/1996; L. 219.296, del 02/07/1997 y L. 521.482, del 21/04/2009, entre muchos otros concordantes.

(15) Fallos: 326:847. 2774; 318:1715; 320: 1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874.

(17) Fallos: 331:2109.

(18) Fallos: 321:2118.

(19) Fallos: 329:5157.

(20) CNCiv., esta Sala, L.169.841, del 20/07/1995; L. 492.653, del 12/12/2007; L. 462.383, del 06/03/2007 y L. 491.804, del 14/12/2007; CIV/1339/2009/CA1, del 28/09/2015; cf. Fallos: 318:1598 y art. 1083 del Cód. Civil aplicable en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho generador de la deuda y arts. 1740 y 1746 del Cód. Civ. y Com. De la Nación.

(21) Fallos: 331:570.

(22) Instituto Nacional de Estadística y Censos [Argentina]. Centro Latinoamericano de Demografía [Santiago de Chile]. Estimaciones y proyecciones de población: Total del país: 1950-2015. (Serie Análisis Demográfico, n. 30). Buenos Aires: INDEC, 2004.

(23) Fallos: 334:1821; 332:2159; 330:563, entre otros.

(24) CNCiv., esta Sala, L. 497.770 y 497.771, del 04/12/2008; L. 530.337, del 14/08/2009, y L. 558.746, del 26/11/2010, entre muchos otros.

(25) CNCiv. , esta Sala, L. 504.149, del 25/08/2008; L. 526.164, del 15/05/2009; L. 550.300, del 08/07/2010, entre otros.

Responsabilidad del dueño de un animal peligroso

Marcelo Hersalis (*)

Sumario: I. Antecedentes.— II. Características del animal.— III. Introducción.— IV. Legislación anterior.— V. Daños causados por animales en el Código Civil y Comercial.— VI. El consorcio de copropietarios.— VII. Colofón.

I. Antecedentes

La sentencia de fs. 296/316 hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por A. I. P. y condenó a J. D. D. al pago de $ 110.000, más intereses y costas por los daños provocados por su perro pitbull el 22/05/2015 en el edificio de la calle Bartolomé Mitre de esta ciudad. A la par desestimó el reclamo dirigido contra el consorcio de copropietarios.

II. Características del animal

El pitbull, cuyo nombre completo es el de *american pitbull terrier*, es una raza de perro **(1)** muy conocida en todo el mundo. Se desempeñan en la detección de drogas, como mascotas **(2)** y en los servicios de seguridad con total dedicación.

Sus orígenes se remontan al siglo XIX, cuando en el Reino Unido (Inglaterra, Escocia e Irlanda) comenzaron a experimentar en la cruza entre terriers y bulldogs. Se buscaba obtener una raza con la bravura de los primeros y la fuerza de los segundos. El pitbull tiene una gran cabeza y su boca tiene músculos bien desarrollados. En sus inicios se usaron como perros de pelea y tuvieron gran éxito en Estados Unidos a partir de la década del '70. La agresividad del pitbull se desarrolla solo si el dueño lo quiere, o, mejor dicho, si el entrenamiento está basado en el ataque **(3)**.

(*) Profesor titular permanente (UAI); profesor de grado y posgrado (UBA); doctorando (UCES), tesis en preparación.

(1) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Los animales frente al derecho ¿un nuevo paradigma?, RDAmb 60, 14, Cita Online: AR/DOC/3028/2019, "Cabe entonces preguntarse cómo se manejó la categoría animal desde la perspectiva del binarismo. Tradicionalmente, los animales fueron solo objeto; así se regularon en los códigos decimonónicos, siguiendo las fuentes romanas. Por eso, desde la perspectiva metodológica, en esos ordenamientos jurídicos, los animales se encuentran en la clasificación de las cosas: son cosas muebles semovientes".

(2) HIRALDE VEGA, Germán, "Daños causados por mordeduras de perros", DJ 16/09/2009, 2573, Cita Online: AR/DOC/2271/2009 "En las ciudades urbanas actuales, forman parte del paisaje cotidiano las jaurías de perros que rodean a los paseadores en las veredas o en las plazas, como también los vecinos que recorren el perímetro de la manzana de su hogar o el trayecto de su vivienda hasta la plaza acompañado de su perro. De este modo, los perros de compañía se han convertido en un fenómeno urbano propio de las últimas décadas".

(3) ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, 4ª ed., nº 1734 p. 711; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, 6ª ed. nº 1129 p. 390 y nº 1159 p. 396; HORVATH, P., "La responsabilidad objetiva en el derecho privado", en JA, doctrina, 1970, ps. 564 y ss. SALERNO, voz "Animales", en ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto, "Enciclopedia de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 422/429; SALERNO, Marcelo U., "Daños causados por animales", en "Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina", Universidad del Museo Social Argentino - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, tomo II, ps. 77/86. TRIGO REPRESAS, Félix, "La responsabilidad extracontractual objetiva en el Código Civil", en Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, "Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield", Córdoba, 2000, tomo II, p. 573. "...dado que la propiedad de un animal peligroso en sí mismo es factor de atribución, al ponerlo en contacto con los humanos a quienes puede dañar...".

El carácter del pitbull se caracteriza por la estabilidad emocional, la tolerancia con los niños, la afectuosidad con la familia, *la no sociabilidad con los extraños que considere peligrosos, la aptitud para la guardia y la dominancia con otros perros* **(4)**.

III. Introducción

Es de destacar **(5)** que existe unicidad en el régimen de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial; como lo expresan sus *Fundamentos*, la homogeneidad radica en lo relativo a los aspectos generales que determinan la responsabilidad por daños, mientras que la problemática del incumplimiento y su ejecución es regulada en el campo patrimonial.

Corresponde destacar, en forma expresa, la importancia de la unicidad de la responsabilidad civil y su consagración normativa, tal como se requería en la doctrina, lo cual ha sido manifestado por Bueres, al afirmar que "las diferencias entre las órbitas contractual y aquiliana deben solucionarse a través de una reforma legislativa" **(6)**.

Consideramos un acierto la exposición de la unicidad que efectúa el Código Civil y Comercial **(7)**, porque el tema referido a las órbitas de la responsabilidad civil, que está enfocado en el problema de la unidad o dualidad, concuerda con la unicidad de la moderna concepción de la responsabilidad resarcitoria centrada en el daño y en la víctima; mas no en la culpa y en el victimario. De ello se concluye que si el centro del deber de resarcir constituye el daño injustamente sufrido **(8)**, la consecuencia lógica es sostener que esta es una sola, vale decir, la unicidad del fenómeno resarcitorio, sin tener en cuenta el origen del menoscabo padecido; más aún, considerando que al damnificado le interesa saber quién se lo va a reparar, cuánto, cuándo y cómo.

IV. Legislación anterior

En los últimos años son crecientes las reclamaciones **(9)** por daños causados por animales, no siendo novedosas **(10)**, y es dable destacar que existe un poseedor del animal y alguien que se sirve de él, y por lo tanto es responsable de los daños causados por los animales **(11)**: en este aspecto Vélez Sarsfield proyectó la regulación de la responsabilidad por daños causados por animales teniendo, fundamentalmente, en cuenta las características socioeconómicas imperantes de la Argentina en el siglo XIX **(12)**, posición tomada por Franzoni, al expresar la importancia y la re-

---

(4) SC Buenos Aires, "G., M. F. y otro c/ Municipalidad de La Plata s/daños y perjuicios", 22/04/2009; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; 94258; RC J 8199/10 "De acuerdo a lo normado por el art. 1124 del Código Civil, el propietario de un animal doméstico o feroz, o quien se sirve de él, es responsable del daño que causare. Cuando ese animal es feroz, el codificador agrava claramente las consecuencias para su guardador, ya que de acuerdo a lo normado por el art. 1129 del citado ordenamiento el daño causado en tal hipótesis, cuando la bestia no reporta "utilidad para la guarda o servicio de un predio", será siempre imputable al que lo tenga "aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardaban" (Del voto en disidencia del Dr. Hitters)".

(5) FUMAROLA, Luis, "Configuración de la responsabilidad civil de los daños causados por animales", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2017, t. II, Cita: RCD 103/2018

(6) BUERES, Alberto, "Naturaleza de la responsabilidad médica", en BUERES, Alberto - ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 41.

(7) FUMAROLA, Luis, "Responsabilidad civil por el transporte de personas y cosas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho de Daños, Nº 2012-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 432; "Configuración de la responsabilidad civil médica a la luz del Código Civil y Comercial", RCyS IV-215, La Ley, Buenos Aires, 2015.

(8) MAZEAUD, Henri - TUNC, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", trad. de la 5ª ed. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, 1961, t. I, vol. I, p. 2.

(9) HERSALIS, Marcelo, "Daños causados por animales", LA LEY, 2010-E, 312; AR/DOC/6774/2010.

(10) MOISSET de ESPANÉS, Luis - MÁRQUEZ, José F., "Responsabilidad por daños causados por animales. Los legitimados pasivos", RCyS 2005-182.

(11) HIRALDE VEGA, Germán, "Daños causados por mordeduras de perro", DJ, 16/09/2009, 2573 "En las ciudades urbanas actuales, forman parte del paisaje cotidiano las jaurías de perros que rodean a los paseadores en las veredas o en las plazas, como también los vecinos que recorren el perímetro de la manzana de su hogar o el trayecto de su vivienda hasta la plaza acompañado de su perro. De este modo, los perros de compañía se han convertido en un fenómeno urbano propio de las últimas décadas".

(12) FRANZONI, Massimo, "L'Illécito. Trattato della Responsabilità Civile", Giuffrè, Milano, 2004, p. 456.

levancia del fenómeno mencionado en la época moderna **(13)**.

Se ha dicho que *animal* es aquel ser que vive, siente y se mueve por propio impulso; es de recordar que la ley 17.711 (Adla, XXVIII-B, 1810) incorporó al derogado Código Civil la *teoría del riesgo creado* (art. 1113), y en materia de responsabilidad por los daños causados por animales, el esquema normativo estaba regulado por el mencionado art. 1113 **(14)**, aplicable a todo supuesto de hecho ilícito que no sea delito, incluidos los daños causados por animales, y de modo complementario y específico, por los arts. 1124 **(15)** a 1131 que, en forma extremada y minuciosa regulaba el tema en cuestión.

El art. 1124 **(16)** del histórico Código Civil atribuía responsabilidad por el daño causado por el animal a "la persona a la cual se hubiera mandado el animal para servirse de él"; y el art. 1126 reafirmaba la responsabilidad del propietario aunque el animal que causare el daño "hubiere estado bajo la guarda de los dependientes de aquel"; el art. 1127 eximía de responsabilidad al propietario si el animal "se hubiese soltado o extraviado sin culpa de la persona encargada de guardarlo"; y el art. 1129 **(17)** imputaba responsabilidad por el daño causado por un animal feroz a quien "lo tenga" y a quienes "lo guardaban" **(18)**.

V. Daños causados por animales en el Código Civil y Comercial

Conforme lo indicamos, el Código Civil Comercial de la Nación nos precisa que el daño causado por animales, cualquiera sea su especie, queda comprendido en la responsabilidad por el hecho de las cosas y actividades riesgosas.

(13) SAGARNA, Fernando, "Responsabilidad civil por daños causados por animales", Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 49, y luego distingue entre el llamado animal feroz, también llamado "salvaje", es que obra con ferocidad y dureza, y también puede denominárselos fieros y que son aquellos que vagando libres por la tierra, el aire o el agua, son objetos adecuados para la apropiación, caza o pesca.

(14) CFed. Paraná, "Franco, Nilda Ester Vda. de Loggio c. Estado Nacional (M.D.) y otros", LLLitoral, 2007 (noviembre), 1106 "Existiendo en el sistema del Código Civil una reglamentación específica que regula la responsabilidad por la dañosidad de los animales, como es el art. 1124 del Código Civil, no existe motivo alguno para aplicar la norma genérica contenida en el art. 1113 del mismo ordenamiento, que no se refiere a ellos".

(15) HIRALDE VEGA, Germán, "Daños causados por mordeduras de perros", DJ 16/09/2009, 2573, AR/DOC/2271/2009 "El art. 1124 del Cód. Civil también menciona como responsable a "la persona a la cual se hubiese mandado el animal para servirse de él". Según Kemelmajer de Carlucci, es guardián tanto el que tiene poder de dirección, control y uso independiente del animal, como aquel que se sirve del animal. Ahora bien, existen discrepancias doctrinales acerca de la asignación que debe darse al término servirse. Para algunos se sirve del animal quien obtiene un beneficio al realizar el animal el trabajo al que está destinado, como, por ejemplo, un caballo que tira el arado. Para otros autores, incluye a todo aquel que por medio del animal obtiene un beneficio; por caso, cuando se entrega un animal al veterinario para su curación. En cuanto a si se trata de responsabilidad excluyente o acumulativa entre el dueño y el guardián, un sector de la doctrina —siguiendo el derecho español— sostiene que es excluyente, mientras que otro sector se inclina por una responsabilidad concurrente al considerar que es justo que el dueño responda en tanto el dominio implica ventajas y riesgos. Compartimos este segundo criterio, entendiendo que se trata de obligaciones concurrentes en tanto presentan unidad de objeto, unidad de acreedor, aunque distintos deudores que resultan obligados en base a distintas causas. Asimismo, cabe señalar que el art. 1124 contempla la acción recursoria del guardián contra el dueño, cuando a este le sea imputable culpa o negligencia en los términos del art. 1109 del Cód. Civil y cuando como consecuencia de esa culpa se haya causado el daño por el animal (v.gr., se entregó un animal con hábitos mañosos o malas cualidades)".

(16) "Conforme a lo previsto en el art. 1124 del Código Civil, la responsabilidad por el hecho dañoso causado por un animal doméstico recae sobre el dueño, salvo que este pruebe que el suceso se debió al hecho de un tercero, a la culpa exclusiva del damnificado, a que el animal fue excitado por un tercero o a que el daño provino de caso fortuito o fuerza mayor" (CNCiv., sala A, 2008/02/26, RCyS, 2008-VI, 91)."El dueño o guardián del animal se eximen de responsabilidad si demuestran la excitación del mismo por un tercero (art. 1125, Cód. Civil), su liberación o extravío inculpable (art. 1127), o la fuerza mayor o la culpa de la víctima (art. 1128), enumeración de carácter taxativo" (CCiv. y Com. Junín, 1988/09/20, LA LEY, 1989-C, 613 [38.097-S] - DJ, 1989-2-692).

(17) LAFAILLE, Héctor, "Tratado de las obligaciones", Ediar, Buenos Aires, 1947, t. II, nº 1325, p. 440; SALVAT, Raymundo, "Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", 2ª ed. actualizada por ACUÑA ANZORENA, Arturo, Ed. TEA, Buenos Aires, 1958, t. IV, nº 2878, p. 202.

(18) MOISSET de ESPANÉS, Luis - MÁRQUEZ, José F., "Responsabilidad por daños causados por animales. Los legitimados pasivos", RCyS, 2005-182.

Como aproximación al tema el Código Civil y Comercial trata la responsabilidad objetiva **(19)** por riesgo creado y por vicio de las cosas y por las actividades riesgosas o peligrosas en una sección específica: la Sección 7ª denominada "Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades", que está emplazada en el Capítulo 1 sobre la "Responsabilidad civil" y que tiene tres artículos (arts. 1757, 1758 y 1759 del Libro Tercero, "Derechos personales", Título V, "Otras fuentes de las obligaciones"). En esa sección se regulan tres supuestos: a) la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas; b) la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas; c) la responsabilidad por daños causados por animales. Todos ellos tienen como común denominador el hecho de constituir hipótesis de responsabilidad objetiva, proveniente de fuente contractual o extracontractual, en los que la culpa del agente es irrelevante o indiferente para atribuirle el deber de reparar, y en los que la exime opera en el ámbito de la relación causal, ya que el sindicado como responsable solo se exonera total o parcialmente acreditando el hecho del damnificado, de un tercero por el que no debe responder, el caso fortuito o fuerza mayor, o la imposibilidad absoluta de cumplimiento no imputable (arts. 1721 a 1724, 1729 a 1733, Cód. Civ. y Com.).

De modo que en tales casos no alcanza con la prueba del obrar diligente o de la no culpa del responsable presunto y, en cambio, deberá alegar y acreditar la ruptura total o parcial del nexo causal entre el hecho de la cosa riesgosa o de la actividad y el daño producido (arts. 1726, 1727, 1728 y concs., Cód. Civ. y Com.) **(20)**. La novedad más importante del nuevo esquema es la incorporación de la responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas (por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización). La introducción en el artículo 1757 del Cód. Civ. y Com. implica la recepción de la jurisprudencia y la doctrina desarrolladas en las últimas décadas y constituye la culminación definitiva de la denominada fuerza expansiva del riesgo.

Al respecto es de hacer notar que los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com. disponen: "Artículo 1757 - *Hecho de las cosas y actividades riesgosas.* Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención". "Artículo 1758 - *Sujetos responsables*. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial". Las notas más importantes del nuevo sistema son las siguientes **(21)**: 1. Se mantienen dos supuestos de responsabilidad objetiva por la intervención de cosas: las derivadas de su riesgo (la eventualidad de que llegue a causar daño) y el vicio (defecto originario o derivado de la cosa). 2. Se suprime la categoría de *daños causados con las cosas* **(22)** y la presunción de culpa. 3. Tie-

(19) HERSALIS, Marcelo, "La responsabilidad objetiva algunos de sus aspectos medulares", Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, RCD 1785/2017.

(20) GALDÓS, Jorge M., "El artículo 1757 del Código Civil y Comercial (el anterior art. 1113, Código Civil)", RCyS 2015-IV-176; ídem, "Riesgo creado y actividad riesgosa en el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho de Daños, Nº 2012-3, Proyecto de Código Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 345; ídem, "Comentario a los arts. 1757 a 1759", en LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 575; ídem, "La función resarcitoria, el daño y el riesgo creado", en RIVERA, Julio César (dir.) - MEDINA, Graciela (coord.), Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 891; ídem, "Responsabilidad por hecho de las cosas y el riesgo", en LORENZETTI, R. L. (dir.), Máximos precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 105; ídem, "La evolución de la teoría del riesgo creado", Revista de Derecho de Daños, Nº 2006-3, Creación de riesgo - I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 55; ídem, "¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sarsfield?", en Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. II, p. 427.

(21) GALDÓS, Jorge M., ob. cit., p. 176.

(22) CCiv., Com. y Contenciosoadministrativo 1a Nom., Río Cuarto, "Tissera, Gianni Gabriel c/Iriarte, José María y otro s/Ordinario", 29/07/2016, AR/JUR/51715/2016: "El propietario de un automóvil que colisionó contra una

ne fundamental importancia la incorporación de la actividad riesgosa y peligrosa. 4. Se incorpora de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias que las actividades riesgosas o peligrosas pueden ser realizadas sin intervención de cosas **(23)**, dada la tipificación amplia de los supuestos que califican y cualifican a las actividades: su naturaleza, los medios empleados o las circunstancias de su realización. 5. Se recepta el criterio predominante de que está incluido el riesgo de empresa **(24)** para los daños derivados de ese factor objetivo. 6. El riesgo creado (comprensivo del vicio y de las actividades riesgosas o peligrosas) opera como norma de cierre de la responsabilidad objetiva porque el artículo 1757 del Cód. Civ. y Com. constituye el piso o umbral al que remiten las disposiciones específicas de otras responsabilidades agravadas, tanto de la legislación general como de las leyes especiales. 7. Para las actividades riesgosas o peligrosas rigen todos los requisitos de la responsabilidad objetiva aplicables al riesgo o vicio de las cosas (las eximentes, la carga de la prueba, etc.), salvo lo atinente a la legitimación pasiva que es más amplia en la actividad que en el riesgo o vicio (la actividad riesgosa o peligrosa no significa prescindir de la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad objetiva ni sustituir las reglas de la causalidad jurídica por la mera causación material o fáctica) **(25)**.

V.1. Denominación

Al *animal* se lo define como el "ser orgánico que vive, siente y se mueve por propio impulso". En biología no se da una definición tan simple, aunque esta es suficiente en el ámbito jurídico y, son para el derecho, cosas, y dentro de ellas pertenecen a la categoría de "cosas animadas" **(26)**.

Hoy ya no se efectúa distinción alguna en tal sentido conforme la letra de la ley, sino que a más desaparece la adjetivización que efectuara el codificador anterior, entre animales "domésticos" y "feroz", ya que ello surge de la mención específica que efectúa el nuevo precepto legal, al aludir que el daño causado por animales "cualquiera sea su especie" queda comprendido en la responsabilidad aludida.

V.2. Factor de atribución

Ante la remisión que efectúa el art. 1759 al 1757 del Código Civil y Comercial, como lo expresamos precedentemente, la responsabilidad hoy en el daño causado por animales es objetiva y por riesgo como surge del propio texto legal, lo cual supone que en esta especial responsabilidad la culpa del agente es irrelevante (art. 1722), más si se observa que por consecuencia de tal atribución tal solución impone por razón de lo estipulado en el art. 1721.

Trigo Represas y López Mesa, citando a Esser en su *Tratado de la responsabilidad civil*, señalan que "la responsabilidad por riesgo es responsabilidad por un resultado dañoso derivado de riesgos no completamente controlables (tenencia de animales, explotación de ferrocarriles, instalaciones de energía nuclear) cuya dificultad de dominación puede haber inducido al legislador a prohibir su explotación o uso de no darse para su admisión un interés general predominante; pero como su explo-

---

moto y le causó lesiones a su conductor es responsable de las consecuencias derivadas del hecho, en los términos del art. 1113 del Código Civil, pues todo vehículo en movimiento constituye una de las cosas especialmente peligrosas que reconoce la civilización actual y, si bien invocó culpa de la víctima mediante declaraciones testimoniales, se observa que estas han sido sacadas de contexto y tomadas solo en lo que el demandado entendió que podía ser útil a su posición".

(23) HERSALIS, Marcelo, "Los volquetes sin control", LA LEY, Supl. Act. del 27/11/2008, p. 1, AR/DOC/3099/2008: "No es del caso confundir 'el riesgo de la cosa y la conducta riesgosa.' Son, claro está, dos situaciones diferentes. Con todo acierto señala Matilde Zavala de González que «puede existir riesgo de la cosa y no de la conducta que la implementa, por no haber omitido precaución alguna a fin de impedir que se actualice un daño. A la inversa, una conducta es peligrosa, aunque las cosas utilizadas sean en sí mismas inofensivas, pues el riesgo es aquí atribuible al impulso del agente y no a un atributo del objeto».

(24) HERSALIS, Marcelo, "Los turistas y sus penurias", LA LEY, 2010-D, 514, AR/DOC/5211/2010: "En nuestro caso, el incumplimiento del organizador, agente o participante (asistencia médica) debe orientarse a establecer los distintos puntos en que su conducta se desvía del plan de la prestación previsto en el contrato, así como a identificar hasta qué punto tales desviaciones dan lugar a la objetiva insatisfacción del derecho de crédito del consumidor del viaje; ello sin perjuicio de valorar en un momento posterior la conducta de aquellos en tales supuestos para deducir, en su caso, la imputabilidad del incumplimiento al organizador, prestador médico o al agente de viaje, es decir que la desviación de los términos del contrato de viaje permitirá el resarcimiento de cualquier daño que el mismo ocasione, incluso los daños no patrimoniales.

(25) GALDÓS, Jorge M., ob. cit., p. 176.

(26) MÜLLER, Enrique, "Responsabilidad de daños causados por animales", RCyS 2015-IV, 190, Cita Online: AR/DOC/559/2015.

tación o uso benefician en primer lugar al empresario o al usuario, es justo que sean estos, y no la comunidad, lo que soporten los riesgos específicos no controlables. Riesgos no dominables que imponen la obligación de resarcir daños que son no solamente los derivados de accidentes de explotación o uso propiamente dichos, sino también los daños ordinarios derivados de esa explotación o uso en instalaciones permitidas a las que son inherentes peligros (chispas, escapes, ruidos) para que la explotación se desarrolla, ya que la afecta entonces al principio reconocido de la responsabilidad por ataques o transgresiones lícitas".

V.3. Las eximentes

Tratándose de una responsabilidad objetiva tal como surge del art. 1722 del Cód. Civ. y Com., el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

Ahora para que aquella resulte operativa cuadra destacar que los hechos que pueden ser invocados como causa ajena devienen de la ley y, en punto a ello, que abarcará el hecho de un tercero por quien no se debe responder, el caso fortuito y el hecho de la víctima.

Para el primer supuesto el art. 1731 del Cód. Civ. y Com., indica que el hecho del tercero por quien no se debe responder para eximir de responsabilidad total o parcialmente debe reunir los caracteres del caso fortuito (esto es, imprevisible inevitable y ajena a la conducta de quien provoca el absoluto y actual). Para el segundo, el art. 1730 del Cód. Civ. y Com., luego de destacar que emplea los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor" como sinónimo, nos dice que considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado, mientras que el tercero se desprende del art. 1729, Cód. Civ. y Com., el cual afirma: que la responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo o de cualquier otra circunstancia especial.

VI. El consorcio de copropietarios

En el Libro IV ("De los derechos reales"), Tít. VI ("Propiedad Horizontal"), el art. 2044, Cód. Civ. y Com., establece que el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales constituye la persona jurídica *consorcio*. Tiene su domicilio en el inmueble. Sus órganos son la asamblea, el Consejo de propietarios y el administrador.

El consorcio de propietarios, como sujeto de derecho, puede ser titular de derechos y obligaciones y, asimismo, responder por daños y perjuicios que sufran terceros.

En el ámbito de la responsabilidad aquiliana, el consorcio —como persona jurídica— responde en virtud de lo dispuesto en el art. 1763 del Cód. Civ. y Com. por los daños y perjuicios que causen quienes lo dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones. También podrá ser responsable el consorcio por los daños ocasionados por sus dependientes (art. 1753 del Cód. Civ. y Com.), o por las cosas riesgosas o viciosas de las cuales la persona jurídica sea dueña o guardiana **(27)**.

"El administrador puede ser responsabilizado, cuando actúa como órgano de la persona jurídica o en cumplimiento del mandato recibido, si lo hace en forma negligente según los requerimientos de las circunstancias de personas y de cosas" **(28)**. Debido a que el administrador tiene relación previa con el consorcio y con los copropietarios, su responsabilidad será contractual y generalmente las obligaciones que asume son de resultado. Esta responsabilidad es contractual ante el consorcio que lo ha designado mediante asamblea. La inejecución de sus funciones devendrá en responsabilidad, salvo ruptura del nexo de causalidad. "Sobre el administrador de un consorcio pesa un especial deber de obrar con prudencia y conocimiento, porque se trata de un profesional que ofrece sus servicios y porque lo hace en interés ajeno".

VII. Colofón

Entendemos que el fallo se ajusta a derecho, sin perjuicio de ello debemos remarcar que, sobre los animales, más especialmente los perros y respecto de los pitbull, deben tomarse todos los recaudos, ya que se trata de ciertos caninos con particularidades muy definidas y muchas veces los gustos de los propietarios no coinciden con los de los animales que aman la libertad.

(27) SAUX, Edgardo, "Tratado de derecho civil. Parte general", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, p. 756.

(28) HIGHTON, Elena, "El administrador de la propiedad horizontal", RDPyC 2002-2, p. 214.

JURISPRUDENCIA

DAÑO PUNITIVO

Incumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida. Venta *on line* como oferta del "Cyber Monday". Pautas para determinar el monto de la sanción. Destino que corresponde otorgar a la multa civil. Exclusivo para el consumidor. Texto legal que no genera dudas.

1. — El art. 52 bis, LDC determina de modo cerrado el destino exclusivo para el consumidor, apartándose de criterios mixtos (v.gr. los arts. 1714 y 1715 del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación) y no se planteó la inconstitucionalidad de esa norma y su análisis oficioso no resulta justificado por la índole y entidad de los planteos formulados. Además, su introducción en esta instancia vulneraría el principio de congruencia y perjudicaría a la actora al detraerle el derecho adquirido con la sentencia de grado de percibir ella sola el total del monto. Por lo expuesto, el monto de condena de daños punitivos se destina exclusivamente al accionante **[1]**.

2. — Este punto, en abstracto y de modo genérico, acerca del destino que corresponde asignar a la multa civil es uno de los más polémicos en la literatura jurídica, aunque el texto legal no genera dudas: según el art. 52 bis, LDC el destino corresponde en exclusividad al consumidor.

3. — En abstracto y no con referencia al texto vigente del art. 52 bis, LDC, resulta conveniente dejar librado el destino de la multa civil al razonable arbitrio judicial (que no es arbitrariedad). Esta solución resulta valiosa, porque le permite al juez compatibilizar el carácter sancionatorio y disuasorio de la indemnización punitiva sin perder de miras el incentivo que representa la percepción de una parte (no de su totalidad) por el peticionante que promovió la demanda y arribó a la sentencia de condena, y que otra porción se destine a finalidades que atiendan a la naturaleza del bien afectado, especialmente en materia de daños colectivos que es el territorio más fértil para su aplicación.

4. — El daño punitivo debe elevarse a $450.000, teniendo en cuenta que la demandada incumplió su obligación de entregar la cosa vendida (un set de cuatro sillas comercializadas mediante la venta *on line* como oferta del "Cyber Monday"), que es una empresa líder en el mercado de venta de electrodomésticos, que alegó en la demanda que la actora no había pagado el producto, incurriendo en contradicción con sus propios actos anteriores, y que obligó a la actora a promover un juicio por cumplimiento de contrato, conducta impropia del estándar del buen proveedor, lo que cercena notoriamente el trato digno y equitativo del consumidor de raigambre constitucional.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento de la entrega de cuatro sillas compradas *on line*.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $60.000

Daño patrimonial

Daños varios: Daño punitivo $450.000 Daño material $ $2.599

CCiv. y Com., Azul, sala II, 04/02/2021. - Cheves, José Cruz c. Frávega SACIEI s/ daños y perj. Incump. contractual (Exc. Estado).

[Cita on line: AR/JUR/973/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en "Castelli, María Cecilia c. Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ nulidad de acto jurídico", 17/10/2018, LA LEY 21/02/2019, 3, AR/JUR/59568/2018, sostuvo que aun cuando el art. 52 bis de la ley 24.240 dispone el destino de la multa a favor del consumidor, cuando la estimación de aquella incluya su componente por el perjuicio social causado, debe llevar a distribuir su producido de forma tal que puedan ser cumplidos todos los objetivos y fines del instituto, pues no podría favorecerse a la víctima con la percepción de una compensación mayor a la derivada de la incidencia de la infracción sobre su persona, ni quebrarse el principio de igualdad al postergarse a similares damnificados que pudieran obtener sentencia con posterioridad (del voto en disidencia parcial del Dr. Pettigiani).

COSTAS

A la demandada.

Causa N° 66.398

2ª Instancia.- Azul, febrero 4 de 2021.

1ª ¿Procede la apertura a prueba en la Alzada? 2ª En su caso, ¿Es procedente el recurso de apelación in-

terpuesto por la parte actora mediante escrito electrónico de fecha 10/08/2020? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

I. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda por incumplimiento contractual promovida por José Cruz Cheves contra Frávega SACIEI y la condenó a pagar daños materiales y morales y daño punitivos, único rubro apelado por la actora, con más los intereses que fijó y costas. El pronunciamiento tuvo por acreditado que la demandada no cumplió con el contrato celebrado vía internet, mediante medios electrónicos, omitiendo entregar la cosa adquirida y pagada consistente en un set de cuatro sillas Eames Garden Life con patas de madera y estructura metálica color blanco, por el que se abonó la suma de $2.599 con tarjeta Mercado Pago. Sobre esa base cuantificó el daño material en dicho importe que corresponde al precio pagado, y otorgó por daño moral la suma de $60.000.

En lo relativo al daño punitivo, único aspecto controvertido, por el que concedió $180.000, consideró que conforme lo prevé el art. 52 bis LDC, están cumplidos los requisitos de procedencia y que para la mensuración del monto corresponde atender a distintas pautas: el perjuicio resultante del incumplimiento, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos y de los perjuicios sociales y su generalización, la reincidencia en la conducta. Hace referencia a la necesidad de que la suma de condena cumpla con sus finalidades disuasorias y preventivas y ponderó que medió grave menosprecio del consumidor omitiendo entregar la mercadería comprada y fracasada la instancia administrativa por ante la OMIC de Tandil. Tras ello tiene en cuenta que Frávega es "una empresa de larga trayectoria, de transcendencia nacional, con múltiples sucursales en todo el país, dedicada a la venta de productos electrónicos, electrodomésticos, ajuar del hogar y muebles, que ofrece tanto en sus múltiples locales de venta al público, cuanto mediante plataforma de venta virtual —como en el caso de autos—, lo que no solo es de público conocimiento, sino que surge de la compulsa de su sitio web https://www.fravega.com/; de lo que se desprende la potencialidad dañadora de su conducta y el beneficio económico que la celebración de contratos similares con múltiples consumidores eventualmente incumplidos puede reportarle, lo que además se halla corroborado por reiteradas denuncias por incumplimientos a la Ley de Defensa al Consumidor cuya prueba —lejos de ser exhaustiva— obra a fs. 154/158, 166/167". De ese modo arribó al monto de condena de $120.000.

Contra ese pronunciamiento la actora interpuso recurso de apelación (escrito electrónico de fecha 10/08/2020), siendo concedido en relación en atención al trámite procesal que resulta del art. 496 inc. 4° CPC.

La actora expresó agravios según escrito electrónico del día 12/08/2020.

La demandante, en primer lugar, solicita que se ordene en esta instancia la producción de prueba pericial contable, en los términos del art. 377 Cód. Proc. Civ. y Comercial, para que se determine sobre la base de los libros contables de Frávega, las ventas y ganancias obtenidas durante los días 30 de Octubre a 1° de Noviembre 2017, en el denominado CyberMonday. Ello para contar con mayores elementos de prueba que permitan establecer una multa civil ejemplificadora. En segundo lugar sostiene que la suma de condena de $120.000 resulta insuficiente y pide se fije el máximo que admite la legislación vigente. En tal sentido reitera que la prueba pericial denegada —por superflua e innecesaria— hubiera permitido verificar el monto de las ganancias obtenidas durante el evento llamado CyberMonday de fines de 2017, cuestionando que se desnaturalicen las funciones preventivas y disuasorias ya que se trata de evitar futuras reiteraciones de incumplimientos de la demandada. Hace referencia luego a los parámetros para valorar la cuantía del daño punitivo, con citas doctrinarias, y en otros fundamentos alega que la suma fijada no desalienta la repetición de actos como los aquí reprobados, destacando la posición en el mercado de Frávega, la masividad del evento CyberMonday, las numerosas denuncias que tramitan en sede administrativa en su contra, como resulta de los informes de fs. 154/158 y 166/167, y la flagrante vulneración de los derechos de los consumidores, afectando el trato digno. Destaca que nunca recibió las sillas que compró y que ella es la parte débil de la relación de consumo, debiendo transitar por diversas etapas administrativas, todas en las que se incumplió con el contrato de compraventa. Tras ello formula otras consideraciones y pide se fije la multa civil o daño punitivo en el máximo de la escala legal, todo con imposición de costas a la demandada.

También se pronunció mediante la presentación electrónica del 28/10/2020 el Sr. Fiscal General quien adhirió a las pretensiones de la actora apelante. Por un lado, afirma que la prueba pericial contable solicitada permitiría contar con mayor información para establecer el contenido económico del daño punitivo. Por el otro lado, sostiene que si bien la suma de condena está sujeta al arbitrio judicial, resulta elevada la petición de la actora de fijar el 10% del total de ventas durante el período 30 de Octubre/1° de Noviembre

2017, y destaca que también debe tenerse en cuenta la conducta procesal de la demandada desplegada en el juicio. Finalmente hace referencia a la propuesta de ese Ministerio Público en el sentido de que, sin perjuicio del monto dispuesto en la sentencia de primera instancia, se ordene la creación de un "fondo punitivo" que sea puesto a disposición de todos los accionantes en causas que tengan el mismo antecedente que esta y que habilite a la actora a percibir un porcentaje de ese fondo sobre la base de infracciones futuras y por causas similares a las que aquí se debatieron.

Llamados autos para sentencia y firme el proveído que hace saber el orden de votación el expediente se encuentra en condiciones de ser resuelto.

II. El pedido de replanteo de prueba no es admisible.

En efecto, resulta formalmente improcedente el pedido de realización de una pericia contable en la Alzada, la que fue desestimada con fecha 11 de Abril de 2019 por resultar superflua e innecesaria. El pedido no puede prosperar, en tanto el replanteo de prueba en segunda instancia no procede en el recurso concedido en relación, como en este caso que tramita por vía sumarísima (cfr. arts. 246, 254, 255 inc. 2°, 377, 494, 496 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial; esta Sala, causa N° 54.888, sent. del 15/03/2011, "Seguro de Depósitos SA…." con relación al juicio ejecutivo).

De esa manera se ha pronunciado la doctrina sosteniendo que "para que sea acogida cualquier petición sobre prueba en la alzada, el recurso en cuestión debe haberse concedido en forma libre, tal como surge de interpretar los arts. 259, 260 y 275 del Cód. Nacional. Y la concesión libre solo procede en los casos de recurso de apelación contra la sentencia definitiva recaída en los juicios ordinarios y sumarios (art. 243)… Si el recurso se ha concedido en relación 'no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos' (art. 275, párr. 2°, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)" (Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Tomo 2, 2ª edición, Ed. Astrea, 2009, p. 208). Refiriéndose al replanteo de pruebas en la alzada señalan Azpelicueta y Tessone que "para conjugar esos objetivos con el derecho de defensa en juicio se concibe el replanteo de prueba, carril apto para proponer a la Cámara de Apelaciones, cuando el expediente es elevado para el conocimiento de los recursos concedidos libremente, las cuestiones que giran alrededor de la denegatoria de pruebas, la declaración de negligencia y la caducidad automática de las facultades probatorias" ("La Alzada. Poderes y Deberes", Librería Editora Platense SRL, 1993, 101).

A todo ello añado que, más allá de que en su momento la actora consintió y no cuestionó el auto denegatorio de esa prueba (incluso como actitud procesal de disconformidad, con prescindencia de su recurribilidad; art. 496 inc. 4 CPC), lo cierto es que, a mayor abundamiento, no advierto que la entidad y naturaleza de la pericia contable propuesta producir en la Alzada, cotejada con los restantes elementos de prueba agregados y con los hechos en disputa, sumado a la naturaleza abreviada del trámite procesal, revista naturaleza y entidad como para fundar excepciones a la regla de inadmisibilidad del replanteo de prueba.

Aclaro ello porque la vía del art. 496 CPC impuesta al presente trámite de consumo no podría producir efectos negativos respecto del consumidor cuando esa denegatoria fuera arbitraria, infundada o gravemente lesiva de sus derechos fundamentales (art. 42 CN; arts. 1, 2, 3, 37, 53, 63 y concs. LDC).

En suma: no se alegaron ni se advierten que concurran en el caso circunstancias excepcionales que habiliten acudir a arbitrios interpretativos que pudieran operar como válvulas de escape del límite impuesto por la norma procesal que dispone el tipo de trámite, el que juega a favor y no en contra del consumidor (arts. 1, 2, 3, 1092 y concs. Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo expuesto corresponde declarar inadmisible el pedido de apertura a prueba en la Alzada (arts. 246, 254, 255 inc. 2°, 377, 494, 496 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Los doctores *Peralta Reyes* y *Longobardi*, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

I. 1. El recurso de apelación de la parte actora solicitando se eleve el monto de condena por daños punitivos es procedente y anticipo opinión en el sentido de que la suma debe ser elevada a $450.000.

Primero efectuaré breves consideraciones sobre el instituto de la multa civil o daño punitivo, y luego me referiré a su cuantificación en el presente caso en juzgamiento. En un reciente precedente sostuve que: "los daños punitivos consisten en adicionar al dañador un 'plus' de condenación pecuniaria sancionando su grave inconducta, lo que repercutirá con efectos ejemplificadores con relación a terceros. Se trata de una condenación adicional a la estrictamente resarcitoria, que se impone al dañador con carácter esencialmente sancionatorio y disuasivo, autónoma de la indemnización, cuya cuantificación y destino debe

resultar de la ley, respetando los principios de razonabilidad y legalidad, y que rige en caso de daños graves causados con culpa grave o dolo (esta Sala, causa N° 65.850, "Colombatto, Cristian D. c. Provincia Seguros SA s/ daños y perjuicios. Inc. contractual" del 03/12/2020; 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, Tomo 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)".

El daño punitivo importa una condena "extra" que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente (cf. Irigoyen Testa, Matías, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?", RCyS 2009-X, 16; Vázquez Ferreyra, Roberto, "La naturaleza jurídica de los daños punitivos", RDD, Daño punitivo, 2011-2, Rubinzal Culzoni Editores, p. 11). 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; esta Sala, causa N° 63.121 del 28/08/2018, "Olaciregui, María del Rosario 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").

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). 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.).

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 Carlos 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 particular-

mente 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...").

2. Sobre las bases conceptuales precedentes corresponde referir las pautas y parámetros necesarios para la cuantificación de los daños punitivos o multa civil. El art. 52 bis LDC es muy escueto y suministra tres directivas básicas: 1) la multa "se graduará en función de la gravedad del hecho"; 2) "y demás circunstancias del caso"; 3) "independientemente de otras indemnizaciones que correspondan". Hernández y Sozzo explican que la multa debe ser graduada por el juez considerando: "a) La gravedad del hecho; se refiere a la gravedad del perjuicio social producido por el proveedor; b) demás circunstancias del caso; esta pauta es sumamente imprecisa, aunque hay que reconocer que ello también puede actuar como una oportunidad. Particularmente, mediante esta vía podría introducirse como pauta de valoración del daño punitivo la cuestión del beneficio que el proveedor ha obtenido con la conducta punida. Este segundo criterio actúa correctivamente sobre la pauta anterior (gravedad del perjuicio) para los casos en los cuales el daño que se ocasione al consumidor sea menor que el beneficio obtenido, y en los supuestos de las acciones de clase en los cuales lo realmente relevante es determinar el nivel de ganancias que el proveedor obtiene con la conducta, más allá de cómo se hubiera integrado la clase para demandar; c) con independencia de otras indemnizaciones que se establezcan; es decir, el monto de los daños positivos es autónomo e independiente respecto de las indemnizaciones que se fijen" (Hernández, Carlos A. y Sozzo, Gonzalo, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en la Argentina", Revista de Derecho de Daños, 2011-2, Daño"). En congresos científicos se concluyó que "los jueces deben obrar con suma prudencia a la hora de condenar pagar indemnizaciones punitivas, debiendo en tal caso fundar con precisión las pautas cualitativas y cuantitativas tenidas en cuenta a tal fin" (XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral de Junín, 2009, en Homenaje a la memoria de Augusto Mario Morello).

Resulta pertinente recordar las pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, propuestas en un evento jurídico, a saber:

a) la índole de la inconducta del dañador; b) el beneficio obtenido por este; c) su caudal económico; d) la repercusión social de su inconducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud de dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: conclusiones. Santa Fe, 23 a 25 de setiembre de 1999, JA, 2000-I-1035; confr. "Otra vez sobre los daños punitivos" cit. SJA 2016/06/08-1; JA, 2016-II). El art. 1714 del Anteproyecto de Cód. Civ. y Comercial que modificaba el art. 52 bis LDC e incorporaba el instituto en el derecho privado con la denominación sanción pecuniaria disuasiva, decía que "su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado" (dado el efecto disuasorio de la sanción pecuniaria en atención a la culpa agravada del dañador), "su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas". Se trataba de una norma abierta, que suministraba pautas enunciativas, no taxativas, y cuyo contenido lo complementaría la jurisprudencia, que ponían de relieve la doble finalidad del instituto, prevenir y sancionar. También se emparenta con los lucros que el legitimado pasivo pudo obtener con el hecho y con la razonabilidad de la sanción, atendiendo a la inconducta y sus efectos.

Aplicando esos criterios valorativos y para fijar la suma en $450.000 corresponde tener en cuenta: la demandada incumplió su obligación de entregar la cosa vendida, un set de cuatro sillas comercializado mediante la venta online como oferta del CyberMonday del mes de Octubre de 2017; la actora debió instar el trámite administrativo ante la OMIC Tandil, oportunidad en la que en la audiencia del 15 de Enero de 2018, la primera de dos celebradas, manifestó que "el día 11/01/2017 salió despachada la unidad para ser entregada al denunciante". En esa oportunidad no adujo incumplimiento de la actora; la demandada no compareció a la segunda audiencia; pese a ello Frávega continuó incumpliendo y obligó al consumidor a promover un juicio reclamando la entrega de cuatro sillas pagadas y adquiridas mediante una venta online, en el marco de un sistema de promoción; el cuadro de situación es el siguiente: una empresa líder en el mercado de venta de electrodomésticos alegó al contestar la demanda que no se le había pagado (aseveración que no introdujo en la instancia administrativa) por lo que incurrió en contradicción con sus propios actos

anteriores; en ningún momento en sede judicial ofreció reintegrar el valor de la prestación o efectivizar su entrega; su postura negocial, en sede administrativa y luego judicial, fue aducir que no se le pagó pese a la exhibición en el expediente administrativo de la constancia electrónica de pago, con número de pedido y de factura correspondientes a Frávega. En dos palabras: la demandada obligó a la actora a promover un juicio por cumplimiento de contrato de cuatro sillas, conducta impropia del estándar del buen proveedor, lo que cercena notoriamente el trato digno y equitativo del consumidor de raigambre constitucional, supuesto de responsabilidad objetiva que conlleva que la prueba en contrario recae en el proveedor (art. 42 CN; arts. 1092 y 1096 a 1098 Cód. Civ. y Com. de la Nación). Incluso con sentencia de primera instancias que la condena a reintegrar el valor de la prestación, continuó incumpliendo con la entrega del objeto vendido. Además y solo circunscripto a esa operatoria (ventas realizadas en la edición 2017 de CyberMonday) se promovieron seis expedientes administrativos contra la empresa en la Municipalidad de Merlo (fs. 154/158), verificándose durante todo el año 2017, 90 actuaciones en la OMIC Mar del Plata. Igualmente no es sobreabundante repetir los fundamentos parciales de la sentencia recurrida, los que no fueron cuestionados por la demandada, y ponderados para evaluar la cuantificación de los daños punitivos: la demandada es "una empresa de larga trayectoria, de transcendencia nacional, con múltiples sucursales en todo el país, dedicada a la venta de productos electrónicos, electrodomésticos, ajuar del hogar y muebles, que ofrece tanto en sus múltiples locales de venta al público, cuanto mediante plataforma de venta virtual —como en el caso de autos—, lo que no solo es de público conocimiento, sino que surge de la compulsa de su sitio web https://www.fravega.com/; de lo que se desprende la potencialidad dañadora de su conducta y el beneficio económico que la celebración de contratos similares con múltiples consumidores eventualmente incumplidos puede reportarle" (sic).

Por lo expuesto, propicio al acuerdo hacer lugar al agravio de la actora y fijar la condena a abonar por daño punitivo en la suma de $450.000, teniendo en cuenta además que en sede administrativa se le impuso la sanción de multa de $20.000 (art. 52 bis de la LDC; doct. y jurisp. Cit.; arts. 1714, 1715 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

3. El Sr. Fiscal General propone en su dictamen la formación de un fondo común o fondo de garantía con el monto de condena. Ello no es procedente dado que el art. 52 bis LDC prevé que sea el consumidor el único beneficiario del daño punitivo, destino que solo —en consecuencia— podría ser revertido mediante la declaración de inconstitucionalidad de esa norma.

Este punto, en abstracto y de modo genérico, acerca del destino que corresponde asignar a la multa civil es uno de los más polémicos en la literatura jurídica, aunque el texto legal no genera dudas: según el art. 52 bis LDC el destino corresponde en exclusividad al consumidor (confr. "Otra vez sobre los daños punitivos", cit. SJA 2016/06/08-1; JA, 2016-II). En la doctrina algunos autores sostienen que todo el monto debe ir siempre a la víctima; otros prefieren un destino mixto, en parte a la víctima y en parte a terceros, y se admiten múltiples variantes intermedias, tanto en lo atinente a los porcentuales de participación (cuánto a cada uno) cómo a sus beneficiarios (entidades intermedias, ligas de consumidores o el propio Estado); incluso algún criterio afirma que la víctima nunca debe ser su receptora (Ver la clasificación de Sprovieri Luis E., "La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino", JA 2010-IV-930). También algunos autores propician mayor rigurosidad en la determinación normativa del destino y otros entienden saludable acudir al arbitrio judicial, conforme las circunstancias de cada caso.

Los que sostienen que la víctima no debe ser beneficiaria atienden al principio de la reparación plena del daño y recalcan que se produciría un enriquecimiento sin causa si recibe un monto mayor que el perjuicio efectivamente sufrido (Moisá, Benjamín, "Los llamados 'daños punitivos' en la reforma a la Ley N° 24.240", RCyS, 2008-271). Así, sostiene Gregorini Clusellas "que en todos los casos las víctimas deberían ser destinatarias de la pena en forma parcial o total, tal vez no exclusiva según los casos de la sanción, y debemos confiar que la prudencia de los jueces, particularmente esmerada en este aspecto" (Gregorini Clusellas. Eduardo L., "El daño punitivo y la sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada", RCyS 2013-X, 15).

Quienes piensan en el damnificado como destinatario del plus de indemnización hacen hincapié en los incentivos de conducta y en las ventajas de estimular a los consumidores a prevenir y sancionar las conductas ilícitas de los proveedores dañantes (En esa orientación, con variantes: López Herrera, Edgardo, Daños punitivos en el Derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor, JA, 2008-II-1198 y Los daños punitivos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008; Irigoyen Testa, Matías, Fórmulas para cuantificar los daños punitivos, su ponencia en el XI Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, junio de 2011). Álvarez Larrondo, Federico M. "La consistencia de los daños punitivos", LA LEY, 2009-B, 1156, (ver también autor citado "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", LA LEY, 2010-F, 397 y El consumidor a partir del Proyecto de Cód. Civil. RCyS N° 3, marzo 2013, 5); Colombres, Fernando Matías, "Los daños punitivos en la ley de defensa del

consumidor", LA LEY, 2008-E, 1159), máxime que en el derecho del consumo —que prevé las acciones colectivas— es admisible que las asociaciones de defensa de los consumidores puedan también reclamar el daño individual (el derecho individual homogéneo) de cada uno de sus integrantes (Rua, María Isabel, " El daño punitivo a la luz de los precedentes judiciales", JA, 2011-IV-1510).

Esta solución (todo el monto destinado a la víctima) es la receptada por el art. 52 bis LDC, y quienes la aprueban argumentan que, en la opción, es preferible enriquecer a quienes revelaron ser altruistas que dejar impunes conductas reprochables (Sprovieri, Luis E., "La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino", JA, 2010-IV-930).

La postura más difundida predica su carácter mixto, es decir su distribución entre el dañado y otros beneficiarios (fondos de garantía, entidades u organizaciones con fines comunitarios o con finalidades vinculadas con el hecho lesivo, etc.) (cf. Zavala de González, Matilde, Función preventiva de daños, LA LEY, 2011-E, 1116 y Relevancia Cuantitativa del daño, RCyS, Febrero 2012 p. 95). Se afirma que si la finalidad de la condena punitiva es solidarista y no individualista, si persigue un ideal de justicia, a fin de desmantelar los efectos de ciertos ilícitos que por su grave antijuridicidad son intolerables para la sociedad, esta debe ser también legitimada para la percepción de tal condena (Brun, Carlos, "Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? Especial referencia a los llamados daños punitivos", DJ 2004-3-1228). En ese sentido se afirma que pueden admitirse distintos destinatarios (Álvarez, Agustín; "Principales lineamientos sobre las funciones de la responsabilidad civil en el Proyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación", DJ, 17/04/2013, p. 95); que en la distribución mixta la víctima debe recibir una parte importante, nunca menor al 50% (Sobrino, Waldo, "Los daños punitivos en el anteproyecto de código civil 2012 y en la ley de defensa del consumidor (luces y sombras en la prevención del daño)", elDial.com-DC1859), y que el destino debiera ser asignado principalmente al Estado o a organismos de defensa de consumidores, señalándose la conveniencia de seguir el criterio del art. 1587 del Proyecto de 1998 (Stiglitz, Rubén - Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa de consumidor", LA LEY, 2009-B, 949).

En mi opinión —en abstracto y no con referencia al texto vigente del art. 52 bis LDC— entiendo que resulta conveniente dejar librado el destino al razonable arbitrio judicial (que no es arbitrariedad). Esta solución resulta valiosa porque le permite al juez compatibilizar el carácter sancionatorio y disuasorio de la indemnización punitiva sin perder de miras el incentivo que representa la percepción de una parte (no de su totalidad) por el peticionante que promovió la demanda y arribó a la sentencia de condena, y que otra porción se destine a finalidades que atiendan a la naturaleza del bien afectado, especialmente en materia de daños colectivos que es el territorio más fértil para su aplicación. De este modo su afectación a fines colectivos (por ejemplo, mediante su adjudicación a una entidad de las previstas en el art. 43 de la Constitución Nacional, para programas vinculados con la tutela del derecho o del bien conculcado o incluso el Estado) permite que la indemnización punitiva se difunda a la comunidad afectada. Los Fundamentos del Anteproyecto del Cód. Civ. y Comercial parecían indicar que el destino de la indemnización prevista en los arts. 1714 y 1715 era —única y exclusivamente— un bien colectivo (confr. "Otra vez sobre los daños punitivos", cit. SJA 2016/06/08-1; JA, 2016-II). Sin embargo, y más allá de opiniones personales, lo decisivo es que la norma vigente determina de modo cerrado el destino exclusivo para el consumidor, apartándose de criterios mixtos (vgr. los arts. 1714 y 1715 del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación) y no se planteó la inconstitucionalidad de esa norma y su análisis oficioso no resulta justificado por la índole y entidad de los planteos formulados. Además su introducción en esta instancia vulneraría el principio de congruencia y perjudicaría a la actora al detraerle el derecho adquirido con la sentencia de grado de percibir ella sola el total del monto (arts. 34 inc. 4, 163 inc. 6 CPC).

Por todo lo expuesto propicio admitir el recurso de apelación deducido por la actora y elevar a $450.000 el monto de condena de daños punitivos que se destina exclusivamente a José Cruz Cheves.

Así lo voto.

Los doctores *Peralta Reyes* y *Longobardi*, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

3ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de las cuestiones precedentes, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del Código Procesal, se resuelve: 1) declarar inadmisible el pedido de apertura a prueba en la Alzada, conforme lo resuelto al tratar la Primera Cuestión; 2) modificar la sentencia de fecha 07/08/2020 (cf. fs. 176/182) elevando a $450.000 el monto de condena de daños punitivos que se destina exclusivamente a José Cruz Cheves; 3) imponer las costas de Alzada a la demandada apelada en su carácter de perdidosa (art. 68, ss. y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y 4) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la Ley 14.967).

Así lo voto.

Los doctores *Peralta Reyes* y *Longobardi*, adhieren al voto que antecede, votando en idéntico sentido.

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del Acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: 1) declarar inadmisible el pedido de apertura a prueba en la Alzada, conforme lo resuelto al tratar la Primera Cuestión; 2) modificar la sentencia de fecha 07/08/2020 (cf. fs. 176/182) elevando a $450.000 el monto de condena de daños punitivos que se destina exclusivamente a José Cruz Cheves; 3) imponer las costas de Alzada a la demandada apelada en su carácter de perdidosa (art. 68, ss. y ccs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y 4) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la Ley 14.967). Regístrese. Notifíquese por secretaría y devuélvase. — *Víctor M. Peralta Reyes. — Jorge M. Galdós. — María I. Longobardi.*

RESPONSABILIDAD DEL MEDIO DE PRENSA

Publicación de fotos de una adolescente sin vida en un contenedor de basura. Exposición morbosa de imágenes de un crimen. Ejercicio abusivo de la potestad de informar. Sensacionalismo injustificado en detrimento de la calidad informativa. Daño moral.

1. — La producción fotográfica alusiva a la hija del demandante resultaba innecesaria por no vislumbrarse de las imágenes en sí mismas un nuevo hecho noticioso, una mayor profundización del tema o una publicación que presentara un enfoque distinto de la cuestión, sino que lo que se verifica en este caso es la exposición morbosa de imágenes de un crimen que ya había sido cubierto, en exceso y en profundidad, por todos los medios de prensa, pero que en este caso se lo exhibió en forma escabrosa y con fines netamente comerciales y sensacionalistas **[1]**.

2. — No se advierte que la publicación de las fotografías del cuerpo sin vida de la menor en un contenedor de basura, juntamente con un retrato de la misma y haciendo alusión a las "fotos del horror", responda a la crónica de un hecho noticioso que respalde la necesidad de acompañar la divulgación de las fotografías en la forma que se hizo, por lo que, sin descartar que la noticia del aberrante crimen revistió un significativo interés general para la sociedad, debido al estupor que produjo, surge diáfano que la demandada excedió el alcance y los límites del derecho a la libertad de prensa, de conformidad con los lineamientos señalados por nuestro Más Alto Tribunal en el antecedente "Patitó" (Fallos 331:1530).

3. — Más allá de la significativa repercusión social y mediática que tuvo el caso, no se advierten razones en las argumentaciones de la recurrente que permitan considerar que la divulgación de las fotografías de lo que serían los restos sin vida de la hija del actor en la tapa de la revista de la demandada responda a las necesidades de un "interés público" que justifique la publicación de la manera en que fue realizada.

4. — Los argumentos de la demandada en torno a la finalidad de "generar conciencia y compromiso" acerca de los femicidios en Argentina, carecen de virtualidad para exonerarla de responsabilidad, pues al hacerlo sin autorización previa, se traducen en un sacrificio inaceptable que únicamente ha recaído sobre el aquí actor y los restantes integrantes de la esfera familiar de la víctima.

5. — La revictimización del actor por parte del medio periodístico, quien ya había padecido la lamentable pérdida de su hija en las siniestras circunstancias en que ocurrió, resulta inaceptable. Tampoco parece eficaz, ni idónea, ni adecuada, ni correcta y mucho menos apropiada tal publicación para los supuestos fines esgrimidos, pues sin pretender ahondar en el tema por exceder la cuestión que aquí se ventila, no se infiere en absoluto que, con las cruentas imágenes publicadas, se haya querido dar un abordaje cuanto menos serio a un problema social de tan extrema gravedad y envergadura.

6. — No basta que la información fuese veraz o que las fotografías resultasen auténticas o que en ellas no se alcance a identificar la persona de la hija del accionante, sino que lo relevante y que no fue tenido en consideración por la demandada es que la difusión de las imágenes no debía resultar lesiva a la memoria y dignidad de la menor y de sus parientes, ofensa que causa un irremediable daño al progenitor, aquí demandante.

7. — Cuando se difunden fotografías del cadáver de una persona —y más aún cuando se trata de una menor de edad, como lo era la víctima—, resulta indudable que se vulnera el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Aun cuando pudiera considerarse como excepción que hubiera existido el ejercicio regular del derecho de informar, lo cierto es que no se avizora que tal exposición haya encontrado otra finali-

dad que la de lucrar al satisfacer la curiosidad o la morbosidad del público, excediendo claramente la noble función de informar conferida a la prensa, en perjuicio de la familia de la víctima.

8. — Las imágenes publicadas de un contenedor de basura por la revista demandada, presentadas como "exclusivas" bajo el título "Las fotografías del horror" y de las que en forma iconográfica se hace alusión a distintas partes del cuerpo sin vida de la hija del accionante, mostrándose en un margen de la tapa una imagen con vida de la joven resultan suficientemente demostrativas del atropello y avasallamiento de la empresa demandada que poco tiene que ver con la libertad de divulgar una fotografía de interés noticioso, sino más bien de un actuar que privilegia lo que se muestra por sobre qué, cómo y para qué se lo muestra sin reparos éticos ni morales y con miras a la obtención de un sensacionalismo a todas luces injustificado en detrimento de la calidad informativa.

9. — De las constancias del proceso no solo queda evidenciada la violación de un deber de cuidado periodístico, sino que se han traspuesto sin ningún tipo de tapujos los límites jurídicos del derecho de información, máxime que no puede dejar de ponderarse que en el caso nos encontramos frente a un delito aberrante de una menor de edad, por lo que la empresa periodística debió poner especial énfasis en la tutela del resguardo de su intimidad.

10. — La desaprensiva conducta de la demandada, que publicó fotografías del cadáver de una adolescente, y que —dada su extensa trayectoria en medios de comunicación— tenía el mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, produce un inevitable daño en la intimidad de la familia de la fallecida, dolor indescriptible, mortificación de sus sentimientos y emociones, perturbación de su círculo íntimo, que comprende a aquellas personas con las que compartía su vida, sus afectos y sus vivencias cotidianas, que deben ser reparados.

11. — El derecho a la intimidad y el derecho a la imagen se proyectan más allá del fallecimiento de la persona y, por tanto, su memoria resulta merecedora de idéntica tutela jurídica, fundado en el derecho constitucional a la dignidad, pudiendo provocar una lesión al honor de ciertas personas ligadas a aquella por lazos de familia.

12. — Aun cuando, en principio, resulte exacto afirmar que los derechos personalísimos se extinguen con la muerte, lo cierto es que hay determinadas situaciones en que algunos de esos derechos pueden prolongarse más allá de la vida del sujeto. Así, en el caso de la intimidad y la imagen, la invasión a lo que fue la vida de una persona fallecida, como ocurre con las fotografías de un cadáver o de sus últimos estertores, la difusión de sus memorias más recoletas, pueden suscitar una reacción necesaria para tutelar a la persona que fue. En este tipo de casos, la sola demostración de la violación de su memoria justifica la procedencia de la acción que puedan entablar los descendientes de las personas fallecidas.

13. — Pretender que la libertad de prensa constituya una causa de justificación de todo tipo de publicaciones, so pretexto del servicio de información pública, significa tanto como otorgarle a aquella un *bill* de indemnidad, de allí que puedan priorizarse otros derechos de la persona contra actos, expresiones o imágenes éticamente degradantes que hayan sido publicados y que afecten su dignidad.

14. — No se configuran los presupuestos de aplicación de la doctrina de la real malicia, pues no se encuentra en discusión la exactitud de los hechos o dichos, sino que se centra en el presunto ejercicio abusivo de la potestad de informar, por exceder el medio periodístico los límites externos que el ordenamiento jurídico prevé con el fin de que la actuación en cada situación en concreto de este derecho, como de todos los demás derechos normativamente consagrados resulte razonable.

15. — Ponderando las circunstancias fácticas que rodearon la cuestión sometida a juzgamiento, las afecciones que debió padecer el reclamante como consecuencia de la publicación de la revista demandada, el reclamo es procedente. La cantidad establecida en la sentencia resulta reducida en razón al impacto emocional que la publicación debió ocasionar al reclamante y la mayor profundización de las angustias y dolores ya padecidos como consecuencia de la violenta muerte de su hija, por lo que corresponde su elevación a $2.500.000, por entender que resulta más ajustada con la extensión del perjuicio inferido y al principio de reparación plena.

16. — Más allá de las opiniones debatidas que el tópico ha dado lugar y admitido que la procedencia del daño punitivo es de carácter res-

trictivo y que resulta ajena al ámbito de la responsabilidad extracontractual para el caso de las injurias cometidas por la prensa por violación de derechos personalísimos, pues se trata de una norma que rige en las relaciones entre proveedores y consumidores y, en todo caso, las situaciones conexas en lo concerniente a la ley 24.240 y sus modificatorias.

CNCiv., sala J, 09/03/2021. - R., F. J. c. Arte Gráfico Editorial Argentino SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/1553/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] El 24/06/2008 en "Patitó, José Angel y otro c. Diario La Nación y otros", 331:1530, LA LEY 14/07/2008, 11, sostuvo que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas, lo cual implica que la materia de discusión o prueba es el conocimiento que el periodista o medio periodístico tuvo —o debió tener— de esa falsedad o posible falsedad.

COSTAS

A la demandada

Expte. 63.633/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 9 de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

La doctora *Scolarici* dijo:

I. La presente se origina en la demanda entablada por F. J. R. por derecho propio, contra Arte Gráfico Editorial Argentino SA, por los daños y perjuicios que, según refiere el accionante en su presentación inicial, fueron ocasionados a raíz de la publicación periodística realizada por la revista "Muy", de propiedad de la demandada, con fecha 28/06/2013.

Relata que es padre de la menor Á. R., quien fue brutalmente asesinada el 10 de junio 2013, habiendo sido su cuerpo hallado el 10/06/2013 en el CEAMSE. Que el diario "Muy", propiedad de la demandada publicó en fecha 28/06/2013 imágenes del cuerpo sin vida de su hija, las que fueran presentadas como "Exclusivas", con el título "Las Fotos del Horror" e ilustradas a modo de iconografía con flechas indicadoras de las diferentes partes del cuerpo que podrían distinguirse de la basura dentro de la cinta transportadora de un centro de residuos.

Sostiene que realizó una presentación en la causa penal y que el Sr. Juez a cargo, en fecha 28/06/2013, prohibió que se divulguen o publiquen "fotografías que expongan en forma mediática la vida privada de la menor, su intimidad y su círculo de amistades a través de medios gráficos o audiovisuales, pero la realidad es que la orden judicial no fue cumplida y las fotos fueron publicadas en la portada del diario, propagándose a su vez por internet pudiéndose encontrar, aun en la actualidad, tal como fueron publicadas en el diario, provocándole los daños que reclama en su escrito de inicio.

II. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a "Arte Gráfico Editorial Argentino SA a abonar a la actora la suma de $1.000.000.-, como más los intereses, según la forma que dispone en el considerando VII, y las costas del juicio.

De ello se alzan y expresan agravios ambas partes. Corridos los pertinentes traslados fueron contestados por los interesados las quejas de su contraria, quedando de esta manera en estado de dictar sentencia.

En el marco de las Acordadas 31/2020 y concs de la CSJN, se dictó el llamamiento de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

III. Como previo y con relación al derecho aplicable, 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 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 ultraactividad en este supuesto (art. 7 Cód. Civ. y Com. de la Nación, vid. Roubier, Paul, "Le droit transitorite. Conflit des lois dans le temps", Dalloz, Paris, 2008, ps. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Cód. Civ. y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

IV. Por una cuestión de orden metodológico habré de dar tratamiento, en primer término, a los agravios de la parte demandada que hacen al progreso de la acción. En ajustada síntesis, los lineamientos por los que la recurrente traza sus agravios giran esencial-

mente sobre la omisión de la aplicación la doctrina de la real malicia, como así también que la publicación se trató de un hecho de interés público comprendido en el art. 31 de la ley 11.723.

Argumenta a su favor que la publicación señalada por la actora en modo alguno vulneró el derecho a la imagen ni la intimidad de nadie, pues la difusión comprende una excepción al derecho a la imagen y porque, además, nada de lo difundido era privado o secreto de la víctima ni de su familia. Agrega que las imágenes no resultan agraviantes, pues no muestran partes del cuerpo que permitan la identificación del cadáver ni exhiben partes vulnerables ni íntimas. En definitiva, que lo que exhibe la foto es la circunstancia de hecho, de lugar y espacio en el que fue encontrado el cuerpo y de la que no se puede identificar a la víctima del ataque sexual y posterior femicidio; que lo que se quiso demostrar fue el lugar donde fue hallada la víctima a los efectos de informar y aclarar como fue el aberrante hecho, siendo que —según expresa en sus agravios— los medios están para ayudar a comprender la dramática realidad del femicidio en Argentina, generar conciencia y compromiso.

Por su parte, debo señalar que los agravios de la parte actora carecen de entidad crítica y razonada como para modificar la sentencia, limitándose a manifestar su disconformidad con el criterio jurídico del Sr. Juez de grado, a excepción de las argumentaciones cuyo punto focal está puesto sobre la cuantía fijada en la sentencia para indemnizar el rubro "daño moral" y el rechazo de reclamo por "daños punitivos", por lo que, de corresponder, daré tratamiento a los agravios con el alcance señalado.

V. En primer lugar, es dable destacar que, en el terreno de la apreciación de la prueba, el juzgador puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado.

Los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos los planteamientos, ni evaluar la totalidad de los elementos probatorios agregados al expediente, sino que solo deben hacer mérito de aquellos que crean conducentes y de las articulaciones que juzguen valederas para la resolución de la litis. (CSJN, Fallos: 258: 304; 262:222; 272: 225; 278:271 y 291: 390 y otros más).

V. I. Cabe recordar que el derecho a la libertad de expresión ha sido consagrado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Inveterada doctrina de nuestro Máximo Tribunal ha calificado como función primordial a la que cumple el periodismo en toda sociedad moderna, lo que supone que ha de actuar con la más amplia libertad (CSJN, A. 163. XXIII, "A. M. E. y otros s/ calumnias e injurias", 07/04/1992, Fallos: 315:632, entre muchos otros) Señaló también que entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que posee mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal (CSJN, Fallos: 248:291: 331: 162, 1530; 332:2559, entre otros).

Es que la libertad de expresión tiene un lugar preeminente en el marco de nuestras libertades constitucionales (CSJN, Fallos: 321:412) en razón de su centralidad para el mantenimiento de una república democrática (CSJN, Fallos: 320:1272; entre muchos otros) y, por ello, para el ejercicio del autogobierno colectivo del modo diseñado por nuestra Constitución (CSJN, Fallos: 336:879; id. 03/10/2017, Fallos: 340:1364).

La consolidada doctrina tutelar de la Corte del ejercicio de la libertad de expresión, particularmente en materia de interés público, tanto en la doctrina "Campillay" (adoptada en Fallos: 308:789 y desarrollada en numerosos precedentes posteriores) como la doctrina de la "real malicia" (adoptada por la Corte a partir de Fallos: 310: 508 y reafirmada en diversos precedentes), constituyen estándares que brindan una protección intensa a la libertad de expresión y que resguardan un espacio amplio para el desarrollo de un debate público robusto (CSJN, "M. E. H. c. T. SA y otros s/ daños y perjuicios", 03/10/2017, Fallos: 340:1364).

También se ha expedido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, sosteniendo que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (CIDH, La colegiación obligatoria de periodistas —arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos—. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13

de noviembre de 1985. Serie A, No. 5, párr. 30; CNCiv., Sala G, "A. S. L. y otro c. E. P. SA s/ daños y perjuicios", L 42.469/15, 12/06/2020).

Badeni ha señalado que "Es cierto que la libertad de prensa, al igual que las restantes libertades, no es absoluta en orden a las consecuencias que depara su ejercicio. Pero, cuando ella trasciende el mero interés individual y se manifiesta en una dimensión institucional o estratégica, el criterio para valorar la responsabilidad jurídica consecuente debe ser acorde con la función que le asigna el sistema político. No para otorgar un privilegio inadmisible a quien ejerce esa libertad, sino para preservar la vigencia de la estructura democrática constitucional que permite el desenvolvimiento de sus contenidos axiológicos humanistas" (conf. Badeni, Gregorio "El debate público y la real malicia" ED, 174-183).

Ahora bien, sin desconocer ese rol institucional, pretender que la libertad de prensa constituya una causa de justificación de todo tipo de publicaciones, so pretexto del servicio de información pública, significa tanto como otorgarle a aquella un bill de indemnidad (CNCiv., Sala K, Ley 45.544, "B, L c. A TV SA s/ daños y perjuicios", 22/03/2006), de allí que puedan priorizarse otros derechos de la persona contra actos, expresiones o imágenes éticamente degradantes que hayan sido publicados y que afecten su dignidad.

No omito por ello la doctrina de la "actual malice" que fue elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica a partir del caso "New York Times c. Sullivan" (376 US 254-1964), y los numerosos precedentes que lo siguieron —"Garrison c. Louisiana" (379 US 64 (1964); "St. Amant c. Thompson" (390 US 727 (1968), en que se utilizó el "standard" denominado "reckless disgregard" o descuido temerario, término utilizado por primera vez por el juez Brennan en "New York Times", "Curtis c. Butts" (3388 US 130-1967); "Rosenbloom c. "Metromedia" (430 US 29-1971); "Gertz c. Weich" (418 US 323-1974), entre muchos otros—, que postula una protección atenuada del derecho a la honra y a la reputación de los funcionarios y figuras públicas cuando se discuten temas de interés público en comparación a la que se brinda a los simples particulares.

Esta doctrina fue adoptada por nuestros jueces, sosteniendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación que su formulación se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron "con conocimiento de que eran falsas o con imprudente o notoria despreocupación sobre si eran o no falsas".

Sin embargo, su ámbito de aplicación está circunscripto a los agravios inferidos a un funcionario del gobierno, a una figura pública o a un particular involucrado en un tema institucional de relevante interés público. Entonces, a los efectos de que prospere la aplicación de esta doctrina, se requiere que, además de la inexactitud o falsedad de las aseveraciones, que haya sido llevada a cabo con real malicia, esto es, con conocimiento de la falsedad o desconsideración temeraria acerca de su posible falsedad; siempre y cuando el afectado sea un funcionario público, una figura de pública notoriedad o un individuo involucrado en una cuestión de notable interés público, o sea, según quién sea el sujeto pasivo de la noticia (CNCiv., Sala CC 056501, "C., G. C. c. L., J. E. s/ daños y perjuicios", 20/08/2015, Sumario N° 25.099, Base de Datos de Jurisprudencia de la Cámara Civil; Badeni, G., "Avances y retrocesos de la libertad de prensa en el siglo XXI", LA LEY del 25/08/2010 y "Las doctrinas "Campillay" y de la "real malicia" en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", LA LEY 2000-C, 1244).

Este concepto de "figuras públicas" ha sido extendido en Estados Unidos de América para algunos efectos limitados (ver Farber, D., "The First Amendment (Concepts and Insights)", 2ª ed., NewYork, 2003, p. 89 y Samford, L., "Libel and privacy" en Supplement 2008, N° 7.4, ps. 7-82 y N° 7-86 ps. 7-88).

En el caso de autos, no se configuran los presupuestos de aplicación de la doctrina de la real malicia, pues no se encuentra en discusión la exactitud de los hechos o dichos, sino que se centra en el presunto ejercicio abusivo de la potestad de informar, por exceder el medio periodístico los límites externos que el ordenamiento jurídico prevé con el fin de que la actuación en cada situación en concreto de este derecho, como de todos los demás derechos normativamente consagrados resulte razonable (conf. art. 14 de la Constitución Nacional, art. 1071 del Cód. Civil derogado, su doctrina y argumento actual art. 10 del Cód. Civ. y Comercial vigente).

Se trata de examinar si la publicación efectuada vulnera el derecho a la intimidad de la adolescente fallecida, agraviando a su memoria y a los sentimientos de sus deudos más cercanos, como el aquí reclamante (CNCont Adm Fed, Sala III, 29/08/2019, Expte. 36.500/2012, "D. G. R. D. y otro c. Editorial Sarmiento SA y otros s/ daños y perjuicios").

Aun cuando, en principio, resulte exacto afirmar que los derechos personalísimos se extinguen con la muerte, lo cierto es que hay determinadas situaciones en que algunos de esos derechos pueden prolongarse más allá de la vida del sujeto. Así, refiere Cifuentes, en el caso de la intimidad y la imagen, la invasión a lo

que fue la vida de una persona fallecida, como ocurre con las fotografías de un cadáver o de sus últimos estertores, la difusión de sus memorias más recoletas, pueden suscitar una reacción necesaria para tutelar a la persona que fue. En este tipo de casos, la sola demostración de la violación de su memoria justifica la procedencia de la acción que puedan entablar los descendientes de las personas fallecidas (conf. Cifuentes, S., "Derechos Personalísimos", p. 597 y ss., N° 17, en especial punto c, p. 603; Cifuentes, S., "La intimidad y el honor de los vivos y de los muertos, en nota al fallo pub. en ED, 62-404).

Es cierto que se ha sostenido, en una postura más rígida, que los derechos personalísimos se extinguen con la muerte de su titular y el ejercicio de las acciones por parte de sus parientes más próximos exige la prueba de la lesión de sus propios derechos. Sin embargo, aún bajo esta perspectiva, también se ha admitido la responsabilidad del medio de comunicación cuando esta se funda en el respecto genérico que se debe a la memoria de los difuntos (conf. Rivera, J. C., "Instituciones del Derecho Civil, Parte General, T. II, ps. 95/96, N° 772).

En efecto, cualquiera sea la posición que se adopte, el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen se proyectan más allá del fallecimiento de la persona y, por tanto, su memoria resulta merecedora de idéntica tutela jurídica, fundado en el derecho constitucional a la dignidad (Lovece, Graciela I., "La utilización abusiva de la imagen y su protección jurídica", en RDF, 2020, III, 79), pudiendo provocar una lesión al honor de ciertas personas ligadas a aquella por lazos de familia (conf. Pizarro, Ramón, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 198.).

Por otro lado, el Dr. Posse Saguier, en un enjundioso voto dictado en la Sala F del fuero, en autos "V., J. c. Editorial Perfil", del 14/10/1999, expresó que el consentimiento a la publicación de las fotografías no puede ser prestado ni negado por tratarse de un cadáver, pero no puede soslayarse que el art. 31 de la ley 11.723 no solo protege la imagen de las personas vivas sino también de las ya fallecidas, a tal punto que detalla los parientes que deben prestar el consentimiento. Como señalara el distinguido Magistrado en su voto, si tal previsión se fija cuando la difusión resultase decorosa, cuanto más si no lo es, circunstancia esta última que se presenta en el caso de autos.

Si bien la demandada señaló en su contestación de demandada que "...los hechos que dieron contenido a la crónica que el actor considera lesiva —hechos verdaderos— no tienen entidad suficiente para generar responsabilidad civil por ser, precisamente, crónica de hechos sucedidos" (ver fs. 169), no se advierte que la publicación de las fotografías del cuerpo sin vida de la menor en un contenedor de basura, juntamente con un retrato de la misma y haciendo alusión a las "fotos del horror", responda a la crónica de un hecho noticioso que respalde la necesidad de acompañar la divulgación de las fotografías en la forma que se hizo, por lo que, sin descartar que la noticia del aberrante crimen revistió un significativo interés general para la sociedad, debido al estupor que produjo, surge —a mi entender— diáfano que la demandada excedió el alcance y los límites del derecho a la libertad de prensa, de conformidad con los lineamientos señalados por nuestro Más Alto Tribunal en el antecedente "Patitó" (CSJN 24/06/2008).

Cuando se difunden fotografías del cadáver de una persona fallecida —y más aún cuando se trata de una menor de edad, como lo era A.—, resulta indudable que se vulnera el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Aun cuando pudiera considerarse como excepción que hubiera existido el ejercicio regular del derecho de informar, lo cierto es que no se avizora que tal exposición haya encontrado otra finalidad que la de lucrar al satisfacer la curiosidad o la morbosidad del público, excediendo claramente la noble función de informar conferida a la prensa, en perjuicio de la familia de la víctima.

Tal desaprensiva conducta de la demandada, quien —dada su extensa trayectoria en medios de comunicación— tenía el mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Cód. Civil derogado —actual art. 1725 del Cód. Civ. y Comercial—), produce un inevitable daño en la intimidad de la familia de la fallecida, dolor indescriptible, mortificación de sus sentimientos y emociones, perturbación de su círculo íntimo, que comprende a aquellas personas con las que compartía su vida, sus afectos y sus vivencias cotidianas, que deben ser reparados.

La Sala G de esta Cámara ha destacado que no cabe darle carácter público a un suceso, que aconteció en privacidad aunque fue necesaria la intervención policial a los efectos de su investigación. Por lo tanto, en ese contexto, la publicación fotográfica de un cadáver sin autorización configura una lesión a la intimidad que, como elemento autónomo de la imagen, abre el camino a la ilegitimidad de semejante publicación, que más que informar sobre el asunto solo satisface el "morbo" de los lectores de ella (CNCiv., Sala G, "S. M. C. c. E. S. SA", 05/04/2002, SAIJ: FA02020187).

Si se considera que el ejercicio del derecho a informar puede afectar en cierta medida los sentimientos de las personas vinculadas con el texto o la imagen, resulta inexorable que la fotografía del cuerpo de la hija del actor, posee una inmensurable aptitud para

impactar nociva y lesivamente sobre quienes compartían su vida y tenían lazos afectivos con aquella.

De las constancias de autos no solo queda evidenciada la violación de un deber de cuidado periodístico, sino que se han traspuesto sin ningún tipo de tapujos los límites jurídicos del derecho de información, máxime que no puede dejar de ponderarse que en el caso nos encontramos frente a un delito aberrante de una menor de edad, por lo que la empresa periodística debió poner especial énfasis en la tutela del resguardo de su intimidad (conf. art. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en lo pertinente dispone que "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación").

La cuestión se ciñe a determinar si tales imágenes revestían un interés público tal que otorgue validez a la publicación efectuada, lo que excusaría al medio periodístico de requerir el consentimiento (CSJN, Fallos: 306:1892). Como vine adelantando, la respuesta es categóricamente negativa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Franco, Julio C. c. Diario La Mañana" (del 30/10/2007, Fallos: 330:4615), por voto de la mayoría, adhirió al dictamen de la Procuración Fiscal de la Nación que señaló que el derecho a informar proviene del derecho del público a ser informado, el medio no puede invocar válidamente que sea del interés público conocer el estado físico del cuerpo de una persona fallecida, máxime cuando se trata de un aspecto que pertenece claramente al ámbito de la intimidad personal y familiar, que se difunde sin razón superior que lo justifique y se deja expuesto a la vista de los extraños destruyendo tal condición de lo íntimo, es decir, de aquello que solo algunos tienen derecho a conocer.

Asimismo, concluyó que resultaba irrelevante si estaba acreditado o no el lugar donde se tomó la fotografía, sino que puso el acento en la falta de autorización de los familiares, y en la publicación innecesaria de la imagen del cadáver para informar sobre la muerte de una persona. Con cita de la doctrina "Ponzetti de Balbín", la mayoría del Tribunal delimitó la extensión del derecho a la intimidad, al señalar que "comprende no solo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen".

Reitera la Corte en este fallo que nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ella y que solo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. Ninguno de estos últimos extremos concurrían, habilitando la publicación de las imágenes cuestionadas, ni tampoco han sido siquiera indiciariamente probados por la demandada.

Por lo demás, el derecho personalísimo a la intimidad que consagra el art. 19 de la Carta Magna, así como también en el art. 11, inc. 2° y 3° del Pacto de San José de Costa Rica (ADLA, XLI-B, 1250), art. 1071 bis del Cód. Civil derogado y contemplado en la actualidad en el art. 52 del Cód. Civ. y Comercial, comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino también a otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y solo por ley podrá justificarse —reitero— la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (conf. CSJN, *in re* "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atrlántida SA s/ daños y perjuicios", Fallos: 306:1892). Entonces, si la prensa excede los límites que le son propios y causa, sin derecho, perjuicio a los derechos individuales o personalísimos de otro, afectando su libertad individual, su dignidad, su vida privada e intimidad, y ha desconocido la esfera personal, el derecho que tiene una persona de pertenecerse íntegramente, es responsable civil o penalmente del ejercicio abusivo de su derecho (CSJN, "V. J. c. E. L. U. SA", 19/11/1991, ED, 145-509; LA LEY, 1992-B, 365; JA, 1992-I-5599).

En lo que concierne al derecho a la propia imagen, en Fallos: 335:2090 la Corte cita un precedente del Tribunal Constitucional Español, que señala que el citado derecho no es absoluto y que existen circunstancias que pueden conllevar que la regla ceda, lo que ocurrirá en los casos en los que exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y dicho interés se considere constitucionalmente prevalente al de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen (S. T. C. 072/2007 y 158/2009). En conclusión, la existencia del interés público implica un límite al derecho a la privacidad y a la imagen. Puede decirse además que dicho interés es aquel que concierne a cuestiones que trascienden el marco natural de la causa, los intereses de las partes y compromete o afecta a la comunidad toda (CSJN, Fallos: 336:1324). El significado de la noción de interés público debe forzosamente ser interpretado por los jueces y estos definir su alcance. Ello por cuanto se trata de un concepto jurídico indeterminado, empleado tanto por la

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por tribunales internacionales con el fin de discernir aquellos casos en que resulte legítima la injerencia de los medios periodísticos en aspectos privados de la vida de las personas, se trate de funcionarios públicos o no, que se encuentran protegidos por el texto constitucional (CNCont. Adm. Fed., Sala III, 29/08/2019, Expte. 36.500/2012, "D. G. R. D. y otro c. Editorial Sarmiento SA y otros s/ daños y perjuicios").

Resulta sumamente ilustrativo al respecto, el voto del Dr. Greco, en el caso precedentemente citado, en tanto señala que si se "concibiera la posibilidad de que estos medios de difusión masiva pudieran definir las cuestiones de interés público a su libre arbitrio, su mera invocación equivaldría al otorgamiento de una patente de corso, la cual habilitaría la intromisión en la esfera íntima de cualquier habitante para someterla así, cual vil mercancía, al conocimiento general…", y agrega que ello podría no reconocer otra justificación real que satisfacer demandas impulsadas exclusivamente en la curiosidad popular "…prescindiendo de evaluar si esa atención obedece a razones meramente superfluas o incluso morbosas, máxime cuando la explotación de esa curiosidad puede suscitar considerables y lucrativos beneficios a favor de tales empresas. Todo ello resulta inaceptable, dejando ya de lado las consideraciones personales que no tiene aquí cabida, más bien en función del notorio hecho de no guardar esas justificaciones relación alguna con las altas finalidades que estructuran la protección constitucional y convencional de la que goza la libertad de prensa. Claramente, la noción de interés público, enmarcada en este contexto, constituye la llave de bóveda que permite compatibilizar el ejercicio de la libertad de prensa con el derecho a la intimidad de toda persona, mediante el adecuado deslinde del ámbito protegido por cada una de estas prerrogativas constitucionales" (CNCont. Adm. Fed., Sala III, 29/08/2019, Expte. 36.500/2012, "D. G. R. D. y otro c. Editorial Sarmiento SA y otros s/ daños y perjuicios").

Las imágenes publicadas de un contenedor de basura por la revista "Muy", en su edición de fecha 28/06/2013, presentadas como "exclusivas" bajo el título "Las fotografías del horror" y de las que en forma iconográfica se hace alusión a distintas partes del cuerpo sin vida de la hija del accionante, mostrándose en un margen de la tapa una imagen con vida de la joven resultan suficientemente demostrativas del atropello y avasallamiento de la empresa demandada que —a mi modo de ver— poco tiene que ver con la libertad de divulgar una fotografía de interés noticioso, sino más bien de un actuar que privilegia lo que se muestra por sobre qué, cómo y para qué se lo muestra sin reparos éticos ni morales y con miras a la obtención de un sensacionalismo a todas luces injustificado en detrimento de la calidad informativa.

Esta conclusión no se ve enervada por los argumentos de la recurrente, en cuanto a que la publicación se trató de un hecho de interés público, supuesto comprendido en el art. 31 de la ley 11.723 que de suyo no pueden tener favorable acogida, como ya he adelantado. Ello así, porque más allá de la significativa repercusión social y mediática que tuvo el caso, ciertamente no se advierten razones en las argumentaciones de la recurrente que permitan considerar que la divulgación de las fotografías de lo que serían los restos sin vida de la hija del actor en la tapa de la revista de la demandada responda a las necesidades de un "interés público" que justifique la publicación de la manera en que fue realizada.

Por el contrario, considero que la producción fotográfica alusiva a la hija del demandante resultaba innecesaria por no vislumbrarse de las imágenes en sí mismas un nuevo hecho noticioso, una mayor profundización del tema o una publicación que presentara un enfoque distinto de la cuestión, sino que lo que se verifica en este caso es la exposición morbosa de imágenes de un crimen que ya había sido cubierto, en exceso y en profundidad, por todos los medios de prensa, pero que en este caso se lo exhibió en forma escabrosa y con fines netamente comerciales y sensacionalistas.

Los argumentos de la demandada en torno a la finalidad de "generar conciencia y compromiso" acerca de los femicidios en Argentina, carecen de virtualidad para exonerarla de responsabilidad, pues al hacerlo sin autorización previa, se traducen en un sacrificio inaceptable que únicamente ha recaído sobre el aquí actor y los restantes integrantes de la esfera familiar de A. La revictimización del actor por parte del medio periodístico, quien ya había padecido la lamentable pérdida de su hija en las siniestras circunstancias en que ocurrió, resulta inaceptable. Tampoco parece eficaz, ni idónea, ni adecuada, ni correcta y mucho menos apropiada tal publicación para los supuestos fines esgrimidos, pues sin pretender ahondar en el tema por exceder la cuestión que aquí se ventila, no se infiere en absoluto que con las cruentas imágenes publicadas, se haya querido dar un abordaje cuanto menos serio a un problema social de tan extrema gravedad y envergadura.

Lo hasta aquí expuesto me lleva a concluir que no basta que la información fuese veraz o que las fotografías resultasen auténticas o que en ellas no se alcance a identificar la persona de la hija del accionante, sino que lo relevante y que no fue tenido en consideración por la demandada es que la difusión de las imágenes no debía resultar lesiva a la memoria y dignidad de la

menor y de sus parientes, ofensa que causa un irremediable daño al progenitor, aquí demandante.

Es por las razones que dejo señaladas que propongo al acuerdo la desestimación de los agravios en cuanto al tema formulados contra la fundada sentencia dictada por el Sr. Juez *a quo*.

VII. Consecuencias no patrimoniales.

La sentencia fijó como indemnizatorio del denominado "daño moral" la suma de $1.000.000.

De ello se agravia la parta actora por considerar que es reducida y la representación de la demandada por considerar que es elevada.

Con respecto a los agravios vertidos en torno a la cuantía del "daño moral", actualmente denominado consecuencias no patrimoniales —contempladas en el art. 1741 del Cód. Civ. y Comercial— las que se producen cuando existe una consecuencia lesiva de naturaleza espiritual, aun cuando la norma no resulte aplicable a este ilícito, puede ser tomada como pauta doctrinaria orientativa de su cuantificación.

Desde una concepción sistémica —en donde la Constitución constituye el vértice o núcleo— el Derecho tutela intereses trascendentes de la persona, además de los estrictamente patrimoniales. (Tobías, José W, "Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral", LA LEY, 1993-E, 1227 — Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, T. III, 33; CNCiv., esta Sala, 25/02/2010, Expte. N° 87.802/2000 "Valdez, Sandra N. c. Urbano, Alberto D. y otro s/ daños y perjuicios"; Ídem., Id. 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 "Rendon, Juan C. c. Mazzoconi, Laura E. daños y perjuicios", entre otros).

Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. Dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales.

Con atinado criterio se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio, el daño moral lesiona lo que el sujeto "es" (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, T. 4, ps. 103, 1143 y "El concepto de daño moral", JA, del 06/02/1985; CNCiv., esta Sala, 23/06/2010, Expte. 26.720/2002 "Pages, Mariano J. c. Laudanno, Andrés F. y otros s/ daños y perjuicios"; Idem., id., 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 "Rendon, Juan C. c. Mazzoconi, Laura E. daños y perjuicios"; entre otros).

En el supuesto en estudio considero que el reclamo es procedente en tanto que el accionante se ha visto afectado en su estado espiritual por las inquietudes, zozobras y aflicciones que, más que presumiblemente le ha causado la publicación periodística realizada por la demandada.

Por lo demás, es dable señalar, que la procedencia y determinación de este daño no está vinculada a la existencia o entidad de los perjuicios materiales, pues media interdependencia entre tales rubros, que tienen su propia configuración (conf. Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I, p. 13, ed. Abeledo-Perrot; CSJN., 06/10/2009, "Arisnabarreta, Rubén J. c. E. N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento"; Ídem., 07/11/2006, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios", Fallos: 329:4944; Id., 24/08/2006, "Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c. Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 329: 3403; Id., 06/03/2007, ORI, "Mosca, Hugo A. c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 330: 563, entre muchos otros).

Asimismo, el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación *in fine* establece que "el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" delimitando la actividad jurisdiccional y acentuando sus funciones reparatorias.

En otras palabras, el monto del resarcimiento debe permitir procurarse un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, criterio que jurisprudencialmente se viene aplicando de manera inveterada por nuestros tribunales.

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.

Señaló nuestro Máximo Tribunal que "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. 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) (Conf. CNCiv., Sala A 17/07/2014 "R. M. B. c. Banco Supervielle SA s/ daños y perjuicios" del voto del Dr. Sebastián Picasso; cita: MJ-JU-M-88578-AR | MJJ88578 | MJJ88578).

El criterio fijado por la actual legislación de fondo, aun cuando el hecho sea anterior a su vigencia, resulta relevante pues la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme a dicha pauta orientadora.

En virtud de ello, ponderando las circunstancias fácticas que rodearon la cuestión sometida a juzgamiento, las afecciones que debió padecer el reclamante como consecuencia de la publicación de la revista demandada, considero que el reclamo es procedente.

En cuanto a la cantidad establecida en la sentencia considero que resulta reducida en razón al impacto emocional que la publicación debió ocasionar al reclamante y la mayor profundización de las angustias y dolores ya padecidos como consecuencia de la violenta muerte de su hija, por lo que propongo al acuerdo su elevación a $2.500.000.- por entender que resulta más ajustada con la extensión del perjuicio inferido y al principio de reparación plena (art. 1740 Cód. Civ. y Comercial y art. 165 del Cód. Procesal).

VIII. En cuanto al daño punitivo

Se agravia la parte actora por el rechazo del reclamo.

Al respecto, cabe señalar que 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, ps. 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).

El daño punitivo, como pena ejemplificadora no tenía apoyatura legal en nuestro sistema civil hasta la sanción de la ley 23.361 que incorporo el Art 52 a la ley de defensa del Consumidor (24.240).

A través de esta teoría se pretende la aplicación, en ciertos casos, de penas privadas, por encima de los importes que se establezcan en concepto de reparación por daños y perjuicios, asignándolas ya sea al propio damnificado, al Estado, o a organismos de bien público. Lo que se pretende es castigar a quien ha actuado de modo desaprensivo, a fin de que en el futuro no actúe en forma similar. Por ende, desempeñarían una doble función, ya que por un lado serían una forma de prevención especial, por cuanto quien es pasible de la sanción obviamente no volverá a incurrir en la misma inconducta, en tanto que también sería una forma de prevención general, ya que los demás integrantes de una sociedad determinada, al ver la imposición de la multa, evitarán cometer la misma inconducta (conf Fernández Madero, Jaime, "Los daños causados al medio ambiente", LA LEY 2004-A, 1456; CNCiv., esta Sala, 04/05/2010, N° 28.910/2003 "Colombo, Aquilino M. c. De Rosso, Héctor E. s/ daños y perjuicios").

En efecto, se discute en doctrina el alcance que cabe asignar a la punición en el ámbito de la responsabilidad civil, si es que correspondiera asignarle alguno, tópico que resulta objeto de encendidas polémicas en la doctrina autoral, tal como lo reflejan los autores del Anteproyecto en los "Fundamentos" del Cód. Civ. y Comercial (V, pto. 4.1).

Para la mayoría de los autores de cuño continental romano (empezando por los franceses que rechazan vigorosamente que pueda asumir el carácter de función del sistema), en general se considera que al derecho de daños no le compete "castigar" sino únicamente "resarcir" a la víctima con el límite del valor de los perjuicios, y así cabe señalar que esta figura reconoce como antecedente inmediato a los punitive damages del derecho anglosajón (en el Anteproyecto de 2012, se utilizó la denominación "sanción pecuniaria disuasiva") (Ubiría, Fernando Alfredo, Derecho de Daños en el Código Civil y Comercial, Abeledo-Perrot, 2015, p. 69).

No obstante, un sector de la doctrina vernácula (Zavala de González, Pizarro y Vallespinos) considera que la función punitiva es útil pues permite san-

cionar a quien causa daños intencionalmente con el propósito de obtener una ventaja o provecho, y resulta de aplicación únicamente cuando la reparación del perjuicio se muestra insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad ya que subsiste un beneficio derivado directamente del ilícito (conf CNCiv esta Sala, 23/11/2017, Expte. N° 58.267/2.013, "Méndez, Lisandro A. c. Empresa Monte Grande SA y otro s/ daños y perjuicios").

Pues bien, más allá de las opiniones fuertemente debatidas que el tópico ha dado lugar (ver entre otros el notable trabajo de Alberto Bueres y Sebastián Picasso, "La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos", en "Revista de Derecho de daños" (año 2011), "Daños punitivos" (N° 2), p. 63 y ss.), y admitido entonces que la procedencia del daño punitivo es de carácter restrictivo y que, como ha sido señalado resulta ajena al ámbito de la responsabilidad extracontractual para el caso de las injurias cometidas por la prensa por violación de derechos personalísimos, pues se trata de una norma que rige en las relaciones entre proveedores y consumidores y, en todo caso, las situaciones conexas en lo concerniente a la ley 24.240 y sus modificatorias, propongo al acuerdo la desestimación de los agravios en cuanto al tema.

IX. Por todo lo que dejo expresado doy mi voto para que:

Se modifique la sentencia en el sentido de que se eleve la cantidad fijada como indemnizatoria del "Daño Moral" a $2.500.000.

Se la confirme en lo demás que decide y fue motivo de apelación y agravio, con imposición de las costas de alzada a la parte demandada que ha resultado vencida en la cuestión principal traída a juzgamiento (art. 68 del Cód. Procesal).

La doctora *Verón* adhiere al voto precedente.

Se deja constancia que la vocalía N° 30 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal resuelve: 1. Modificar la sentencia en el sentido de que se eleve la cantidad fijada como indemnizatoria del "Daño Moral" a $2.500.000. 2. Confirmar la sentencia en lo demás que decide y fue motivo de apelación y agravio, con imposición de las costas de alzada a la parte demandada que ha resultado vencida en la cuestión principal traída a juzgamiento (art. 68 del Cód. Procesal). 3. Diferir la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y, oportunamente, devuélvase. — *Gabriela M. Scolarici. — Beatriz A. Verón.*

RESPONSABILIDAD DE LA OBRA SOCIAL. RELACIÓN DE CONSUMO

Muerte de una bebé nacida a los siete meses de gestación. Infección hospitalaria. Procedencia de la demanda de daños contra el galeno, la obra social y el instituto médico demandado. Pérdida de chance de sobrevivir.

1. — No hay duda alguna de que la infección fue contraída por la niña estando internada en la Unidad de Cuidados Intensivos del instituto médico demandado, a poco que se repare en que el germen fue detectado luego de un primer informe de laboratorio negativo, estando ya la niña en aquella unidad desde su nacimiento. Si es el único centro médico en que estuvo internada la niña desde que nació hasta que contrajo la sepsis, la circunstancia de que se haya producido el contagio por un germen que se determinó que es intrahospitalario y exógeno al paciente, sumado a que no se acreditó la existencia de un plan de control de infecciones hospitalarias, permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia ello podría haberse evitado **[1]**.

2. — No será necesario probar la culpa del médico en todos los casos para que las empresas de salud, obras sociales y sanatorios respondan, pues también deberán hacerlo al incumplir otras obligaciones que integran el plan prestacional, como sucedió en el caso al no haber demostrado que el instituto demandado contara con un programa de vigilancia epidemiológica y control de infecciones y un comité de control de infecciones hospitalarias, para evitar la infección hospitalaria que sufriera la niña recién nacida, que fue una de las causas que, junto a su condición de prematura, coadyuvó a su muerte.

3. — Aun cuando no puede afirmarse sin hesitar que el obrar de los demandados desencadenara la muerte de la niña, a poco que se repare en que se trataba de un embarazo de riesgo con antecedentes de parto prematuro, lo cierto es que las pruebas producidas generan convicción en punto a que la realización intempestiva de la cesárea por parte del galeno —sin la suficiente maduración pulmonar del feto, sin verificar que se presentaba una concreta situación de riesgo de rotura uterina en la madre

que la justificase y sin suministrar una dosis de rescate de corticoides— colocó a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad que, al concurrir causalmente con la posterior infección hospitalaria, privó a la recién nacida de una chance cierta de sobrevida.

4. — Tanto la obra social como su prestadora son responsables directas de garantizar el cuidado y seguridad de la actora y su hija, finalmente fallecida, aun cuando se hubiesen valido de terceros para el cumplimiento de la prestación comprometida.

5. — Las máximas de experiencia y la lógica que integran la sana crítica permiten afirmar que la sola rotura prematura de las membranas (RPM) no es signo suficiente para concluir en que la cesárea debe realizarse en forma inmediata, como lo hiciera el juez de grado. Además, en el caso se trataba de una gestación de 28 semanas, lo cual imponía intentar prolongar al máximo el período de latencia, es decir, el transcurrido entre la rotura prematura de las membranas y el nacimiento. Frente a esa cesárea intempestiva, cobra relevancia el hecho también atribuido al galeno de no haber suministrado corticoides a la actora para favorecer la maduración pulmonar del feto.

6. — Que los demás médicos obstetras que atendieron a la actora y que no han sido demandados hayan incumplido con lo que resultaba exigible solo muestra un eslabón más de la errática y mala atención sanitaria brindada a la actora por su obra social a través del instituto médico demandado, pero no libera al profesional demandado de la responsabilidad que le cabe.

7. — Si las omisiones que se imputaron al galeno aparecen probadas y colocaron a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad física, que luego se agravó con la infección y derivó en su muerte, no sucede lo mismo con el codemandado, pues en su caso es cierto que no hay precisiones sobre los actos médicos que se le objetan tanto en la atención de la actora, como en su carácter de director médico, por lo que respecto de este corresponde confirmar el rechazo de la demanda.

8. — La obstetricia es una especialidad médica que involucra la vida y la salud, tanto de la madre como del niño por nacer, por lo que el problema relativo a si la administración de corticoides favorece la maduración pulmonar del niño por nacer, en tanto se relaciona con la salud de aquel, no le resulta ajeno.

9. — Según la Organización Mundial de la Salud, las infecciones asociadas a la atención sanitaria (IAAS), también denominadas infecciones "nosocomiales" u "hospitalarias", son aquellas contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que aquel no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso. Las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria; y pueden aparecer también después de que el paciente reciba el alta.

10. — Si la responsabilidad que se delinea respecto a los médicos demandados impone la necesidad de probar un factor subjetivo de atribución, no sucede lo mismo con la obra social y con el instituto médico demandado. Es que entre dichas entidades y la accionante se configuró una relación de consumo (art. 3° de la ley 24.240) que hace aplicable el estatuto del consumidor, aun cuando no haya sido invocado por la demandante.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte de una niña nacida prematura.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $500.000

Daño patrimonial

Valor vida: $200.000

Daños varios: Tratamiento psicológico: $70.000

CNCiv., sala B, 03/03/2021. - C., E. B. M. c. Instituto Médico de Obstetricia SA (IMO) y otros s/ daños y perjuicios - Resp. prof. médicos y aux. - Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/1022/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala III, "Leithold, José María y Molicia, Inés c. Sanatorio Quintar y otro s/ordinario por daños y perjuicios", 23/10/2012, RCyS 2013-V, 27, con nota de Roberto A. Meneghini, AR/JUR/64639/2012.

COSTAS

A las demandadas vencidas.

Exp. N° 44.634/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 3 de 2021.

El doctor *Parrilli*, dijo:

I. E. B. M. C. demandó al "Instituto Médico de Obstetricia SA" (IMO); "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (OSECAC); F. C.; J. P. L.; M. L. Z. R.; S. M. S. y B. R., pretendiendo se los condenara a pagarle una suma de dinero como resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos a causa de la muerte de su hija M. C. ocurrida el día 3 de marzo de 2014, que atribuyó a la deficiente atención médica recibida de aquellos.

La actora narró que, cursando un embarazo de alto riesgo, que tenía como fecha probable de parto el 26 de mayo de 2014, concurrió al instituto demandado para su asistencia médica. Reseñó la atención recibida a partir del 17/10/2013 hasta el día 28 de febrero de 2014 cuando, por vía de cesárea, nació su hija M. C., con una edad gestacional de 28 semanas y un peso de 1.400 gramos.

Explicó que, al nacer, la niña fue internada en la unidad de cuidados intensivos neonatales, con asistencia respiratoria mecánica; sufrió descompensaciones y una infección con "staphylococcus epidermis" debido a la contaminación de catéteres intravasculares por manipulación excesiva o inadecuada de aquellos (sin las medidas de higiene requeridas, como ser la falta de guantes, sin adecuada higiene de manos, etc.).

Integró la demanda con el dictamen de un consultor médico (ver p. VII, ap. 1° "g"). Allí, explicitó las conductas culposas que imputaba a los demandados, consistentes en el inadecuado manejo de la amenaza de parto prematuro, por no administrarle corticoides para la maduración pulmonar en la internación del 26/02/2014 y realizarle una cesárea, sin indicación clara, que derivó en el nacimiento prematuro de su hija, que presentó síndrome de dificultad respiratoria. Agregó que debido a una inadecuada manipulación de material supuestamente estéril se produjo en la niña una sepsis por Staphylococcus epidermis, que junto con el síndrome ya nombrado causaron a su hija una coagulación intravascular diseminada, complicación grave que se diagnosticó tardíamente y se trató en forma insuficiente.

En suma, dijo que "existió negligencia, impericia y/o imprudencia en el manejo de la terapéutica para la maduración fetal del feto, en la realización de la cesárea y en el control, diagnóstico y tratamiento de la neonata. Esto implica que no se utilizaron los medios adecuados para prevenir el nacimiento de un neonato prematuro de alto riesgo, para diagnosticar y tratar las afecciones que fueron consecuencia directa de dicha situación de inmadurez para la vida extrauterina y para prevenir complicaciones como la infección intrahospitalaria" (ver fs. 177/184).

A su turno, los demandados se presentaron y negaron la responsabilidad que, en cada caso, se les atribuyera. Ofrecieron pruebas.

II. Después de encuadrar jurídicamente la responsabilidad de los médicos en el ámbito contractual, precisar que se trataba de una obligación de medios; señalar que el sanatorio y la obra social demandada respondían "por los daños que sufra el paciente siempre que el médico incurra en la omisión de la prudencia y diligencia que el caso requería" (ver considerando III), el Sr. Juez señaló que en la narración de los hechos realizada en la demanda la actora no había mencionado cuales eran las conductas que se imputaban a los demandados y concluyó que el examen de la prueba producida no se acreditó "la culpa de los médicos que como presupuesto de la demanda permitiría responsabilizarlos por el lamentable fallecimiento de M. A. C.".

III. Contra la referida sentencia solo expresó agravios la actora en el escrito presentado digitalmente el día 03/09/2020 (ver sistema de gestión lex100, fs. 788-799) cuyo traslado, dispuesto el 11/09/2020, fue contestado por la apoderada de la "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" (OSECAC) el 17/09/2020 (ver fs. 801-804 sistema lex100); por las apoderadas de S. S. y "SMG Compañía Argentina de Seguros SA" el 22/09/2020 (ver fs. 806-811 sistema lex100); el apoderado del "Instituto Médico de Obstetricia SA" el 25/09/2020 (ver fs. 828-829 sistema lex100) y por J. P. L. y M. L. Z. R. el día 24/09/2020 (ver fs. 813-826 sistema lex100).

En su presentación ante esta Sala la actora sostuvo que el Sr. Juez realizó una interpretación parcial de las pruebas (primer agravio). Dijo que existía una responsabilidad del equipo médico que la asistiera en el parto y nacimiento de su hija, que resultaría de carácter objetivo. Señaló que la muerte de M. C. se debió a distintas decisiones inadecuadas de los integrantes del aludido equipo que la atendiera, explicando que: a) no se realizó el tratamiento adecuado con corticoides para acelerar la maduración pulmonar del feto; b) no se realizó el tratamiento correcto para reducir la contractilidad uterina (es decir, disminuir las contracciones) y de esta forma intentar prolongar la gesta; c) se realizó una cesárea aduciendo un riesgo de ruptura uterina que no está documentado ni en la historia clínica, ni en el parte quirúrgico; c) su hija sufrió una infección por un germen intrahospitalario que está asociado al uso de catéteres intravasculares; d) no

se reconoció tempranamente aquella sepsis, ni de la coagulación intravascular diseminada que se agregó (agravio segundo).

Sostuvo que solicitó la designación de dos peritos pues debía esclarecerse, por un lado, si fue correcta la atención médica a la madre (obstetricia) y, por otro, la atención recibida por la niña (neonatología). De manera que, contrariamente a lo que expresara el Sr. Juez, la cuestión no se reducía al plano neonatológico "ya que de haberse realizado un tratamiento obstétrico adecuado, posiblemente M. hubiera logrado permanecer más tiempo en el útero materno y no haber nacido con 28 semanas de gestación, no es necesario ser médico para saber que un bebe prematuro de 28 semanas (sietemesino) tiene muchos más riesgos que uno de 33 semanas (ochomesino) por las enfermedades relacionadas con dicha) prematurez" (agravios tercero y cuarto).

En ese sentido, criticó las afirmaciones del Sr. Juez relativas a que no era posible prolongar la gestación porque ella "había roto bolsa" y las calificó de equivocadas. Afirmó que sí era posible mantener el embarazo para lograr una mayor maduración intrauterina de la bebé, a tal punto que la ruptura de membranas (bolsa) se produjo aproximadamente a las cuatro de la tarde del día 27/02/2014 y la decisión de realizar una cesárea recién se adoptó por otro profesional a las 00:30 horas del día siguiente, esto es ocho horas después de dicha rotura, lo cual descarta todo carácter de inminencia (agravio quinto).

En la misma dirección, cuestionó que el Sr. Juez en el considerando IV.b) de la sentencia recurrida, hubiese considerado que se realizó eficazmente el tratamiento de corticoides durante el embarazo, con base en las conclusiones de la neonatóloga. Afirmó que alcanzaba "con pensar qué especialidad tiene el médico que lo indica, y a quién se lo indica: es claramente el suministro de corticoides para poder mejorar la madurez pulmonar, es el obstetra quien se lo indica a la madre, más allá de que el beneficio lo reciba el feto" y añadió que la propia neonatóloga lo reconoció al contestar los puntos de pericia solicitados por el codemandado OSECAC.

Concluyó este agravio afirmando que "el *a quo*, ignoró por completo lo que expresa el experto obstetra en su pericia ya que a fs. 640, último párrafo, el perito habla de tratamiento de ataque, y a fs. 641 expone sobre la maduración con corticoides, y dice textualmente "Maduración con corticoides: entre las semanas 24 y 34 de gestación. 1.- Betametasona una ampolla de 12 mg cada 12 hs. en 24 hs (total 2 dosis= 24 mg) 2.- Dexametasona: una ampolla de 8 mg cada 8 hs. en 24 hs. (total 3 dosis = 24 mg de dexametasona). Repique: si la paciente recibió corticoterapia antes de las 28/30 semanas y pasados 10 días de esa dosis se desencadena situación de parto se aconseja realizar repique con 1 dosis".

Agregó que el Sr. Juez se equivocó al afirmar que ella recibió una aplicación de corticoides en la internación del día 26/02/2014 y afirmó que aquellos no fueron "ni siquiera indicados".

Por otra parte, señaló que se le realizaron tactos vaginales excesivos e innecesarios y no se realizó ni monitoreo fetal, ni un tratamiento correcto con Atisoban para demorar el parto (agravio sexto). Cuestionó la atención neonatológica (agravio séptimo) y señaló que el Sr. Juez se equivocó al decir que, según la experta, los catéteres no habían sido manipulados excesivamente - (al referir a la infección intrahospitalaria por "Staphyllococcus epidermidis") Observó que a f.657 la perito aclaró que "si existió una manipulación excesiva." (agravio octavo).

También, en orden a la presencia del referido germen en los análisis de sangre practicados a su hija señaló que según lo informado por la neonatóloga designada de oficio, no se realizaron todos los estudios que hubieran permitido determinar el origen de la sepsis que aquella sufrió y destacó que al responder las aclaraciones que se le requirieran la referida experta informó que "...la coagulación intravascular diseminada es consecuencia de la sepsis por Staphyllococcus epidermidis" y agregó, entre las causas de muerte de la niña "la Sepsis por Staphyllococcus epidermidis..." (agravio noveno). Observó la falta de rigor científico de la pericia realizada por la neonatóloga (agravio undécimo). Concluyó afirmando que "todas estas consideraciones no pudieron escapar al conocimiento del *a quo*, y atento haber dejado demostrado que No se emplearon todos los medios necesarios y conocidos en el arte de curar, tanto a nivel obstétrico como neonatológico, y que conforme lo manifestado por la perito neonatóloga, (Ver punto P, fs. 658 vta.) M., falleció por sepsis por Staphylococcus epidermidis, síndrome de insuficiencia respiratoria neonatal, coagulación intravascular diseminada, anemia aguda, entre otras causales de su deceso" correspondía admitir los agravios y hacer lugar a la demanda.

Por su parte, los codemandados más arriba referidos se pronunciaron por la confirmación de la sentencia recurrida, siguiendo, en todos los casos, la línea argumental del Sr. Juez.

IV. Antes de entrar en el examen puntual de los agravios, habré de trazar el marco jurídico en el cual quedará comprendida la resolución de este caso.

Como el hecho dañoso que da origen a este proceso sucedió antes de la entrada en vigencia del actual

Cód. Civ. y Comercial, este caso debe juzgarse aplicando las disposiciones del Cód. Civil, texto según decreto— ley 17.711. Sin embargo, en lo que respecta al centro médico y la Obra Social, su responsabilidad se juzgará bajo las normas del nuevo Código, en la medida que sean más favorables al consumidor y las de la ley 24.240, pues como proveedores del servicio médico se encontraban obligados a observar el deber de seguridad en la atención de la actora y su hija (artículos 2, 3 y 5 LDC 24.240 y art. 1093 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Despejado el problema atinente a la ley aplicable, debo decir que, a mi entender, no resulta factible hacer responsables a los médicos en forma objetiva como pretende el recurrente. Aquí no hay un obrar colectivo, sino sucesivos actos médicos de profesionales y especialidades —algunos de los cuales ni siquiera han sido traídos a juicio— que, en todo caso, concurrieron al resultado dañoso.

En consecuencia, respecto de los profesionales demandados si se pretende el resarcimiento de los perjuicios sufridos debe acreditarse no solo que estos han existido, sino la relación de causalidad entre el obrar negligente de aquel a quien se imputa su producción y tales perjuicios (cfr. arts. 512 y 902 del Cód. Civil, arts. 1724 y 1768 del nuevo Cód. Civil y Comercial; Fallos: 310:2467; 312:2527 —disidencia del juez Fayt—; 315:2397 y 325:798).

La carga de la prueba de esos extremos recae sobre la actora, aunque no puede soslayarse la cooperación que debe brindar la parte que goza de facilidad probatoria, en este caso los demandados, en la búsqueda de la justicia (cfr. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y CSJN *in re*; "Plá, Silvio R. y otros c. Clínica Bazterrica SA y otros", set. del 04/09/2001).

Referente a la demostración de los presupuestos de responsabilidad cabe observar que, en este tipo de juicios, la prueba pericial médica deviene relevante ya que el informe del experto no es una mera apreciación sobre la materia del litigio, sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos (cfr. CNCiv., Sala D., *in re,* "Yapura, Gregoria E. c. Transporte Automotor Riachuelo SA s/ daños y perjuicios.", L. N° 77.257/98, del 08/10/2002; íd., "Fiorito, José L. c. Petersen, José y otro s/ daños y perjuicios", L. N° 105.505/97, del 20/09/1991; citados por esta Sala, en mi voto *in re* "Alvaro de Len Norma Olga c. Asoc. Francesa Filantrópica y de Benef Hospital Francés y otros s/ daños y perjuicios (31.501/2002) del 27 de mayo de 2016).

Además, tal relevancia de la prueba pericial se sustenta en que si bien las normas adjetivas no acuerdan el carácter de prueba legal al dictamen de los peritos y su fuerza probatoria debe juzgarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 y 477 del Cód. Procesal) lo cierto es que cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse de lo dictaminado por los expertos (cfr. Cipriano, Néstor A., "Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", en LA LEY, 1995-C, 623).

Ahora bien, el contacto físico entre un profesional y un paciente que experimenta daños —*imputatio facti*—, no permite indefectiblemente imputar esos daños al primero, pues las pruebas aportadas al proceso— en especial la pericial médica—, con suma frecuencia, suscitan dudas acerca de si el obrar médico fue en verdad el que ocasionó perjuicios (cfr. Bueres Alberto J, "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª edición, p. 268 y en igual sentido la opinión de Mosset Iturraspe citada en la nota 29, apartado "a" de la obra antes referida).

Frente a esa complejidad, que especialmente presenta la demostración de la relación de causalidad en la culpa médica, doctrina y jurisprudencia han flexibilizado o aligerado la prueba de la interconexión entre el hecho o factor eficiente y el daño a fin de que la responsabilidad médica no se torne ilusoria (ver en este sentido Bueres, op. cit, p.254, 268 y autor citado en nota 70).

En ese sentido, se ha dicho que, cuando es imposible tener certeza o exactitud por la complejidad del caso, el juez podrá tener por acreditada la relación de causalidad si existen elementos probatorios que permitan deducir con un grado de suficiente probabilidad, que la conducta del médico resultó idónea para producir el daño (ver en este sentido, voto del Dr. Bueres como vocal de la Sala D de esta Cámara del 29/02/1996, *in re,* "Turón, Claudia c. Municipalidad de Buenos Aires"; JA, 1996-IV-386, p. 387; Vázquez Ferreyra, Roberto; "La Prueba de la Relación Causal en la responsabilidad civil", (hacia un alivio de la carga probatoria); JA, T. 1996-D, Sec. Doctrina, p. 988 y ss.).

Si como ya expliqué la responsabilidad que se delinea respecto a los médicos demandados impone la necesidad de probar un factor subjetivo de atribución, no sucede lo mismo con la Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC) y el Instituto Medico de Obstetricia.

Es que, entre dichas entidades y E. B. M. C. se configuró una relación de consumo (art. 3 de la ley 24.240) que hace aplicable estatuto del consumidor aun cuando no haya sido invocado por la demandante (art. 42 de la Constitución Nacional y art. 65 ley citada).

De manera que tanto OSECAC como su prestadora (IMO) eran responsables directos de garantizar el cuidado y seguridad de la actora y su hija, finalmente fallecida, aun cuando se hubiesen valido de terceros para el cumplimiento de la prestación comprometida (cfr. 5 ley citada; ver en este sentido CNCiv. Sala A, del voto de la mayoría Dres. Picasso y Molteni, en autos "Antunez, Norberto A. c. Basso, Armando y otro s/ daños y perjuicios del 25/09/2012. En igual sentido, Calvo Costa, Carlos A., "Responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma", LA LEY, 23/05/2016).

Finalmente, en cuanto a OSECAC, sin perjuicio de su encuadre en la apuntada relación de consumo, no puedo dejar de observar que tal como ha señalado la Corte Federal, en la actividad de las obras sociales ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada en las aludidas entidades. El adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente; porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto fallido en cualesquiera de sus partes, sea en lo que hace a la prestación médica en sí como a la sanitaria, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control (conf. Fallos: 306:178; 308:344; 317:1921; 322:1393 y 329:2688 voto de la mayoría y disidencia parcial del juez Lorenzetti).

Encuadrada la responsabilidad de las empresas de salud, obras sociales y sanatorios en el marco más arriba delineado, es claro que probada la culpa del médico en la atención de la paciente se configurara la violación del deber de seguridad y el incumplimiento contractual de manera irrefragable, pero también lo es, que no será necesario probar esa culpa en todos los casos para que respondan, pues también deberán hacerlo al incumplir otras obligaciones que integran el plan prestacional, como veremos ha sucedido en este caso, al no haber demostrado que el instituto demandado contara con un programa de vigilancia epidemiológica y control de infecciones y un comité de control de infecciones hospitalarias, para evitar la infección hospitalaria que sufriera M. C. que, adelanto, fue una de las causas que junto a su condición de prematura, coadyuvo a su muerte.

V. Entrando en el examen de los agravios, cabe observar que si bien el Sr. Juez cargó tintas al expresar que la actora no había anticipado "a cada uno de los demandados en forma concreta" cuál era la acción que se le cuestionaba y "respecto de la cual debía defenderse" y dijo que a su entender "esta cuestión resultaría suficiente para desestimar una demanda que adolece de un vicio que en definitiva resulta para los demandados una serie limitación a su posibilidad de defenderse", a renglón seguido expresó que "habiéndose producido la prueba pericial médica en tanto esta cuestión no se señaló en el momento introductorio de la litis, habré de referirme también a las cuestiones por las que, desde ya adelanto, la demanda no podría tampoco prosperar".

De manera que dicha reflexión del Sr. Juez, sobre esa supuesta indefensión de los demandados, no pasa de ser un *obiter dictum*, que no merece mayor consideración, máxime cuando él mismo observa que ninguno de los demandados articuló esta cuestión. Además, es lógico que así haya sucedido porque como ya dije, junto con el escrito de demanda, se acompañó y ofreció como prueba un dictamen elaborado por un perito médico legista, donde se precisaron los hechos con base en las cuales se atribuía responsabilidad a los demandados, quienes, al contestar la demanda, rebatieron esas conclusiones, ofrecieron pruebas para sustentar su postura y, en ningún caso manifestaron perplejidad sobre la causa petendi, ni articularan excepción de defecto legal. Tampoco el tribunal, advirtió esa supuesta indefensión en la oportunidad de celebrarse la audiencia prevista en el art. 360 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, donde decidió proveer las pruebas ofrecidas.

Cabe pues examinar los agravios de la actora respecto de los argumentos que sirvieran de base al Sr. Juez para rechazar la demanda y que este desarrolla en los considerandos V y responder al interrogante que nos plantea este caso, es decir, si todos o algunos de los demandados deben responder por los daños causados y en qué medida.

En miras a ese objetivo se hace necesario realizar algunas precisiones:

a.- No hay debate y surge de la prueba incorporada a este proceso que E. C. fue atendida en el Instituto Médico de Obstetricia través de la cobertura de OSECAC. Tampoco se discute que la hija de la actora, M. C., quien había nacido el 28/02/2014 a las 28 semanas de gestación, falleció el día 3 de marzo del mismo año, luego de estar internada en la Unidad de Cuidados Intensivos del IMO.

b.- El parto de pretérmino (pPT) es aquel que ocurre antes que se completen las 37 semanas de gesta-

ción (Organización Mundial de la Salud, 1993) y, en el caso, no está controvertida la afirmación de la perito neonatóloga en punto a que por la edad gestacional que presentaba M. C., al momento del nacimiento, se trataba de una niña "muy prematura", con "muy bajo peso al nacer: inferior a 1.500 gramos" y que "los riesgos y complicaciones que deben enfrentar los prematuros de 28 semanas y peso menor de 1.500 grs, como en el caso de autos, "son graves" derivando "del binomio inmadurez-hipoxia por el acortamiento gestacional y la ineficacia de la adaptación respiratoria postnatal tras la supresión de la oxigenación transplacentaria".

c.- Corroborando los riesgos que afrontan los niños que nacen en parto prematuro, cabe observar que "la prematurez contribuyó en el año 2013 al 52% de la mortalidad en menores de un año en la República Argentina; es la principal causa de Mortalidad Neonatal y de complicaciones neonatales a corto plazo, tales como depresión al nacer, Síndrome de Dificultad Respiratoria (SDR), hemorragia intraventricular, sepsis, retinopatía del prematuro (ROP), ictericia, trastornos de la alimentación, trastornos metabólicos, enterocolitis necrotizante (ECN), ductus arterioso persistente, apneas. A largo plazo, es causa de complicaciones severas como parálisis cerebral, displasia broncopulmonar, retraso mental y madurativo, déficit del neurodesarrollo, menor rendimiento escolar, compromiso de la visión y de la audición. Estos riesgos aumentan en forma inversamente proporcional a la edad gestacional en la que se haya desencadenado el nacimiento" (cfr. "Recomendaciones para la prevención, diagnóstico y tratamiento de amenaza de parto pretérmino espontáneo y rotura prematura de membranas" publicado por la Dirección Nacional de Maternidad e infancia, Ministerio de Salud de la Nación, 2015, p. 13).

Con base en lo anterior, concluyo que el Sr. Juez se equivoca cuando desecha la prueba pericial de obstetricia y afirma que "la cuestión que se discute en autos se encuentra referida al tratamiento médico que se brindó a la menor y a partir de ello la eventual responsabilidad de los demandados en su fallecimiento" centrándose en el análisis de la pericial de neonatología.

Digo esto porque, ante los riesgos que representaba el nacimiento prematuro de la niña M. C., era decisivo esclarecer dos cuestiones que fueron claramente imputadas en la demanda al Dr. J. P. L. (ver fs. 182 vta., conclusiones del informe médico acompañado con la demanda) y que aquel había rebatido:

a) si ante la ruptura prematura de membranas sufrida por la actora fue correcta la decisión del referido obstetra de realizar la cesárea e interrumpir el embarazo cuando no se encontraba cumplido el criterio de maduración pulmonar de la niña por nacer;

b) si el referido omitió indicar corticoides para la maduración pulmonar del feto.

Ahora bien, respecto de la primera cuestión el Sr. Juez dijo que no merecía mayores consideraciones "a partir del momento de encontrarse reconocido por las partes y surgir así de la historia clínica que la accionante había "roto bolsa" el día 27/02/2014". En cuanto a las imputaciones de la actora en punto a no haber recibido tratamiento para la maduración pulmonar del feto, apoyándose en lo informado por la perito médica neonatóloga, descartó las conclusiones del obstetra porque, según dijo, la primera "tiene especialización específica respecto de este tema".

El apoderado de la actora consideró equivocadas estas conclusiones y me adelanto a decir que tiene razón.

No comparto la conclusión del Sr. Juez cuando dice que la cuestión atinente a la oportunidad de la cesárea "no merece demasiada discusión a partir del momento de encontrarse reconocido por las partes y surgir así de la historia clínica que la accionante había "roto bolsa" el día 27/02/2014"

Las máximas de experiencia y la lógica, que integran la sana crítica (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) permiten afirmar que la sola rotura prematura de las membranas (RPM) no es signo suficiente para concluir en que la cesárea debe realizarse en forma inmediata como lo hiciera el Sr. Juez. Además, aquí estábamos ante una gestación de 28 semanas lo cual imponía intentar prolongar al máximo el período de latencia, es decir el transcurrido entre la rotura prematura de las membranas y el nacimiento. Así parecen haberlo entendido los médicos que atendieron C. ese mismo día a poco que se repare —como atinadamente lo señala el apoderado de la actora— que la ruptura de las membranas se produjo unas ocho horas antes al comienzo de la cesárea.

Por otra parte, ni el propio Dr. L. se apoyó en la rotura de membranas para justificar su decisión de realizar la cesárea. Al contrario, dijo que tratándose de un parto prematuro debía adoptarse una actitud expectante pero que debido a que la actora manifestó dolor en la cicatriz de una anterior cesárea decidió realizar la intervención, ante el riesgo de que se produjera una rotura de útero (dijo concretamente el médico en su defensa que "el severo dolor presentado por la paciente en la zona de la cicatriz hacía pensar en una posible rotura uterina acompañada de una muerte fetal intraútero debido a la hipoxia resultante" (ver fs. 653 vta.).

Ahora bien, no obstante que el perito obstetra informó que de existir ese riesgo de rotura de útero ello podría justificar la decisión adoptada por L., también dijo que, para corroborar que esa sospecha era fundada, debió realizarse "ecografía, monitoreo y su descripción en el parte quirúrgico" nada de lo cual surge de la historia clínica (ver fs. 650 p. 5, fs. 672 vta. y fs. 674 vta.) y aunque explicó que "la rotura uterina tiene signos y síntomas que a veces hace innecesario estos estudios" aclaró que esos síntomas no se habían descripto en la historia clínica (ver fs. 648, respuesta 21 del Dr. Nassif a los puntos periciales del demandado L., ver también a fs. 650 donde el experto señala las múltiples omisiones de la historia clínica).

La referida omisión en la historia clínica configura una presunción en contra del demandado L. (cfr. Andorno Luis O. Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos, JA, 1990-II-73; CNCiv., Sala F, 15/11/2004, DJ 2005-1, 804) en punto a que decidió ejecutar la cesárea sin confirmar "la inminencia de rotura uterina" y cuando, considerando el riesgo fetal, hubiera debido "intentarse uteroinhibir adecuadamente" —con Atisoban2— y dar corticoides (ver fs. 650, respuesta N° 11 al cuestionario del IMO obrante a fs. 477 vta., punto "c" donde se le consultó al experto "si fue correcto practicar la cesárea ante el cuadro que presentó la actora"), nada de lo cual surge que se hubiese intentado.

Frente a esa cesárea intempestiva, cobra relevancia el hecho también atribuido a L. de no haber suministrado corticoides a la actora para favorecer la maduración pulmonar del feto.

En ese sentido, el Sr. Juez aludió a las conclusiones del perito obstetra según el cual resultaba polémica la aplicación de corticoides realizada a la actora en las "23.3 semanas en la primera internación; pero no se utilizó en la internación del 26/02/2014, cuando tenía indicación absoluta" (ver conclusiones médico-legales punto IV, apartado 2) pero las descartó. También desechó lo explicado por el mismo experto en el sentido de que "si la paciente recibió corticoterapia antes de las 28/30 semanas y pasados 10 días de esa dosis se desencadena situación de parto se aconseja realizar repique con 1 dosis" (ver fs. 641), y en punto a que "la evidencia actualmente disponible indica que el empleo de corticoides prenatales en presencia de RPM ofrece importantes beneficios respecto de la morbilidad y mortalidad neonatales, sin afectar el riesgo de infección para la madre y el bebé. Distintas comprobaciones sugieren que es apropiado iniciar esta terapia aún cuando se prevea que el parto se producirá en menos de 24 horas" (ver fs. 672 vta.).

Como adelanté, en su lugar de estas conclusiones, el Sr. Juez adoptó las que proporcionara la perito neonatóloga, quien respecto del tema dijo: "la administración de corticoides en la semana 24 de embarazo constituye una acción preventiva y terapéutica correcta" (*sic*) (ver puntos 4 y 5)". Dicha elección se sustentó en que la experta era quien tenía "especialización específica" sobre el tema.

Por otra parte, el Sr. Juez afirmó que "contrariamente a lo señalado por el perito médico obstetra, de la historia clínica neonatal se desprende que la accionante recibió corticoides el 26/02/2014 (ver pto. 6), lo que excluye el principal cuestionamiento a la atención médica recibida por la madre, que como dije, buceando en una particular forma de redactar la demanda, entiende el suscripto que resultaría la única cuestión que podría vincularse con la muerte de la recién nacida, que es en definitiva la razón por la que se demanda".

No comparto esta conclusión del Sr. Juez.

La obstetricia es una especialidad médica que involucra la vida y la salud, tanto de la madre como del niño por nacer, por lo que el problema relativa a si la administración de corticoides favorece la maduración pulmonar del niño por nacer, en tanto se relaciona con la salud de aquel, no le resulta ajeno.

Por otra parte, la conclusión del Dr. Nassif sobre la necesidad de realizar una aplicación de corticoides de "repique" —ciclo de rescate— no fue impugnada por las partes y coincide con lo informado por la "Federación Argentina de Sociedades de Ginecología" (FASGO) en su página web (ver conclusión N° 6 de la publicación titulada "Lineamientos para la atención y prevención del Parto Prematuro" del profesor Dr. Raúl Winograd. En igual dirección se pronuncia la Sociedad de Obstetricia y Ginecología de la Provincia de Buenos Aires (SOGBA) (ver en la página web de la referida sociedad, "información científica". En el plano internacional: Garite TJ, Kurtzman J, Maurel K, Clark R., *Impact of a 'rescue course' of antenatal corticosteroids: a multicenter randomized placebo-controlled trial.* Am J Obstet Gynecol 2009; 200: 248 e1-9, reseñado en *Revista Chilena de obstetricia y ginecología* 2009; 74: 127 - 129).

Si hice estas referencias médicas es porque considero que en materia de valoración de la prueba pericial, en especial cuando, como sucede en el caso, existen dictámenes encontrados, hay que buscar criterios objetivos que fundamenten la preferencia y aquí cobra relevancia la concordancia de lo expuesto por el perito médico obstetra con la opinión de la comunidad científica nacional e internacional (ver en este sentido sobre pautas objetivas para la valoración

del dictamen pericial Nieva Fenoll Jordi "La valoración de la prueba", Marcial Pons, Madrid —Barcelona— Buenos Aires, 2010, ps. 286 a 307. De igual modo, es dable observar la jurisprudencia estadounidense a partir del caso "Frye c. Estados Unidos de América" dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1923 se estableció como doctrina que los métodos usados por el experto para formar sus conclusiones científicas deberían encontrarse entre los generalmente aceptados por la comunidad científica especializada y el Caso Daubert c. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc. (1993), donde se crearon una lista de criterios para la admisión y valoración de la evidencia científica o técnica que se haya aportado al proceso).

Finalmente —y esto me parece central sobre el punto— contrariamente a lo que sostiene el Sr. Juez y como afirma la recurrente, no surge de la historia clínica que se hubieran administrado corticoides a la actora el 26/02/2014 (ver fs. 650, p. 2 de conclusiones del Dr. Nassif).

Más aún, el propio Dr. L. señaló —intentando descargar la responsabilidad en los médicos que le precedieron en la atención de la actora— que ingresó "al Sanatorio IMO el día 27/02/2014 a las 20 hs., es decir la paciente se encontraba internada desde el día anterior (según surge de la historia clínica que obra en autos). La paciente fue evaluada por múltiples médicos con sus correspondientes indicaciones médicas. No fue decisión del suscripto No indicar Corticoides a la paciente por haberlos recibido en la internación anterior como se confunde el informe pericial" (ver fs. 653 vta.) a lo cual el experto designado de oficio contestó que "Es real que la primer actuación en la HCL firmada por el Dr. L. es el 27/02/2014 a las 21:00 hs. y luego a las 00:30 hs. del 28/02/2014, cuando se indica la cesárea; habiendo sido evaluada desde la internación 3 veces por el Dr. G. C. (22:30 hs. del 26/02/2014 y al día siguiente, 27/02/2014 a las 00:30 y 00:50 hs); a las 8:30 hs. del 27/02/2014 por el Dr. B. y a las 16:00 del mismo día por la Dra. P.; pero también es real que ninguno de los cuatro profesionales indicó terapia con corticoides" (ver fs. 676 respuesta 1).

Las omisiones de los demás no justifican la propia.

Dicho de otro modo, que los demás médicos obstetras que atendieron a la actora y que no han sido demandados (G. C.; B. y P.) hayan incumplido con lo que resultaba exigible solo muestra un eslabón de la errática y mala atención sanitaria brindada a la actora por su Obra Social a través del IMO, pero no libera a L. de la responsabilidad que le cabe.

Si las omisiones que se imputaron al este último profesional aparecen probadas y colocaron a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad física que luego se agravó con la infección y derivó en su muerte, no sucede lo mismo con el Dr. F. C. pues en su caso es cierto que no hay precisiones sobre los actos médicos que se le objetan tanto en la atención de la actora, como en su carácter de director médico, por lo que respecto del nombrado propongo al Acuerdo confirmar el rechazo de la demanda.

Lo expuesto no importa soslayar lo expresado por el perito médico obstetra en punto a que "muchas veces nos hemos encontrado con estos cuadros, y aunque se haga todo lo correcto, los resultados pueden ser los mismos; pero lo que tenemos que dejar en claro es que hemos hechos lo correcto. El análisis de las distintas historias, destacan en primer lugar el observar información incompleta (o porque no se hizo o porque no se anotó), la no identificación de cada evolución o indicación del profesional actuante con firma y sello, como también la diversidad de profesionales actuantes (por la atención de médicos de guardia, característico del sistema). Como observaciones médicas, desde lo obstétrico no puedo estar de acuerdo en varias actuaciones: 1.- No cabe duda que era una paciente de alto riesgo, multípara, con antecedentes de aborto espontáneo, de parto prematuro anterior, de BB fallecido; de necesidad de cerclaje; todo lo que hace que el control prenatal debiera haber sido más estricto, con controles seriados de ecografía transvaginal para evaluar las modificaciones del cuello uterino y eventual cerclaje; controles infectológicos y endocrinológicos más rigurosos, con la paciente de ser necesario, internada..." (ver f.650 conclusiones médico-legales), todo lo cual compromete la responsabilidad del IMO y de la Obra Social de Empleados de Comercio, por violación al deber de seguridad.

En cuanto a las médicas M. L. Z. R.; S. M. S. y B. R., no resulta probada su responsabilidad por la atención médica brindada a M. C. en la unidad de cuidados intensivos (ver conclusiones de la perito neonatóloga designada de oficio, en especial respuestas a preguntas 13 a 15 y 17 de fs. 661/667 vta., respuesta 24 de fs. 662, respuesta 22 de fs. 664, que no aparecen debidamente controvertidas). Tampoco hay pruebas que permitan atribuirles la excesiva manipulación de los catéteres en la atención de la niña, no obstante que existió, puede inferirse razonablemente que derivó en la infección intrahospitalaria que sufriera aquella y compromete la responsabilidad directa del Instituto Médico de Obstetricia y de la "Obra Social de los Empleados de Comercio y Actividades Civiles" al ser otra faceta incumplida dentro del deber de seguridad que les cabe.

En este último aspecto, cabe recordar que según la Organización Mundial de la Salud, las infecciones asociadas a la atención sanitaria (IAAS), también denominadas infecciones "nosocomiales" u "hospitala-

rias", son aquellas contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que dicho paciente no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso. Las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria, y pueden aparecer también después de que el paciente reciba el alta.

En el caso, no hay duda alguna que la infección por "Staphylococcus epidermidis" fue contraído por la niña M. C. estando internada en la Unidad de Cuidados Intensivos del Instituto Médico de Obstetricia, a poco que se repare que dicho germen fue detectado luego de un primer informe de laboratorio negativo estando ya la niña en aquella unidad desde su nacimiento (ver HC fs. 442 y fs. 453).

Por su parte, la perito neonatóloga designada de oficio informó en su dictamen que la referida bacteria es tercera en frecuencia en las unidades de cuidados neonatales, apoyando su respuesta en bibliografía especializada (ver fs. 617 respuesta a la pregunta "g").

Agregó que aquella "se ha convertido en el patógeno más frecuentemente aislado en las infecciones producidas por catéteres, siendo responsable de alrededor del 37 % de las infecciones nosocomiales" (ver respuesta a la pregunta "h" de fs. 617 vta.) y aunque inicialmente dijo que no podía aseverar que en el caso hubiese existido una manipulación excesiva de catéteres (ver fs. 618 primer párrafo) lo cierto es que ante las aclaraciones requeridas por la demandada, quien señaló distintas constancias de la historia clínica, terminó concluyendo que "sí existió una manipulación excesiva" (ver fs. 657 vta.).

Precisado lo anterior sobre el origen intrahospitalario del germen y su probable vía de ingreso al organismo parece oportuno señalar que "como la prueba misma de la relación causal en cuanto al origen del contagio de una infección intrahospitalaria puede llegar a ser diabólica, si se prueba el contacto físico entre el actuar y menoscabo que presenta el enfermo y no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue la causa del daño ello no será obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan dar por cierta la existencia de la relación causal, ya que, por ser en extremo dificultosa la demostración de ella, toca aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma B. c. Sanatorio Quintana SA").

En consecuencia, si el Instituto Médico de Obstetricia es el único centro médico en que estuvo internada la niña desde que nació hasta que contrajo la sepsis, la circunstancia que se haya producido el contagio por un germen que se determinó que es intrahospitalario y exógeno al paciente, sumado a que no se acreditó la existencia de un plan de control de infecciones hospitalarias, permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia ello podría haberse evitado (cfr. art. 5, 40 y 40 bis de la ley 24.240. En este sentido, puede consultarse el caso fallado por la Cám.2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala II, con voto de la Dra. Patricia Bermejo - actual vocal de la Sala K de este Tribunal - *in re* "A., E. y W., M. G. c. Hospital Italiano de La Plata y Servicio de Pediatría y Neonatología s/ daños y perj. por del. y cuasid. sin uso autom. (sin resp. est.)" del 14/02/2017, publ, en La Ley Online AR/JUR/24830/2017. En dicho precedente se condenó con base en el deber de seguridad y no obstante que no se pudo determinar con precisión cual fue la vía de acceso del germen al organismo de la paciente ya que, como sucediera en este caso, no se pudo aislar el germen de la punta de los catéteres).

Con base en todo lo expuesto y aún cuando no puede afirmarse sin hesitar que el obrar de los demandados desencadenara la muerte de la niña, a poco que se repare que se trataba de un embarazo de riesgo con antecedentes de parto prematuro, lo cierto es que las pruebas producidas generan convicción en punto a que la realización intempestiva de la cesárea por parte de L. —sin la suficiente maduración pulmonar del feto, sin verificar que se presentaba una concreta situación de riesgo de rotura uterina en la madre que la justificase y sin suministrar una dosis de rescate de corticoides— colocó a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad que, al concurrir causalmente con la posterior infección hospitalaria por "staphylococcus epidermidis", privó a la recién nacida de una chance cierta de sobrevida.

Dicha conclusión se refuerza cuando la perito neonatóloga informa como causas que concurrieron a provocar la muerte de la niña el "síndrome de insuficiencia respiratoria neonatal" y la "sepsis por staphylococcus epidermidis" (ver fs. 658 vta.) y compromete la responsabilidad del Dr. L., así como del Instituto Médico de Obstetricia y la Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC) (art. 512 y 902 del Cód. Civil, arts. 5, 10 bis, 40 y concordantes de la ley 24.240) por lo que, con ese alcance de perdida de chance de sobrevivir, aquellos deberán resarcir los daños que resulten debidamente probados. En consecuencia, propongo al Acuerdo modificar la sentencia con el alcance antes indicado.

VI. 1.- Valor Vida por la muerte de la hija (reclamado a fs. 187 p. IV, apartado "a" por el cual se pretendieran $500.000. La Corte Federal ha dicho que la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables

efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes (CSJN, "Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio A. y Provincia de Buenos Aires s/ sumario/daños y perjuicios". S 11/05/1993, Fallos: 316:912; "Furnier, Patricia M. c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", JA, 1995-II-193. Fallos: 317:100) y de igual forma se pronuncia la doctrina (cfr. Llambías, Jorge J., "La vida humana como valor económico", JA, Doc. 1974-624 y ss.; Orgaz, Alfredo, "La vida humana como valor económico", ED, 56-549).

A la luz de lo referido, lo que se valora no es la vida misma sino las consecuencias que se generan hacia otros sujetos; precisamente por el cese de la posibilidad de esta actividad creadora en el futuro —que la muerte elimina—. O sea, que corresponde desentrañar la eventual privación de los beneficios actuales o futuros que la vida de la niña podía haber llegado a reportar a la actora.

En ese sentido, sin desconocer que se han suscitado diversas controversias —tanto en doctrina como en jurisprudencia— en lo que refiere a si corresponde o no otorgar indemnización por este concepto en los casos de personas por nacer —como el presente— o bien de niños de muy corta edad; existiendo pronunciamientos por la negativa (ver C. Apel. en lo Civil, Com. y Minería, San Juan, Sala I, 18/04/2006, RC y S 2006-1357; Tavano, María Josefina, "La indemnización del daño material y moral cuando se trata de la vida de un menor", DJ, 2006/2/787; SCJ de Tucumán, sala Laboral y Contencioso Administrativo, 25/10/1996, "B., C. A. y otra c. Si. Pro. SA y otra", con comentario crítico de Vázquez Ferreyra, Roberto A., "La indemnización por daño patrimonial y moral a los padres por la muerte de un hijo de pocos meses, LA LEY, 1997-F, 914; esta Cámara, Sala A, 04/03/1986, "Bonilla, Jorge c. Torchio, Antonio", LA LEY, 1986-E, 571; ídem, ídem, "Oñate c. Bárbaro", LA LEY, 1991-A, 198 y Sala "G", *in re* "Peón, Juan D. c. Centro Médico del Sud SA") lo cierto es que la Corte Federal, al examinar el caso antes citado —originado en la muerte de un niño de 36 horas de vida— por vía de recurso extraordinario, sostuvo que "si de lo que se trata es de resarcir la chance que —por su propia naturaleza— es solo una posibilidad, no puede negarse la indemnización con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata [...], cuya existencia, por otro lado, no cabe excluir en función de la corta edad del fallecido pues, aun en casos como el *sub examine* es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores" (cfr. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Peón, Juan D. y otra c. Centro Médico del Sud SA", del 17/03/1998, "Fallos", 321-488. Ver también Fallos: 303:820; 308:1160; 316:2894).

En consecuencia, siguiendo esos lineamientos, ponderando las sumas reconocidas en casos análogos que surgen de la base de montos indemnizatorios de esta Cámara (ver caso nro.: 2753, Sala "L", Expediente N° 608.739, sentencia del 30/05/2013, nonato, se reconocieron a cada padre $90.000 por valor vida y $100.000 por daño moral; caso nro.: 2699, Expediente N° 95.806/2005, esta Sala, sentencia del 13/12/2012, se reconocieron a ambos padres $80.000 por valor vida y $100.000 por daño moral; caso nro.: 3227, Expte.: 37.083/201, Sala: M, sentencia del 21/08/2017, se reconocieron a cada padre $168.000 por valor vida y $210.000 por daño moral, por el fallecimiento de una niña de dos años de edad; caso nro.: 3107, Expte.: 89.980/2008, Sala "F", sentencia del 15/07/2016, se reconoció a la madre $80.000 por valor vida; $150.000 por daño moral y $45.000 por daño psicológico, por la muerte de un niño de 3 años; caso nro.: 3087, sentencia esta Sala, del 28/03/2016, expediente N° 48.652/2009, se reconocieron $250.000 y $150.000 por valor vida y daño moral a ambos padres ante el fallecimiento de su hija de siete años) y en uso de las facultades conferidas en el art. 165 del Cód. Procesal, juzgo razonable fijar por esta partida la suma de $ 200.000 —pesos doscientos mil—.

VI. 2. Daño psicológico reclamado a f.189 punto IV, apartado "c" y gastos de tratamiento psicológico, por los cuales se pretendieran $260.000 y $95.000 respectivamente.

Hoy en día nadie discute que el daño psíquico constituye un perjuicio resarcible. Lo psíquico de la persona humana, su modo de estar o su alteración por obra de terceros, no es indiferente al derecho puesto que de no tenerse en cuenta se parcializaría la contemplación y el resguardo de quien es el centro del ordenamiento jurídico (cfr. Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, T. IV, p. 36).

Sin embargo, cabe señalar que las lesiones a la psiquis no constituyen una categoría autónoma, puesto que tales lesiones pueden conculcar intereses de índole patrimonial o moral (CNCiv., sala D, 16/06/1992, rev. ED, ej. 23/08/1993). El daño psicológico puede implicar, ante todo, un daño patrimonial indirecto, en tanto genera deterioros orgánicos que impidan o dificulten el ejercicio habitual de las actividades laborativas de la víctima; pero además, en todo caso, inflingen un daño extrapatrimonial directo, al disminuir o afectar la integridad personal del damnificado, por lo que también es reparable el daño moral que trasunte el deterioro psíquico o afectivo de la persona en su

vida de relación (Cazeaux-Trigo Represas, Derecho de las obligaciones, T. IV, p. 668).

En el caso, no encuentro pruebas suficientes que indiquen que el daño psicológico resulte de carácter permanente y pueda generar un daño patrimonial, a poco que se repare que si bien la médica legista con especialidad en psiquiatría Silvia G. Calabró, informó que "la actora presenta una patología psíquica conocida como Trastorno de adaptación moderada y mixta (con ansiedad y depresión) relacionada con el fallecimiento de su hija M. que le provoca una incapacidad parcial y permanente en sentido jurídico del 15% de la T. O", lo cierto es que también —y aunque aclaró que la reacción depresiva de la actora era prolongada— informó que "la duración de los síntomas rara vez excede de los seis meses" y recomendó la realización de un tratamiento de "psicoterapia individual de una duración aproximada de 1 año con una frecuencia de 2 sesiones por semana" con un costo de $104.000 (ver fs. 708 y vta.).

En consecuencia, y como el referido tratamiento puede mitigar o eliminar definitivamente la lesión psíquica existente, habré de proponer al Acuerdo que se reconozca su costo para indemnizar el pretendido daño psíquico (ver en este sentido Daray Hernán, "Daño Sicológico", Buenos Aires, Astrea, 1995, ps. 56 y 57) sin perjuicio de ponderar en el daño moral la eventual lesión psíquica que eventualmente pudiese quedar como remanente y considerando que estamos en presencia de la indemnización de una chance.

Por lo expuesto, habiéndose demandado lo que en más o en menos resultare de la prueba producida, propongo al Acuerdo reconocer a E. B. M. C. la suma de $70.000 —pesos setenta mil— en concepto de costo de tratamiento psicológico.

VI. 3 Daño moral reclamado a f.188 punto "b" por el cual se pretendieron $650.000 a f. 188 apartado "b" Concebido como toda alteración disvaliosa del espíritu (cfr. Zavala de González El concepto del daño moral, JA, 1985-I-726), en este caso, el daño moral surge de los hechos mismos (*in re ipsa loquitur*) y, por ende, no requiere de otras pruebas que confirmen su existencia.

Es que la pérdida de un ser querido, sobre todo cuando se trata de un familiar cercano, ocasiona de por sí un daño moral evidente, que se padece en la parte afectiva del patrimonio moral y se concreta en el dolor, la tristeza, la soledad, la angustia y el temor por las consecuencias de lo irreparable. La muerte del cónyuge que integra nuestra vida, de los padres que nos dotaron de ella y guiaron los primeros pasos, de los hijos que son un desprendimiento de la propia vida, acarrean daños morales imborrables (Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, T. II-B, p. 183).

Bien se ha dicho, y esto algo que permanecerá siempre vigente, que "no existe dolor más grande que el que se sufre por la muerte de un hijo" (Kemelmajer de Carlucci en Belluscio - Zannoni, Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, T. 5, p. 117).

Asimismo, quiero dejar sentado que la indemnización del daño moral sufrido por las víctimas de un hecho ilícito no tiene por qué guardar proporción con los demás perjuicios admitidos, por lo que su fijación debe hacerse acudiendo al prudente ejercicio de la facultad otorgada a los jueces por el artículo 165 del Cód. Procesal.

Por ello, considero razonable proponer al Acuerdo se reconozca a la reclamante la cantidad de $500.000 —pesos quinientos mil— por el daño extrapatrimonial sufrido considerando que se privó a la hija de la actora de una chance de sobrevivir.

VI. 4. Gastos de mediación reclamados a f.191 punto "e"

Como integran los gastos causídicos, propongo al Acuerdo se incluyen dentro de las costas que se distribuyen en la forma que se explica en el considerando siguiente (art. 77 y 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VII. Costas

Esta Sala ha sostenido que las costas no constituyen un castigo, sino que importan un resarcimiento de los gastos que ha debido soportar la parte que tuvo que recurrir a la justicia a fin de obtener el reconocimiento de su derecho y tienden a que las erogaciones que han sido necesarias con motivo del proceso no graviten en definitiva en desmedro del derecho reconocido. Comprenden los gastos ocasionados al oponente por obligarlo a litigar, con prescindencia de la buena o mala fe o de la razón de las partes, pues para la teoría objetiva de la derrota la conducta de aquella o el aspecto subjetivo es irrelevante (*in re,* "Caria, Alberto F. c. Colautti, Juan M. y otro s/ escrituración" del 16/04/2015, con voto preopinante del Dr. Díaz Solimine; en doctrina Alsina, Tratado IV, p. 534).

Con base en ese criterio general de la derrota que sigue nuestro Código en el art. 68 del Código Procesal y el resultado final de este proceso, propongo al Acuerdo que las costas se impongan a los codemandados que resultan vencidos:

Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC); Instituto Médico de Obstetricia SA; J. P. L. y "Seguros

Médicos SA", con excepción de las devengadas respecto de los restantes codemandados con relación a los cuales se confirma el rechazo de la demanda, que estarán a cargo de la actora.

VIII. Intereses pretendidos a fs. 191 p. V

Con relación a los intereses moratorios como el daño se produjo al momento de perder vida la hija de la actora el día 3 de marzo de 2014 (ver fs. 173) oportunidad en que los responsables quedaron automáticamente incursos en mora de pleno derecho (*ex lege*) y la reparación se tornó de exigibilidad inmediata, propongo al Acuerdo que comiencen a correr desde esa fecha y se devenguen hasta el efectivo pago de la condena.

En cuanto a la tasa para el cálculo de los referidos réditos propongo utilizar la activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero *in re,* "Samudio de Martínez, L. c. Transportes Doscientos Setenta SA" que resulta obligatoria —para los réditos devengados desde la mora y hasta la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, al haberse derogado el art. 622 del Cód. Civil — en los términos del art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— (cfr. ley 27.500).

Con relación a los réditos posteriores al 01/08/2015 propicio aplicar igual tasa pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas, una tasa menor, iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado a los pretensores (ver art. 1740 del mismo Código) a la vez que fomentaría la demora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, contrariando la garantía del actor a hacer efectivo su derecho (cfr. art. 18 de la CN).

IX. Extensión de la condena a la aseguradora

La condena corresponde hacerla extensiva a "Seguros Médicos SA" de acuerdo a lo dispuesto en el art. 118 de la ley 17.418.

Ahora bien, en este punto es necesario aclarar que si bien la aseguradora al reconocer la cobertura del codemandado L. invocó la existencia de un limite del seguro y para probarlo adjunto un certificado de cobertura (ver fs. 578), solicitando que se produjera prueba contable en la etapa de ejecución de sentencia (ver fs. 590 p.VI.1), lo cierto es que luego del desconocimiento del referido límite que realizara la actora (ver fs. 597 p.II), el Sr. Juez rechazó la producción de la referida pericial contable afirmando que "no se refiere a hechos controvertidos en la causa" (ver fs. 691 vta.).

Dicha resolución, más allá de lo dispuesto en el art. 379 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y del error que pudiera existir, no fue materia de aclaratoria, reposición o impugnación alguna por parte del apoderado de la aseguradora.

De ese modo, si nada dijo el apoderado de la aseguradora en su momento, ni tampoco —siguiendo el principio de eventualidad— insistió con su producción al momento de corrérsele traslado de la expresión de agravios de la actora (art. 260 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), la cuestión quedó alcanzada por la preclusión y la prueba excluida del proceso.

En consecuencia, como la carga de la prueba respecto de la existencia del límite a la garantía comprometida, franquicia o descubierto, recae sobre la aseguradora que es citada en garantía (cfr. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, ver Stiglitz, Rubén S., "Derecho de Seguros", T. II, N° 673, p. 405) y aquí nada se ha probado, propongo al Acuerdo se declare que "Seguros Médicos SA" deberá responder íntegramente por el capital de condena, intereses y costas.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: i) modificar la sentencia recurrida, haciendo lugar a la demanda exclusivamente contra J. P. L., Instituto Medico de Obstetricia SA y Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC), a quienes cabe condenar en forma concurrente a pagar a la actora la suma de $770.000 —pesos setecientos setenta mil— más sus intereses que se liquidarán en la forma explicitada en el considerando VIII; ii) la condena deberá pagarse en el plazo de diez días de notificada la presente y bajo apercibimiento de embargo y ejecución (arts. 499, 502 y concs del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se hace extensiva en su totalidad a "Seguros Médicos SA" al no haberse probado que el límite del seguro fuese inferior a la condena; iii) las costas del proceso, en ambas instancias, se imponen a los codemandados que resultan vencidos: Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC); Instituto Médico de Obstetricia SA; J. P. L. y "Seguros Médicos SA", con excepción de las devengadas respecto de los restantes codemandados con relación a los cuales se confirma el rechazo de la demanda, las que estarán a cargo de la actora. Una vez que exista liquidación definitiva aprobada se procederá a realizar la readecuación de los honorarios regulados en la anterior instancia y se regularán los correspondientes a los trabajos cumplidos en la presente (art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así lo voto.

El doctor *Feijóo*, por análogas razones a las aducidas por el doctor *Parrilli*, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

La Vocalía N° 4 no vota por hallarse vacante (cfr. Res. 571 del Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil).

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: i) modificar la sentencia recurrida, haciendo lugar a la demanda exclusivamente contra J. P. L., Instituto Medico de Obstetricia SA y Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC), a quienes se condena en forma concurrente a pagar a E. B. M. C. la suma de $770.000 —pesos setecientos setenta mil— más sus intereses que se liquidarán en la forma explicitada en el considerando VIII; ii) la condena deberá pagarse en el plazo de diez días de notificada la presente y bajo apercibimiento de embargo y ejecución (arts. 499, 502 y concs del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se hace extensiva en su totalidad a "Seguros Médicos SA" al no haberse probado que el límite del seguro fuese inferior a la condena; iii) las costas del proceso, en ambas instancias, se imponen a los codemandados que resultan vencidos: Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC); Instituto Médico de Obstetricia SA; J. P. L. y a la aseguradora "Seguros Médicos SA", con excepción de las devengadas respecto de los restantes codemandados con relación a los cuales se confirma el rechazo de la demanda, las que estarán a cargo de la actora. Una vez que exista liquidación definitiva aprobada se procederá a realizar la readecuación de los honorarios regulados en la anterior instancia y se regularán los correspondientes a los trabajos cumplidos en la presente (art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. CSJN Acordada 24/2013). Cumplido procédase a devolver las actuaciones a primera instancia. — *Claudio R. Feijóo.* — *Roberto Parrilli.*

MALA PRAXIS OBSTÉTRICA

Pérdida de embarazo. Falta de relación de causalidad con el accionar del médico. Prueba pericial. Rechazo de la acción.

1. — Corresponde rechazar la demanda de mala praxis, ya que no se ha logrado determinar si la muerte del feto fue por la inexistencia de un tratamiento médico idóneo u oportuno. El perito actuante afirmó en más de un pasaje que no se pudo establecer si una atención médica diferente hubiera ciertamente reducido o anulado las posibilidades de agravamiento de la situación, como así que no le consta el relato de la actora ni el modo en que según ella habrían sucedido los acontecimientos.

2. — La falta de éxito del acto médico no conduce necesariamente a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que le es dable requerir, ya que en general el éxito final de un tratamiento o de una operación no dependen por entero de él, sino que influyen factores ajenos como las reacciones orgánicas no previsibles, el riesgo quirúrgico, el error excusable o tolerable u otras circunstancias o accidentes imposibles de controlar. Aun cuando el médico observe cuidadosamente las reglas de su arte y ponga sus conocimientos y habilidades al servicio del paciente, pueden presentarse complicaciones o una patología anterior imposible o improbable de prevenir o controlar.

3. — Salvo determinados casos de excepción en que el médico pueda asumir una obligación de resultado —como intervenciones quirúrgicas de cirugía estética, análisis bioquímicos, radiodiagnóstico, etc.— asume en general el compromiso de utilizar toda su pericia, técnica y conocimiento de la ciencia médica, para cumplir su obligación que es cuidar al paciente y hacer todo lo posible para resguardar su salud **[1]**.

4. — Corresponde al damnificado probar la culpa del deudor, en tanto no podrá inculparse al médico cuando su conducta no hubiera merecido reproche idóneo y no exista un nexo adecuado de causalidad entre el daño del paciente y el acto médico.

5. — En la responsabilidad médica, la pericia médica, se constituye en un gravitante elemento para determinar si el daño se ocasionó por una actividad negligente o imprudente o falta de pericia del profesional.

CCiv. y Com., Dolores, 15/12/2020. - M. A. c. C., L. y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/67796/2020]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] BANCOFF, Pedro, "La responsabilidad médica y la carga de la prueba de la culpa en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS 2016-VIII , 16, AR/DOC/1727/2016.

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

Causa N° 98.630

2ª Instancia.- Dolores, diciembre 15 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada dictada el 23/04/2020? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Janka* dijo:

I. La sentencia de mérito dictada el 23/04/2020 fue apelada por ambas partes en fecha 20/05/2020; concedidos libremente los recursos, quedaron fundados con las expresiones de agravios del 08/07/2020 —codemandado L. C.— y del 07/08/2020 —actora— que merecieron las respectivas réplicas del 30/08/2020 y del 14/08/2020.

II. a) A. M. promovió demanda por los daños y perjuicios que dijo haber sufrido con motivo en la pérdida de un embarazo de quince semanas de gestación como consecuencia de la mala praxis médica que atribuyó al codemandado L. C., galeno que la asistió.

También dirigió su pretensión contra el Hospital Municipal de General Madariaga.

Relató que no obstante tener colocado un dispositivo intrauterino para evitar la concepción (DIU) quedó embarazada, siendo atendida desde su comienzo por C., quien siempre le refirió sobre la imposibilidad de retirar el DIU por el riesgo que implicaba para el desarrollo de su embarazo.

El 02/04/1996 habría concurrido al hospital para requerir la atención del médico por fuerte descompostura e importante pérdida sanguínea vaginal; que examinada, aquel le manifestó que no había ninguna anormalidad y que regresara en dos días para hacerse unos estudios y controlar su evolución.

El 04/04/1996 habría vuelto al hospital descompuesta y con fuertes dolores; requerida la presencia de C., le practicó una ecografía de donde surgió la muerte del feto siendo derivada al Hospital Interzonal de Mar del Plata.

Reclamó "daño patrimonial por pérdida del hijo por nacer", "gastos de sepelio" y "daño moral" (fs. 5/6 y ampliación de fs. 16/18).

b) Después de la negativa particular, el codemandado precisó que atendió a la paciente en febrero de 1996, quien llegó a su consultorio ya embarazada y con un DIU colocado.

Luego de unos estudios fue medicada e internada y ante su buena evolución le otorgó el alta en buenas condiciones, puntualizando que no retiró el DIU porque no se veían los hilos y su extracción implicaría una maniobra a ciegas, peligrosa para la vida del feto.

Indicó que volvió a ver a M. el 04/04/1996 cuando esta le manifestó que tenía pérdida de líquido con olor fétido y una serie de dolores tipo contracciones.

Especificó que realizados los estudios pertinentes quedó evidenciada la muerte sin líquido amniótico; luego se le suministraron antibióticos, se le hicieron nuevos análisis, fue compensada y derivada a un centro de mayor complejidad.

Impugnó cada uno de los rubros indemnizatorios solicitados (fs. 100/107).

c) La *iudex a quo* hizo lugar a la acción y condenó a las herederas de L. C. —D. y G. C. y O.— y al Hospital Municipal de General Madariaga, a abonar a la accionante la suma de $502.000, con más sus intereses y costas.

Para así decidir consideró que el galeno bien pudo retirar el DIU valiéndose de la ayuda de un ecógrafo para detectar su ubicación.

Observó que la bibliografía que citó el médico en respaldo de su postura sobre la peligrosidad de extraerlo era desactualizada —de los años 1973/1974—, y que hoy se cuenta con otros adelantos como el ecógrafo, que le hubiera permitido efectuar esa maniobra.

Afirmó que el 01/04/1996 se constató exudado vaginal y se realizó una ecografía obstétrica urgente sin tomar otras precauciones que el caso ameritaba, para finalmente constatar dos días después (el 03/04/1996) la muerte fetal.

Concluyó en que cuando la paciente regresó a consulta refiriendo dolores y pérdida de líquido el 01/04/1996, no podía únicamente ordenarse la realización de una ecografía urgente y permitirle el regreso a su domicilio sin disponer de su internación.

Como refuerzo de su razonamiento, agregó que según la historia clínica la actora era paciente de la institución desde 1983 y conocida del galeno C., quien le había practicado una cesárea anterior.

Otorgó las sumas de $200.000 por el rubro "daño por pérdida de hijo por nacer", $300.000 por "daño moral" y $2.000 por "gastos de sepelio".

IV. La demandada dirige sus agravios hacia la responsabilidad civil, los que abordaré en primer lugar; y en su caso, lo haré respecto de las quejas expuestas por ambas partes en relación a la indemnización.

a) Señala la legitimada pasiva al fundar su recurso que la sentenciante incurrió en diversos errores al valorar los hechos e interpretar la historia clínica y la pericia médica, por afirmar sin fundamento científico que C. debió retirar el DIU con ayuda del ecógrafo del hospital: forma de proceder no justificada por ningún elemento probatorio.

Afirma que no se pudo determinar si la muerte del feto fue por la falta de un tratamiento adecuado y oportuno de su parte.

Que tampoco se pudo probar la veracidad del relato de la actora sobre la abundante pérdida de líquido que dijo tener antes del 03/04/1996, cuando —según aseveró— se omitió su internación.

En relación a la bibliografía que la *a quo* tachó de "desactualizada", aduce el apelante que también se acompañaron referencias de años posteriores al hecho. Y que el perito actuante también refirió que el DIU podía o no extraerse, a criterio del médico tratante.

Afirma que la Jueza narró hechos no ajustados a lo ocurrido, confundiendo fechas, meses de embarazo y prácticas realizadas.

Subraya que el perito dijo que no consta en ninguna documentación que el feto estaba muerto al 01/04/1996 y que no hay datos de que la rotura de bolsa fuera anterior al 03/04/1996 (fecha en que se detectó la muerte) que justificaran un proceder disímil.

Indica que el galeno nunca intentó extraer el DIU como dice la sentenciante, desinterpretando la cronología de los acontecimientos también al afirmar que el 01/04/1996 se hizo una ecografía, cuando el perito confirmó lo contrario.

b) A tenor de los agravios expuestos valoraré la conducta del profesional interviniente en orden a los aspectos sustanciales de la responsabilidad profesional médica, la naturaleza de la obligación asumida, la prueba de su incumplimiento y a quién correspondía la misma.

En la instancia de grado se han distinguido muy someramente los presupuestos ineludibles para la configuración de la responsabilidad médica, por lo que aprecio necesaria la precisión y profundización de algunos aspectos más, como los mencionados (arts. 512, 902, 909, 1066, 1068, 1109 del Cód. Civil; 375, 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

La responsabilidad profesional se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general y es aquella en que incurre quien ejerce una profesión al faltar a los deberes que esta le impone, requiriendo para su configuración de los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil (SCBA, Acs. 80.597, sent. del 23/12/2002; 119.045, sent. del 15/07/2015; entre otros).

También, a fin de analizar la responsabilidad profesional y por ende los factores de atribución aplicables en cada caso —así como sus exculpas y/o eximentes—, resulta de suma importancia la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado.

En una obligación de medios el interés último resulta aleatorio pues el deudor cumplirá con su prestación observando la debida diligencia y realizando el esfuerzo esperable que su actividad le impone, aún cuando no obtenga el resultado buscado, consumándose de tal modo el interés primario (por ejemplo, el médico no puede asegurarle la curación definitiva al paciente, resultando ser este el interés último o definitivo de la obligación contractual entre el galeno y el paciente).

En la obligación de resultados la debida diligencia prestada no alcanza, puesto que debe lograrse el fin u objetivo comprometido —perseguido por el acreedor— que es el resultado que en última instancia califica a la obligación.

Dicha distinción es primordial a la hora de analizar el factor de atribución que adquirirá relevancia en uno u otro caso, especialmente cuando nos encontramos ante supuestos de responsabilidad contractual, como en el caso que nos ocupa.

Y ello es así puesto que en las obligaciones de medios el criterio legal de imputación será la culpa (factor subjetivo), mientras que en las obligaciones de resultado el deudor que se ha comprometido a la obtención del mismo incurre en responsabilidad objetiva ante el incumplimiento ya que la misma se basa en un factor objetivo de atribución.

En tal sentido, puedo decir que la ausencia de culpa —que supone una actuación prudente y diligente del deudor— solo surtirá efecto como eximente de responsabilidad en los casos en que el deudor se haya comprometido a una obligación de medios; ello así, puesto que en la obligación de medios para que exista responsabilidad del deudor, debe configurarse en forma patente su culpa o su dolo en el incumplimiento. Por el contrario, la no culpa del deudor resultará totalmente irrelevante en una obligación de resultados, ya que siendo el factor de atribución de carácter objetivo, las únicas eximentes posibles serán la causa ajena

o el caso fortuito de los arts. 513 y 514 del Cód. Civil ("La carga de la prueba en la responsabilidad médica y las presunciones judiciales", publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Ed. LA LEY, Buenos Aires, Año IV, N° 4, julio-agosto 2002, ps. 49 a 56, por Carlos Alberto Calvo Costa).

Correlato de lo anterior es que la falta de éxito del acto médico no conduce necesariamente a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que le es dable requerir, ya que en general el éxito final de un tratamiento o de una operación no dependen por entero de él, sino que influyen factores ajenos como las reacciones orgánicas no previsibles, el riesgo quirúrgico, el error excusable o tolerable u otras circunstancias o accidentes imposibles de controlar. Aún cuando el médico observe cuidadosamente las reglas de su arte y ponga sus conocimientos y habilidades al servicio del paciente, pueden presentarse complicaciones o una patología anterior imposible o improbable de prevenir o controlar.

En el caso puntual, no cabe duda que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual cuya obligación comprometida por el profesional era de medios, con factor de atribución subjetivo fundado en la culpa (arts. cit.).

Es que salvo determinados casos de excepción en que el médico pueda asumir una obligación de resultado —como intervenciones quirúrgicas de cirugía estética, análisis bioquímicos, radiodiagnóstico, etc.— asume en general el compromiso de utilizar toda su pericia, técnica y conocimiento de la ciencia médica, para cumplir su obligación que es cuidar al paciente y hacer todo lo posible para resguardar su salud.

Pues, catalogar a la prestación médica como supuesto de obligación de medios es lo que le permite al galeno gozar de libertad de acción al momento de seleccionar entre los múltiples tratamientos posibles a seguir (autor citado, "La culpa médica en el Código Civil y Comercial", publicado en LA LEY el 04/11/2015, cita Online AR/DOC/3755/2015).

En cuanto a su prueba, corresponde al damnificado probar la culpa del deudor, en tanto no podrá inculparse al médico cuando su conducta no hubiera merecido reproche idóneo y no exista un nexo adecuado de causalidad entre el daño del paciente y el acto médico.

No obstante, en numerosas ocasiones y de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso, cabrá acudir a algunas tendencias interpretativas orientadas a aligerar esa carga en cabeza de la víctima respecto de la culpa médica, teniendo en cuenta que en la mayoría de las veces son los profesionales quienes se encuentran en mejores condiciones de probar dada la dificultad que puede implicar para el paciente la demostración de los extremos señalados.

c) Ahora bien, este tipo de cuestiones exhibe especiales aristas en las cuales están involucradas pautas científicas de precisión, no resultando prudente fallar en base a suposiciones o a un dato no convincente que no evidencie un reproche puntual sobre la conducta del profesional y el nexo de causalidad.

En ese sendero, la pericia médica —necesariamente sujeta al análisis de sus conclusiones por el órgano jurisdiccional— se constituye en un gravitante elemento para determinar si el daño se ocasionó por una actividad negligente o imprudente o falta de pericia del profesional (arts. 163 inc. 5, 375, 384, 473, 474 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial; arg. arts. 774, 1734, 1735 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En el caso, se produjo la prueba pericial presentada el 13/04/2018 por el Dr. Oscar Eduardo Álvarez, designado especialista en clínica quirúrgica, medicina legal y medicina del trabajo.

A esa labor principal cabe desde ya agregar la injerencia que tendrán las respuestas a las observaciones formuladas por la actora el 07/11/2018, expuestas en la presentación del 15/12/2018.

De la prudente valoración de este trascendental elemento y sin perjuicio del análisis particular que se hará sobre cada punto que lo requiera, me encuentro en condiciones de anticipar que no se ha logrado determinar si la muerte del feto fue por la inexistencia de un tratamiento médico idóneo u oportuno.

Me explico.

El perito actuante afirmó en más de un pasaje —tal como se verá— que no se pudo establecer si una atención médica diferente hubiera ciertamente reducido o anulado las posibilidades de agravamiento de la situación, como así que no le consta el relato de la actora ni el modo en que según ella habrían sucedido los acontecimientos.

Puntualmente, refirió que no existe constancia sobre la pérdida de gran cantidad de líquido sanguíneo que alegó la paciente días antes de la muerte del feto —constatada el 03/04/1996—, sin poder precisar ni un elemento que dé respaldo a la postura exhibida tanto en el escrito inicial como al observar la labor pericial.

Según las constancias de la historia clínica y demás prueba documental que la actora suministrara al pe-

rito, como las órdenes médicas de fs. 708/709 (todo anexado por el profesional a fs. 708/729), este efectuó el siguiente detalle secuencial:

El 01/04/1996 constató según los recetarios de fs. 708 y 709, orden médica de: "exudado vaginal", "ecografía obstétrica urgente. Diagnóstico: paciente con DIU control de embarazo y liquido".

El 03/04/1996 según las constancias de la historia clínica: "Gesta de 4 meses más o menos, hace más o menos 1 semana pérdida escasa de líquido incoloro, luego menciona con olor fétido según refiere la paciente. En la fecha refiere dolor abdominal como contracciones. Se interna para control por ginecología".

"Biparietal 3, 2 cm. Tórax sin actividad cardíaca. (…) Placenta pared posterior. DIU puede ser confundido ecográficamente en esta semana con algún hueso largo del feto, al no haber líquido amniótico no se puede determinar en qué lugar se encuentra. Gesta de 15 semanas por ecografía. Ruptura prematura de membrana. Feto muerto". "Se solicita derivación a centro de mayor complejidad para su tratamiento. No refiere maniobras abortivas" (sic) (respuesta 1).

Luego de estas indicaciones liminares, concluyó en el punto 4 de su labor que: "No puedo determinar si la muerte fue por falta de tratamiento a término. A la paciente se la trata cuando llega y ya tenía el feto muerto" (sic).

En concordancia con ello tengo la respuesta dada en su escrito ampliatorio a la observación tercera (explique el perito si la paciente asistió el día 01/04/1996 y fue enviada a la casa nuevamente en lugar de internarse; explique si a la paciente la mandaron a la casa con el feto muerto): "No consta en ninguna documentación médica que el feto estaba muerto el día 01/04/1996. Yo no dije que cuando la paciente llega el día 01/04/1996 tenía el feto muerto. Lo que digo es que consta en el informe del día 03/04/1996 tenía el feto muerto. El día 01/04/1996 le indican la ecografía urgente, no se interna por criterio del profesional en ese momento. No se menciona en ningún informe si el feto estaba muerto" (sic).

También es relevante en el mismo sentido la respuesta a la observación cuarta (explique el perito cómo sabe que la rotura de bolsa fue el día 03/04/1996 y tenía el feto muerto, si la paciente concurrió con síntomas de pérdida de líquido el día 01/04/1996. Explique si ante la manifestación del paciente de pérdida de líquido el día 01/04/1996 hubiera sido aconsejable hacer la ecografía el mismo día primero y una inmediata posterior internación): "Se informó en la ecografía del día 03/04/1996 que el feto estaba muerto. No consta en la historia clínica que le dijeron que se había orinado…el informe médico habla de exudado vaginal", "no hay datos de que la rotura de bolsa fue 2 días antes del 03/04/1996". Continúa el profesional "… el único dato que consta es que permaneció 13 días de internación en el Materno Infantil. No se puede hacer un pronóstico o diagnostico suponiendo"; y que: "…no me consta el relato de la actora…" (sic).

Del mismo modo, el perito tampoco pudo afirmar que ante un diagnóstico como el indicado en la orden médica de fecha 01/04/1996, sobre realización de ecografía (paciente con DIU control de embarazo y liquido), hubiera sido necesaria la internación de la paciente, tal como ha afirmado la parte actora.

Por otra parte, si bien el 01/04/1996 se le habría indicado mediante recetario la realización de una ecografía por control de embarazo y líquido (fs. 709), lo cierto es que ninguna prueba da cuenta a ese entonces de la gran cantidad de pérdida de líquido y fuertes contracciones referidas por la actora.

Incluso el Dr. Álvarez tampoco pudo indicar si el desenlace tuvo su causa en la presencia del dispositivo intrauterino o en no habérselo extraído a tiempo, ni que el Dr. C. debió extraerlo de acuerdo a las circunstancias del caso.

Por el contrario, expuso que un DIU en una mujer gestante puede o no extraerse a criterio del profesional tratante y que el mismo se complica (respuesta 1 del escrito de contestación de observaciones del 15/12/2018).

Sin ningún ni fundamento probatorio ni científico, afirma la sentenciante de grado la necesidad de retirar el DIU de la mujer embarazada, y que el galeno debió ayudarse con el ecógrafo del hospital si el problema era que no veía los hilos.

De acuerdo a lo señalado por el perito, una afirmación semejante carece de todo sustento válido. Si bien el hospital podía contar con un ecógrafo en su haber, cuya función además se conoce o se puede presumir, no se aprecia prudente aseverar solo por ello que en este caso el médico debió intentar extraer el DIU.

En cuanto a la bibliografía que el Dr. C. cita en respaldo de su postura, refiere la iudex *a quo* a su antigüedad desde que al momento del hecho ya se contaba con otros adelantos médicos, como el ecógrafo.

Otra conclusión carente de todo respaldo en el proceso que tengo ante la vista, máxime cuando el demandado no solo introdujo al escrito de contestación bibliografía de los años 1973/1974, sino también de 1982, 2002 y 2010, que dan cuenta del riesgo que im-

plica extraer un dispositivo intrauterino a una mujer embarazada.

d) Coadyuva a lo anterior que la accionante indicara en su escrito postulatorio que fue el 02/04/1996 cuando concurrió al hospital por una fuerte descompostura e importante pérdida sanguínea vaginal; y que examinada por C., este le dijo que no había anormalidad en su embarazo.

Sin embargo, de ningún elemento probatorio surge que en esa fecha hubiera concurrido al hospital o que hubiera sido atendida por el Dr. C., lo que muestra ya desde el planteamiento inicial cierta discordancia en la cronología de los hechos introducidos al debate.

También resulta trascendente señalar que nunca mencionó al accionar —cosa que sí hizo con posterioridad, al observar el informe pericial y al replicar los agravios— que el día 01/04/1996 tenía ordenada la realización de una ecografía urgente por control de embarazo y líquido.

Lo cual evidencia una modificación de los hechos en virtud de los cuales quedara trabada la litis (arts. 330, 354 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Cabe destacar también que en la secuencia de hechos que fueron informados por el perito médico, nunca se detalló qué médico suscribió tales sucesos, sustancialmente el día 03/04/1996.

Sin perjuicio de ello y dado que de la lectura de la historia clínica surge una firma en la que puede leerse "C." debajo de los acontecimientos correspondientes al 03/04/1996 (v, fs. 710 vta., 711, 713), cabe así aceptarlo pues el demandado no ha negado su intervención el día en que se constató la muerte del feto y la derivación de la paciente a un centro de mayor complejidad.

Coherente pues con ello, sería entonces considerar que "C. firmó la orden médica de fs. 708 —documentación aportada al perito por la parte actora— el 01/04/1996 donde se indicó solo exudado vaginal".

Pero en lo que hace a la constancia de fs. 709, donde se ordenara "Ecografía obstétrica urgente. Diagnóstico: paciente con DUI control embarazo y líquido" (hecho en que se basa la actora para imputar negligencia frente a la no internación ante una situación "urgente"), no cabe pasar por alto que además de tener dos fechas, una en su parte superior —03/04/1996— y otra en su parte inferior —01/04/1996—, no se encuentra suscripta por nadie.

Por ende, mal puede afirmarse con liviandad o al menos sin otros elementos probatorios que lo avalen, que el Dr. C. ordenó el 01/04/1996 una ecografía urgente, máxime cuando según la historia clínica el día 03/04/1996 (fecha que también se lee en dicha orden) se le practicó otra ecografía.

En otras palabras, no solo que no emanan de autos acreditados los hechos invocados por la actora, sino que tampoco surge si efectivamente el día 01/04/1996 el Dr. C. ordenó aquella ecografía "urgente".

Urgencia que así detectada, según la actora, justificaba otro proceder.

Situación esta que —reitero— fue recién alegada por la accionante al observar la pericia y al contestar sus agravios, más nunca al incoar su pretensión.

Es que no refirió allí que el 01/04/1996 tenía ordenada la realización de una ecografía urgente; y coherente con ello tampoco acompañó al escrito inicial los recetarios luego agregados a fs. 708/709. Todo lo cual deja definitivamente carente de fuerza hasta la propia proposición de los hechos.

Finalmente cabe señalar que el perito médico refirió que según la historia clínica, el 03/04/1996 la paciente señaló que hacía más o menos una semana que tenía pérdida de líquido (respuesta 1, fs. 689 vta.).

Esta circunstancia también deja en evidencia cierta demora de su parte en acudir a la atención médica ante semejantes síntomas, aún cuando lo hubiera hecho el 02/04/1996 —como indica en su pretensión— o incluso el día anterior —como indica la pericia en secuela de los acontecimientos—.

Ante el panorama descripto, difícilmente pueda afirmarse el nexo adecuado de causalidad entre el daño sufrido y la conducta del médico, y por ende inculparlo cuando su conducta no ha merecido un reproche idóneamente acreditado.

Por el contrario, surge de la historia clínica la atención médica que desplegara el Dr. C. en el mes de febrero de 1996, obrar al que cabe aludir —si bien no fue motivo de reproche— para destacar su buen proceder, acorde para con una mujer embarazada con DIU colocado: la controló, le efectuó análisis ginecológicos, hizo un diagnóstico, la medicó y la internó (fs. 414 y ss.).

En resumidas cuentas, no puedo tener por acreditada la configuración de culpa médica en cualquiera de sus formas (imprudencia, negligencia o impericia), ni la existencia de un daño ocasionado como consecuencia del acto médico. La culpa solo aparece como trascendente si puede establecerse la conexión causal adecuada entre una acción u omisión y el daño (arts. 512, 902, 909, 1066, 1068, 1109 del Cód. Civil).

Sabido es que no basta con la revelación del daño para obtener como consecuencia la existencia de culpa, aún cuando en casos de excepción pueda ello ocurrir.

No puede inferirse la culpabilidad del médico de un dato neutro o acromático como lo es el daño final que sufre el paciente, dado que aquella únicamente estará patentizada por la inobservancia de la conducta debida por el profesional de la medicina, pero no por el perjuicio sufrido (Calvo Costa, Carlos, obra citada, LA LEY, 04/11/2015, 4).

La sentenciante de grado yerra en la interpretación y valoración de la prueba producida cuando refiere que el 01/04/1996, la Sra. M. se realizó una ecografía obstétrica con diagnóstico de paciente con DIU, control de embarazo y líquido.

Pero como ya se expuso, el perito dijo que ese día se ordenó la ecografía, más no su realización; de hecho, señaló expresamente que misma no se hizo desconociendo el motivo (v, respuesta 3 del escrito del 15/12/2018).

Por otra parte, resulta un argumento fútil valorar que la actora se atendiera en el Hospital de General Madariaga desde 1983, donde se le habrían practicado sucesivas cesáreas para el nacimiento de sus hijos, como así que fuera conocida para el galeno demandado.

Se trata de un factor que poca relevancia tiene para valorar si han quedado configurados los presupuestos de la responsabilidad civil en función del caso particular, en el que cabe delinear la plataforma fáctica y no extenderse a eventos sucedidos hace alrededor de 15 años.

Al menos sin una razón justificada y con cierto sustento científico o técnico que demarque alguna relación de causalidad con el hecho que se analiza hoy.

También refiere la sentenciante que el galeno intentó "quitar el DIU sin éxito" en el mes de febrero de 1996 (Considerando 5).

Afirmación que no solo se contradice diametralmente con lo afirmado en otros pasajes en cuanto a que el galeno debió "intentar al menos el retiro del dispositivo" (Considerando 4), sino que tal proceder no fue determinado como el adecuado por ningún elemento probatorio.

Como señalé, para generar la responsabilidad del médico no es suficiente la mera comprobación del indiscutido daño, incluso su intervención en el hecho; sino que se requiere algo más: su imputabilidad jurídica [*imputatio juris*] derivada de la "falta médica" vinculada estrechamente a la debida y necesaria causalidad que la sentencia bajo revisión tiene como acreditada; nuestro ordenamiento jurídico se enrola en el método de la causa adecuada para determinar la relación de causalidad, extremo que no encuentro en el caso acreditado.

Insisto, siendo que la obligación que asume el médico no es de resultado sino de medios, y que su responsabilidad se limita a la atención del paciente conforme a las reglas del arte del buen curar, corresponde en términos generales a la parte supuestamente damnificada por el galeno probar la culpa del demandado, además de la relación de causalidad entre el actuar culposo alegado y el daño (Peyrano, Jorge y Chiappini, Luis, Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas, ED, 107-1005; Vázquez Ferreira, R., "Prueba en la Culpa Médica", p. 108).

Lo anterior no implica desconocer que muchas veces al paciente no le es fácil probar la culpa del médico, por múltiples razones que no resulta necesario ahondar en la especie.

Tampoco que en estos casos la prueba a cargo del paciente puede transformarse en una prueba diabólica si es que la contraria está en mejores condiciones de producirla, siendo la teoría de las cargas probatorias dinámicas la que —aun residual, excepcional o subsidiaria— tiende a alivianar el peso de esa carga, eliminando la rigidez del principio general.

Sin embargo, ello no será siempre así sino en caso de ausencia de los medios de pruebas eficaces, como es la incorporación al proceso de la historia clínica del paciente, extremo que no advierto configurado en el caso.

A través de esta teoría se busca consagrar en la práctica la buena fe procesal hasta el dictado de una sentencia y la colaboración de las partes en la búsqueda de la verdad; sin embargo, no observo en el caso ocultamiento de piezas útiles para la solución del caso y para juzgar en definitiva el comportamiento del médico.

Es decir, no se vislumbra la ausencia de algún medio probatorio imputable a algunas de las partes, fundamentalmente al profesional médico.

Como sea, invertir la carga probatoria sobre la culpa médica o cualquier otra visión "pro damnificado", no puede llevar sin otro justificativo válido a inculpar al médico cuando no se ha logrado acreditar el nexo causal entre el daño y el acto. Omisión que no puede ser suplida por la imaginación o por un forzado juego de presunciones tal como acontece en estos actuados,

con la actividad probatoria desplegada por la parte actora e aun con su propio relato de los hechos.

Incluso para poder acudir a la prueba de presunciones (fundada en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio de conformidad con las reglas de la sana crítica) se requiere al menos que el paciente aporte ciertos datos empíricos o hechos concretos y de base sólida, que le permitan al magistrado deducir la culpa del profesional que no ha podido ser probada en forma directa.

Pero si el paciente no aporta estos basamentos, ni siquiera es coherente con la exposición de los hechos e introduce tardíamente a lo largo del proceso circunstancias fácticas que pretende sean valoradas, por cierto tornará más difícil la aplicación del principio "pro damnificado" y la falta de prueba arrojará la irresponsabilidad médica.

V. Concluyo, en definitiva, que no se encuentran en el caso configurados los presupuestos de la responsabilidad civil (ni la culpa como factor subjetivo de atribución, ni la relación de causalidad adecuada entre el acto médico reprochado y el daño sufrido), razón por la cual propongo revocar la sentencia apelada y rechazar la acción de daños y perjuicios promovida por A. M.; con costas en ambas instancias a la actora vencida (arts. 68 y 274 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Deviene abstracto el tratamiento de todos los agravios dirigidos a los rubros indemnizatorios, a la extensión de la condena a las coherederas del demandado y a la tasa de interés dispuesta (arts. 512, 513, 514, 902, 909, 1066, 1068, 1109 del Cód. Civil; 774, 1734, 1735 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 68, 163 inc. 5, 260, 261, 266, 330, 354, 375, 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Voto por la negativa.

La doctora *Dabadie* adhirió al voto precedente por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor *Janka* dijo:

Conforme se ha votado la cuestión anterior corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y revocar la sentencia de mérito dictada el 23/04/2020, rechazándose la acción de daños y perjuicios promovida por A. M., con costas de ambas instancias a la actora en su carácter de vencida (arts. 512, 513, 514, 902, 909, 1066, 1068, 1109 del Cód. Civil; 774, 1734, 1735 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 68, 163 inc. 5, 260, 261, 266, 330, 354, 375, 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

La doctora *Dabadie* adhirió al voto precedente por los mismos fundamentos.

De conformidad al resultado que arroja la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se revoca la sentencia de mérito dictada el 23/04/2020, rechazándose la acción de daños y perjuicios promovida por A. M. contra L. D. C. (hoy sus herederas, D. y G. C. y O.) y la Municipalidad de Gral. Juan Madariaga, con costas de ambas instancias a la actora en su carácter de vencida (arts. 512, 513, 514, 902, 909, 1066, 1068, 1109 del Cód. Civil; 774, 1734, 1735 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; 68, 163 inc. 5, 260, 262, 261, 266, 274, 330, 354, 375, 384, 474 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31, LHP). Regístrese. Notifíquese. Devuélvase el expediente físico y radíquese el electrónico en la instancia de origen. — *Mauricio Janka.* — *María R. Dabadie.*

RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET

Información acerca de un abogado condenado por estafar a su cliente. Veracidad de las publicaciones. Medida cautelar tendiente al bloqueo de URL. Derecho al olvido. Interés público. Libertad de expresión. Rechazo.

1. — La responsabilidad de los buscadores de internet no encuentra razón de ser en la mayor o menor posibilidad de evitar el daño producido por el contenido de un tercero, sino en una conducta antijurídica propia que suscita la obligación de reparar el daño por ella ocasionado. Adquiere especial trascendencia el concepto de "efectivo conocimiento", en la medida en que constituye prima facie el punto de partida de la gestación de la obligación de responder por parte de los motores de búsqueda **[1]**.

2. — Solo habrá responsabilidad cuando los motores de búsqueda tomen efectivo conocimiento de que las vinculaciones a contenidos de terceros lesionan derechos personalísimos de un sujeto y no adopten medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes.

3. — Como regla, para poder juzgar si un sitio de Internet lesiona derechos personalísimos del peticionario es menester examinar su contenido y que la carga de la prueba recae sobre quien pretende una restricción, máxime teniendo en

cuenta la protección constitucional que ostenta la actividad llevada a cabo por el buscador y por quienes resultan responsables del sitio en cuestión.

4. — No se advierte que los sitios cuestionados dirijan contra el actor expresiones ofensivas que puedan caber en la categoría de insulto u ofensa, toda vez que los hechos a los que hace alusión los sitios reflejan en forma correcta la situación procesal en la que se encontraba el actor al momento en que fueron publicados ya que la sentencia absolutoria fue dictada con posterioridad.

5. — El derecho al olvido no es un derecho ilimitado. De ahí que resulta prudente apreciar que la decisión acerca de la desvinculación de los enlaces que un buscador realiza entre el nombre de una persona y los sitios que alojan información que la mencionan no puede quedar librada exclusivamente a la voluntad del sujeto afectado pues tal solución privilegiaría indiscriminadamente los derechos personalísimos del afectado respecto de los otros derechos —información y de libertad de expresión— sin sopesar adecuadamente estos últimos.

6. — Se verifica que el contenido de los sitios de internet denunciados por el actor tiene relación con noticias de relevancia pública y, como tal, no existe un derecho franco a privar de manera indiscriminada a toda una comunidad de la posibilidad del acceso irrestricto a los contenidos así publicados a pesar de que hayan transcurrido varios años. Ni el paso del tiempo ni el posterior sobreseimiento resultan un factor determinante para modificar lo decidido, pues los hechos que ilustran las notas cuestionadas correspondían con lo decidido por la justicia en sus primeras instancias.

CNFed. Civ. y Com., sala III, 16/03/2021. - V., A. A. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/1914/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios", 28/10/2014, Fallos: 337:1174, AR/JUR/50173/2014, sostuvo que la actividad de los buscadores de internet importa el ejercicio pleno y regular de la libertad de expresión constitucionalmente protegida y, conforme las características propias de internet, resulta razonable admitir que los motores de búsqueda —que carecen de control sobre el contenido proveniente de un tercero potencialmente dañoso y, por lo tanto, de evitar la consumación de un perjuicio derivado de su difusión— solo responden civilmente por el contenido que les es ajeno cuando toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y dicho conocimiento no es seguido de un actuar diligente.

COSTAS

Se imponen por su orden.

Causa n° 68.640/2013

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 16 de 2021.

El doctor *Recondo* dijo:

I. El señor juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. V. y, en consecuencia, ordenó a Google bloquear en forma definitiva de sus buscadores las URLs detalladas en la sentencia de condena. Las costas del juicio las distribuyó por su orden y las periciales por mitades (fs. 782/792).

Para así decidir, entendió que no se encontraba acreditado que el contenido de los sitios cuestionados se dirija contra el actor con expresiones ofensivas que puedan caber en la categoría de insulto u ofensa. En tales condiciones, a la luz de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia *in re* "Rodríguez, María B.", rechazó la demanda de daños y perjuicios.

Seguidamente, analizó la cuestión con fundamento en el derecho al olvido y juzgó que le asiste derecho al accionante a lo solicitado y ordenó el bloqueo definitivo de los sitios mencionados en el Considerando I del pronunciamiento.

II. Apelaron ambas partes a fs. 795 y 798, recursos que fueron concedidos libremente a fs. 801. La demandada expresó agravios a fs. 824/864 mientras que la parte actora hizo lo propio a fs. 865/876 los que fueron contestados oportunamente por sus contrarias.

Google aclara que respecto de algunos de los sitios observados la cuestión ha devenido abstracta puesto que ya fueron eliminados por sus responsables y no por Google o no alojan contenido referido al actor. En definitiva, expresa que el objeto de la sentencia se limita a los cuatro sitios que enumera en su expresión de agravios (ver p. 14/15), los cuales involucran mucho contenido y publicaciones que no se refieren al actor y que la sentencia ordena bloquear en forma general. Finalmente, cuestiona que el señor juez haya hecho lugar a la demanda recurriendo a la figura del derecho de olvido sin fundamento legal.

La parte actora se agravia del rechazo de la acción indemnizatoria con fundamento en que no se puede exculpar a Google Inc. pues difundió la información objetada en fechas posteriores a la absolución del actor y se negó a cesar en esa conducta sin perjuicio que ello le fue solicitado por el actor y ordenado por la justicia. Entiende que el señor Juez soslayo ponderar ese extremo y que la demostrada falsedad de la información y su carácter injuriante no pueden considerarse amparada por la libertad de expresión.

III. Creo conveniente precisar algunas circunstancias relevantes del conflicto. El 29 de enero de 2013 el señor V. remitió a Google Inc. la carta documento que obra a fs. 5/7 por la cual reclamó que, en el plazo de 5 días, eliminara una serie de sitios en los cuales se afirma que fue condenado en una causa penal por estafar a una clienta. Expresa que dicha información es falsa pues la Sala I de la Cámara de Casación anuló la sentencia a la cual se refieren en los sitios indexados. Dicha intimación fue reiterada el 11 de marzo de 2013 (ver fs. 9), recibiendo como respuesta (ver CD de fs. 10) su rechazo con fundamento en que Google Inc. no es responsable de la información creada por usuarios de sus productos y que el reclamo debe encaminarse hacia los autores de tales contenidos, destacando las herramientas on line de que dispone el supuesto afectado para efectuar sus reclamos.

En forma contemporánea a este intercambio tuvo lugar una mediación que concluyó el 06/05/2013 sin acuerdo (ver fs. 3/4) y, poco después, el 28 de agosto de 2013, el señor V. dedujo ante la justicia civil una medida cautelar genérica solicitando el bloqueo en los buscadores involucrados de todos los URLS correspondientes a los sitios de Internet en los cuales se afirma que fue condenado en una causa penal por estafar a una clienta. Dicha cautelar fue otorgada favorablemente para el reclamante con fecha 15 de noviembre de 2013 (ver fs. 281/283), siendo notificada el 28/11/2013 (ver cedula de fs. 291/292). En dicho pronunciamiento el juez civil ordenó el cese en la difusión de la existencia de los web-sites accesibles desde las direcciones electrónicas referidas a fs. 260 a los que se accede a través de los buscadores google.com.ar y google.com en los que se hace referencia a que el actor fue condenado en la causa "Céspedes" y de las imagines allí contenidas.

Frente al incumplimiento denunciado por el actor a fs. 390 (ver, asimismo, fs. 415), se le hizo saber a los buscadores a los efectos correspondientes (fs. 391; ver, asimismo, fs. 418), a fs. 510/511 Google acreditó el cumplimiento ante lo cual la actora puso de manifiesto sus discrepancias (fs. 558/560). A fs. 567 el *a quo* tuvo por acreditado el incumplimiento denunciado y ordenó que en el plazo de 48 horas de integro y cabal cumplimiento a la cautelar bajo apercibimiento de aplicar sanciones pecuniarias.

IV. Recuerdo que todo aquello vinculado con la naturaleza y alcance de la responsabilidad de los motores de búsqueda ha sido examinado por el Alto Tribunal *in re* "Rodríguez, María B." (Fallos: 337:1174), en donde se concluyó que la actividad de las demandadas importa el ejercicio pleno y regular de la libertad de expresión constitucionalmente protegida y que, conforme las características propias de internet, resulta razonable admitir que los motores de búsqueda —que carecen de control sobre el contenido proveniente de un tercero potencialmente dañoso y, por lo tanto, de evitar la consumación de un perjuicio derivado de su difusión— solo responden civilmente por el contenido que les es ajeno cuando toman efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido y dicho conocimiento no es seguido de un actuar diligente. En efecto, la indiferencia y pasividad en estos supuestos convierte al buscador en responsable de los datos derivados de su actividad, pues con su deliberada conducta omisiva contribuye al mantenimiento del evento dañoso que, en un primer momento, desconoce y le es ajeno.

Idéntica situación se presenta cuando el buscador deja de actuar como un mero intermediario del contenido proveniente de un tercero y adopta una postura activa con relación a él, ya se modificándolo, editándolo o, directamente, creándolo. Resulta evidente que en estos casos la responsabilidad no encuentra razón de ser en la mayor o menor posibilidad de evitar el daño producido por el contenido de un tercero, sino en una conducta antijurídica propia que suscita la obligación de reparar el daño por ella ocasionado. Como se puntualizó en dicha oportunidad, en ese marco de responsabilidad adquiere especial trascendencia el concepto de "efectivo conocimiento", en la medida en que constituye *prima facie* el punto de partida de la gestación de la obligación de responder por parte de los motores de búsqueda.

Sentado lo anterior, es del caso señalar que solo habrá responsabilidad cuando los motores de búsqueda tomen efectivo conocimiento de que las vinculaciones a contenidos de terceros lesionan derechos personalísimos de un sujeto y no adopten medidas que, dentro de las posibilidades que ofrece el sistema, eliminen o bloqueen los enlaces pertinentes (Fallos: 337:1174, considerando 18).

V. Establecido el marco regulatorio, comenzaré por tratar los agravios de la parte actora que sostiene que el contenido de los blog era manifiestamente ofensivo ya que brindan una información desactualizada. Al respecto se ha dicho que, como regla, para poder juzgar si un sitio de Internet lesiona derechos personalí-

simos del peticionario es menester examinar su contenido y que la carga de la prueba recae sobre quien pretende una restricción, máxime teniendo en cuenta la protección constitucional que ostenta la actividad llevada a cabo por Google Inc. y por quienes resultan responsables del sitio en cuestión.

De la documental incorporada por la actora a fs. 129/180 se extrae que los sitios impugnados giran todos sobre su desempeño como abogado en la causa Céspedes e informan que el actor fue condenado a una pena de 2 años de prisión en suspenso y 4 años de inhabilitación para ejercer la profesión, por haberlo considerado autor penalmente responsable del delito de estafa como así también que con fecha 24/01/2002, el Dr. Eduardo Alberto Duhalde lo indultó de dicha pena.

En tal contexto, teniendo en cuenta que los hechos a los que hace alusión estos sitios reflejan en forma correcta la situación procesal en la que se encontraba el actor al momento en que fueron publicados ya que la sentencia absolutoria fue dictada con posterioridad (fs. 231/238, 240/241, 246 y vta. del escrito inicial y fs. 454/461), corresponde coincidir con el sentenciante respecto de que no se advierte que los sitios cuestionados dirijan contra el actor expresiones ofensivas que puedan caber en la categoría de insulto u ofensa, lo que sella la suerte del recurso de la actora.

Las manifestaciones vertidas por el recurrente respecto del posible incumplimiento que habría tenido Google a partir de la orden judicial contenida en la medida cautelar no resulta suficiente para hacer lugar a los daños y perjuicios pues las medidas cautelares dictadas no definen —en principio— la solución a seguir en autos porque una cosa es la verosimilitud del derecho juzgada preliminarmente en cada una de esas causas y otra muy distinta es la certeza de ese derecho, que solo puede obtenerse al momento de dictar sentencia.

La forma en que se decide torna abstracta el agravio tercero y cuarto a los que alude la parte actora en su recurso.

VI. Adentrándome al recurso de la demandada a mí entender la solución no varía si recurrimos a la figura del derecho al olvido o mejor dicho de supresión la cual ha cobrado singular importancia en los últimos tiempos a través del dictado de algunos precedentes jurisprudenciales tanto nacionales como extranjeros y aportes doctrinarios sobre el tema.

A los fines de analizar la cuestión de autos resulta pertinente efectuar una breve reseña acerca del tratamiento de este instituto a fin de brindar un panorama acerca de la tendencia actual en torno al derecho en cuestión.

VII. Comenzare por señalar que tal como lo recuerda el *a quo* el antecedente que a nivel internacional dio lugar al reconocimiento efectivo del derecho al olvido ha sido el fallo dictado en el caso "Costeja" por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 13 de mayo de 2014, que estableció que el interesado tiene derecho a dirigirse al buscador de Internet de modo directo para hacer el requerimiento, y si este no le concediera su petición, podrá someter el asunto a las autoridades competentes a fin de obtener, bajo ciertas condiciones, la eliminación de ese enlace de la lista de resultados. En dicho precedente, Mario Costeja, ciudadano español, se dirigió a la Agencia Española de Protección de Datos ante la negativa de Google a dejar de enlazar una información vinculada a una subasta por deudas de la seguridad social que aparecía publicada en un medio de comunicación de difusión nacional, habida cuenta de que cuando un internauta introducía su nombre en el citado buscador, en la lista de resultados aparecía dicha publicación con una información de hacía dieciséis años. Si bien el Tribunal consideró que el periódico que publicó la información lo hizo de forma legal, cumpliendo con el derecho a la información, con lo cual podía seguir manteniendo público el contenido, obligó a Google a retirarlo de sus enlaces porque estos ya no eran pertinentes al tratarse de una información sobre una deuda comercial que carecía de actualidad (ver Palazzi Pablo, Derecho al olvido en internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés), publicado en LA LEY, 2015-A, 16).

A mi modo de ver otro antecedentes de importancia lo constituye el fallo dictado por el Tribunal de primera instancia en lo Civil de Ámsterdam (Holanda) el 18 de septiembre de 2014 en la causa "Arthur van M c. Google Netherlands y Google Inc". El caso se origino ante un pedido iniciado por un ciudadano holandés ante Google a fin de remover de los resultados del buscador las publicaciones que lo relacionaban con el delito al que fuera condenado y que al momento del pronunciamiento no se encontraba firme. El tribunal rechazó el reclamo con fundamento en que el caso anteriormente citado "Google Spain" no pretende amparar a los individuos de toda comunicación negativa de internet sino solo de aquellas que luego de un largo tiempo constituyen expresiones irrelevantes, excesivas o innecesariamente difamatorias (Palazzi Pablo, Derecho al olvido en internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés), publicado en LA LEY, 2015-A, 16).

VIII. En nuestro país hasta no hace mucho cuando hablábamos de esta figura nos referíamos únicamente a la posibilidad de que una persona solicite la

eliminación de informaciones crediticias adversas y cuya procedencia estaba vinculada al paso de un determinado lapso. El ap. 4 del art. 26 de la ley 25.326 de Protección de Datos Personales y en su decreto reglamentario (Decreto 1558/2001) establecen que solo se podrán archivar, registrar o ceder los datos personales que sean significativos para evaluar la solvencia económico-financiera de los afectados durante los últimos cinco años. Dicho plazo se reducirá a dos años cuando el deudor cancele o de otro modo extinga la obligación, debiéndose hace constar dicho hecho". Vemos así que el afectado por un dato crediticio adverso de su persona puede ejercer el derecho de supresión o de olvido y pedir la eliminación de ese dato de las bases de datos que lo contenga cuando se ha operado el tiempo establecido por la ley para ello.

Sin embargo, desde hace algunos años se ha comenzado a hablar de un derecho al olvido mucho más amplio y que se lo da en llamar el derecho al olvido en el ámbito virtual de Internet (ver Fernández Delpech Horacio, Derecho al olvido en internet, publicado en la LA LEY, 2015-F, 489; Palazzi Pablo Derecho al olvido en internet e información sobre condenas penales (a propósito de un reciente fallo holandés), publicado en LA LEY, 2015-A, 16; Faliero Johanna Los peligros del derecho al olvido digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el derecho a la información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra confrontación cultural, publicado en la LA LEY, 2020-B, 227).

IX. Fernández Delpech lo define como un derecho que tiene toda persona física o jurídica de exigir a los sitios web motores de búsqueda, la supresión de información o datos personales que ya no son necesarios para la finalidad por la que fueron tratados o por el tiempo transcurrido o por ser inapropiados irrelevantes o desactualizados (Derecho al olvido en internet, publicado en la LA LEY, 2015-F, 489).

En cuanto a la fuente normativa reguladora de este derecho, cierto es que nuestro ordenamiento carece de norma alguna específica vigente que lo regule (ver proyecto legislativo Expediente 4388.D.2015 "Hábeas Internet Derecho al Olvido"). De modo que lo que pueda establecerse al respecto resulta una construcción jurisprudencial en la que —sin duda— se deberá tener en cuenta en que entran en conflicto derechos fundamentales que poseen protección constitucional: el derecho al honor y a la protección de la intimidad personal y familiar y la protección de la libertad de expresión e información.

En virtud de lo afirmado por la CSJN en el caso Rodríguez (ver Considerandos 11 al 13) no quiero hacer citas extensas e innecesarias sobre lo que entiende sobre estos derechos y solo afirmaré que cuando —como en el caso de autos— el *thema decidendum* tiene relación con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, se debe buscar un punto intermedio que no lesione ninguno de estos derechos. En este orden de ideas, el denominado derecho al olvido se presenta como una alternativa que, en ciertos casos, puede permitir conciliar tales derechos fundamentales en puja, aportando la alternativa de desvincular de los motores de búsqueda el nombre de la interesada con relación a los contenidos que describen el hecho pretérito que se busca "olvidar" (conf. sentencia de primera instancia del Juzgado Civil n 78 en la causa "D. N. R. c. Google Inc. s/ derechos personalísimos del 20/02/2020 publicada en LA LEY del 28/04/2020 y CNCiv., Sala H, del 11/08/2020).

X. Ahora bien, el derecho al olvido no es un derecho ilimitado. De ahí que resulta prudente apreciar que la decisión acerca de la desvinculación de los enlaces que un buscador realiza entre el nombre de una persona y los sitios que alojan información que la mencionan no puede quedar librada exclusivamente a la voluntad del sujeto afectado pues tal solución privilegiaría indiscriminadamente los derechos personalísimos del afectado respecto de los otros derechos (información y de libertad de expresión) sin sopesar adecuadamente estos últimos.

Como expresa Fernández Delpech el derecho al olvido no otorga al individuo un derecho absoluto a reinscribir su biografía sino que es necesario fijar límites, fundamentalmente referidos al interés público, que surgen de los derechos de libertad de expresión y de libertad de información (Derecho al olvido en internet, publicado en la LA LEY, 2015-F, 489). Alguna información que puede resultar a su titular perjudicial, antigua, irrelevante, innecesaria, obsoleta, sin ningún tipo de importancia informativa y periodística, indeseable, puede por otra parte ser para el colectivo parte de su patrimonio informativo histórico, periodístico, cultural, tener interés público y colectivo, y por lo tanto superior al interés del que lo invoca (Faliero Johanna Los peligros del derecho al olvido digital: cuando la autodeterminación informativa colisiona con el derecho a la información. El sesgo sobre el interés público de lo popular como parte de nuestra confrontación cultural, publicado en la LA LEY, 2020-B, 227). En otras palabras; las cuestiones de interés público constituyen el límite del derecho al olvido.

De ahí que —tal como lo expresó el doctor Hernán Pagés en su pronunciamiento N. D. N y que comparto— resulte recomendable exigir a quien pretende la desvinculación de su nombre a contenidos publicados en Internet, que justifique la razonabilidad de su pedido a la luz de criterios que muestren que los derechos personalísimos afectados presentan mayor robustez que el derecho a la información pública que

pueda verse limitado o postergado a raíz de su pedido de desindexación o desvinculación de los enlaces (LA LEY del 28/04/2020).

XI. En el caso de autos el actor solicitó el bloqueo de todos los URLS en los cuales una vez ingresado su nombre, el usuario se ve dirigido a diversos sitios de internet en los que se afirma que fue condenado en una causa penal por estafar a una cliente. Recuerdo que con motivo de dichas actuaciones el actor con fecha 07/09/1998 y luego con fecha 03/04/2000 —la primera fue sentencia fue anulada por la Cámara Federal de Casación Penal ordenado dictar un nuevo pronunciamiento—, fue condenado a una pena de 2 años de prisión en suspenso y 4 años de inhabilitación para ejercer la profesión, por haberlo considerado autor penalmente responsable del delito de estafa. Dicha condena fue cuestionada por vía de recurso extraordinario, el cual fue declarado improcedente por Casación y cuya queja fue desestimada con fecha 13/11/2001 por la CSJN Posteriormente, a raíz de un recurso de revisión presentado por el actor el día 26 de octubre de 2012 la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió —en virtud de lo decidido por el Alto Tribunal con fecha 29/11/2011— anular la sentencia y absolverlo.

En su escrito de inicio afirmó que en su actividad profesional de abogado y que en su larga trayectoria profesional intervino en importantes y complejas causas judiciales, entre las que se destaca su intervención como representante de la familia del fotógrafo José Luis Cabezas, en el juicio penal llevado adelante con motivo de su asesinato. Precisó que en las notas en las cuales se hacía referencia a las causas iniciadas por el Dr. Duhalde —en ese entonces presidente de la nación— se lo mencionaba al aquí actor ya que era su letrado y se hacía referencia que había sido condenado por estafar a una cliente y que habría sido beneficiado por el Dr. Duhalde con un indulto.

En función de las particularidades reseñadas, a mi entender se verifica que el contenido de los sitios de internet denunciados por el actor tienen relación con noticias de relevancia pública y, como tal, no veo que exista un derecho franco a privar de manera indiscriminada a toda una comunidad de la posibilidad del acceso irrestricto a los contenidos así publicados a pesar de que hayan transcurrido varios años. Pues la asociación del nombre del peticionario con dicho suceso obedece a que el actor —el cual tuvo una alta repercusión pública durante la década del 90 por ser el abogado de la familia de José Luis Cabezas— fue condenado penalmente por dos años de prisión en suspenso e inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía por el término de cuatro años, por haberlo considerado autor penalmente responsable del delito de estafa e indultado por el Dr. Eduardo Alberto Duhalde, Presidente de la Nación en ese momento.

Ni el paso del tiempo ni el posterior sobreseimiento resultan —a mi entender— un factor determinante para modificar lo decidido pues los hechos que ilustran las notas cuestionadas correspondían con lo decidido por la justicia en sus primeras instancias. En el mentado precedente 'Rodríguez' la Corte Suprema de Justicia estableció que el estándar según el cual toda censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad que solo puede ceder frente a casos absolutamente excepcionales, es aplicable a los supuestos de medidas preventivas de bloqueo del acceso a contenidos de internet. Tal doctrina fue reafirmada en el fallo Paquez (Fallos: 342:2187), en el cual señaló que la orden de eliminar provisoriamente determinadas sugerencias de búsqueda, cesar en la difusión de ciertas direcciones vinculadas al nombre del actor y eliminar contenidos almacenados por el buscador, implica un acto de censura que interrumpe el proceso comunicacional, pues al vedar cautelarmente el acceso a dicha información impide la concreción del acto de comunicación o, al menos, dada la importancia que reviste Google como motor de búsqueda, lo dificulta de sobremanera, con independencia de que en relación a sus potenciales receptores sea su primera manifestación o su repetición. Desde ese enfoque, la CSJN descalificó el bloqueo dispuesto en la anterior instancia por configurar una medida extrema que importa una grave restricción a la circulación de información de interés público, y sobre la que pesa una fuerte presunción de inconstitucionalidad (conf. doctrina de Fallos: 315:1943; 337:1174).

Por ello, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia apelada en lo que respecta al rechazo de la acción indemnizatoria y revocar la sentencia apelada en lo que respecta al bloqueo de ciertos sitios. Las costas de ambas instancias se fijan por su orden y los honorarios del perito ingeniero en informática por mitades, habida cuenta que se trata de una cuestión novedosa (Art. 68, segunda parte del Código Procesal).

Así voto.

Los doctores *Antelo* y *Gottardi* por análogos fundamentos adhieren al voto precedente.

Visto lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se confirma la sentencia apelada en lo que respecta al rechazo de la acción indemnizatoria y se revoca la sentencia apelada en lo que respecta al bloqueo de ciertos sitios. Las costas de ambas instancias se fijan por su orden y los honorarios del perito ingeniero en informática por mitades, habida cuenta que se trata de una

cuestión novedosa (Art. 68, segunda parte del Código Procesal). Regístrese, notifíquese, publíquese y una vez firme la sentencia apelada pasen los autos a regular honorarios. *—Guillermo A. Antelo. — Ricardo G. Recondo. — Eduardo D. Gottardi.*

RESPONSABILIDAD DE LAS CONCESIONARIAS VIALES

Niña de 13 años que sufre el impacto de piedras arrojadas por personas en las inmediaciones de una autopista. Obligación de seguridad. Secuelas antiestéticas y funcionales. Incremento de la indemnización.

1. — La demanda de daños contra la concesionaria vial debe admitirse, pues quedó probado el acto vandálico de personas que se hallaban en las inmediaciones de la autopista arrojando piedras, situación que pudo y debió haber sido evitada por el concesionario vial. La empresa debió garantizar la libre y segura circulación en todo el tramo concesionado y no lo hizo. Hechos vandálicos como el presente conforman desafortunadamente un tema más que trillado en la realidad social actual. Y contrariamente a lo sostenido por la demandada, resultan perfectamente previsibles y evitables.

2. — Más allá de la detallada enumeración de normas de seguridad que realiza la concesionaria vial demandada; certificaciones de calidad, sistemas de cámaras de alta tecnología, distintos medios de comunicación (postes SOS) y constante recorrido de móviles de seguridad, nada de ello hubo. Claramente la quejosa carece de lo que se jacta. La lista está perfectamente confeccionada, pero en la práctica poco hay para enumerar en aras de demostrar el cumplimiento de los deberes y obligaciones que pesan sobre su cabeza.

3. — Hace a las obligaciones medulares de los concesionarios mantener el paso de forma que no implique riesgos para el usuario. Eso no solo es cortar el pasto o que no haya baches, sino proteger al usuario de la irrupción de vándalos o que personas arrojen piedras al paso de los vehículos. Estas personas no son terceros por quienes la empresa no deba responder, porque hace a la esencia de las obligaciones contraídas evitar estos incidentes. Hace al riesgo de empresa.

4. — Debe valorarse y cuantificar las características personales de la actora, que tenía 13 años al momento del hecho, la extrema gravedad de las lesiones y las consecuencias de orden físico y psíquico, y tratamientos recomendados. La propuesta de psicoterapia por el perito interviniente puede o no llevar a buen resultado, lo que depende de múltiples factores, ajenos incluso a la decisión o voluntad del paciente; y atendiendo especialmente a que la cuantificación resulta independiente de fórmulas, cálculos y porcentuales arrimados, que en definitiva constituyen datos orientativos y no estrictamente vinculantes, es insuficiente la suma otorgada en concepto de incapacidad sobreviniente y debe elevarse a $1.200.000.

5. — Alguien que no puede hablar bien no está en plenitud para muchas tareas; una mujer que tiene secuelas antiestéticas en el rostro no es bien vista para una cantidad de ocupaciones. Es la realidad en esta sociedad. Y conforme las pruebas colectadas, y el informe detallado del perito odontólogo, el daño ha sido enorme. Pero tratándose en definitiva de rótulos o modos de analizar la cuenta resarcitoria, se seguirá la cuantificación del daño moral atendiendo a las secuelas inestéticas y funcionales que padece la víctima desde los 13 años. Es prudente elevar el rubro a $900.000 por la magnitud del daño sufrido; y que sufrirá toda la vida, aun cuando acometa tratamientos reparatorios.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Piedras arrojadas desde las inmediaciones de una autopista.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Edad: 13

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $900.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $1.200.000

CNCiv., sala L, 08/03/2021. - M. J. S. y S. A. B. c. Autopistas Urbanas SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/1466/2021]

COSTAS

A cargo de la demandada

Exp. N° 54.352/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 8 de 2021.

El doctor *Liberman* dijo:

I. El caso trata el reclamo iniciado por J. S. M. y S. A. B., por derecho propio y básicamente en representación de su hija menor M. M. M. —hoy mayor de edad—, contra Autopistas Urbanas Sociedad Anónima (AUSA) por reparación de los perjuicios sufridos como consecuencia de un incidente ocurrido el día 4 de diciembre de 2011, aproximadamente a las 21 horas.

Los actores relataron que circulaban a bordo de un vehículo Ford Ranchero, dominio ..., por la autopista Illia en dirección a Capital Federal, cuando una vez pasado el peaje y antes de ingresar a la Av. 9 de Julio, desde la Villa 31 comenzó una lluvia de piedras, impactando una de ellas en el vidrio del acompañante de su vehículo, y dándole en el rostro a M. Le provocaron lesiones de importancia grave, por lo que sin detenerse continuaron la marcha hasta el Hospital de Niños Casa Cuna donde le realizaron los primeros auxilios.

Por su parte, la concesionaria vial demandada negó la existencia del hecho y sus consecuencias dañosas, sosteniendo el correcto cumplimiento de las obligaciones a su cargo en caso de accidentes o incidentes ocurridos sobre la autopista.

La sentencia hizo lugar a la demanda condenando a Autopistas Urbanas SA, lo que causó el descontento de ambas partes en distintas aristas.

A fs. 347/350 expresó agravios la parte actora en torno a la cuantía concedida por los rubros incapacidad sobreviniente, daño moral y daño estético. Corrido el traslado pertinente, mereció el escrito de fs. 361/362 como respuesta.

A su turno, la demandada levantó su queja a fs. 352/358 en relación a la atribución de responsabilidad, cuantía de los rubros incapacidad sobreviniente, daño emergente, daño moral y tasa de interés aplicable; cuyo traslado fue contestado por la actora a fs. 364/367.

II. En cuanto a la responsabilidad cuestionada adelanto mi coincidente opinión con la primera juzgadora, tanto respecto del encuadre jurídico como la decisión final. Ello así, toda vez que en la lectura de los agravios de la empresa demandada no logro encontrar argumento sustentable a los fines de cambiar la decisión sobre el particular.

El simple cotejo de las pruebas colectadas da certeza acerca de la ocurrencia del hecho. Se acompañó ticket de peaje expedido el día y hora en que se dice ocurrió el evento dañoso. La declaración de V. S. R., aunque única testigo, da cuenta de su presencia en el momento del hecho, en tanto viajaba en la cúpula de la camioneta Ranchera de los actores. Y contó lo que pudo percibir a través de sus sentidos, prestó declaración en dos oportunidades con bastante diferencia de tiempo entre una y otra, pero en ambas ocasiones lo hizo en forma coherente y concordante, sin que se adviertan signos de mendacidad.

Las lesiones detalladas, tanto por los progenitores de M. como por la testigo presencial R., son coherentes con el diagnóstico brindado en la guardia del Hospital de Niños *Casa Cuna*, donde recibiera primera atención.

Asimismo, quedó probado el acto vandálico de personas que se hallaban en las inmediaciones de la autopista arrojando piedras, situación que pudo y debió haber sido evitada por el concesionario vial. Empresa que debe garantizar la libre y segura circulación en todo el tramo concesionado. No lo hizo.

Por lo demás, hechos vandálicos de naturaleza como el presente, conforman desafortunadamente un tema más que trillado en la realidad social actual. Y contrariamente a lo sostenido por la empresa concesionaria, resultan perfectamente previsibles y evitables.

De modo que, más allá de la detallada enumeración de normas de seguridad, certificaciones de calidad, sistemas de cámaras de alta tecnología, distintos medios de comunicación (postes SOS), llamado al *287 como así a la línea gratuita 0800 y constante recorrido de móviles de seguridad, nada de ello hubo. Claramente la quejosa carece de lo que se jacta. La lista está perfectamente confeccionada, pero en la práctica poco hay para enumerar en aras de demostrar el cumplimiento de los deberes y obligaciones que pesan sobre su cabeza.

En casos similares al de estudio se ha dicho que "...[N]o basta sostener genéricamente que se cumple acabadamente con la obligación de patrullaje con solo mencionárselo, sino que debe acreditarse que la vigilancia se cumplió en el lugar de ocurrencia del accidente instantes antes del mismo, lo que demostraría su imprevisibilidad (CNCiv., Sala F, 13/03/2002, "Romo de Rivera, Amelia S. M. A. y otro c. Concesionaria Vial Argentina Española y otro"; JA, 2002-II-270/271).

Es así que, más allá de la opinión parcializada de la empresa demandada, conforme surge de las cons-

tancias de autos hubo una clara falta al deber de seguridad, en tanto no se advierte que se hayan tomado con la rapidez y prevención del caso las medidas necesarias tendientes a evitar que se produjeran incidentes como este.

No soy de enarbolar que en cualquier caso el concesionario vial es responsable. Además, creo que la responsabilidad no siempre es objetiva. Entiendo que la relación de consumo implicada en el tránsito por caminos concesionados con pago de peaje no conlleva una obligación de seguridad de la que necesariamente surja una responsabilidad objetiva. En algunos supuestos fácticos, el plano de análisis será el de la responsabilidad subjetiva. Así lo he sostenido como juez de primera instancia con mayor estudio de la cuestión en autos "Serrano c. Concesionaria..." (Juzgado N° 31, 10/02/2004). Dicho en palabras de Lorenzetti, "no es posible afirmar la existencia de una garantía de resultado" (consid. 7° de su voto en "Ferreyra").

Pero acá los hechos demuestran negligencia. Además, el caso fortuito ha de tener caracteres de imprevisibilidad o inevitabilidad, y ajenidad al riesgo de la cosa o de la explotación empresaria. No hace falta insistir en que, lejos de ser imprevisible, es algo demasiado común y de ocurrencia lamentablemente corriente; y también nos hemos hecho cargo antes de la supuesta inevitabilidad sosteniendo que un adecuado y económicamente soportable sistema de prevención evitaría daños de este origen, porque, como dice Lorenzetti, no hay persona razonable que suponga que nadie se ocupa del tema y no hay responsables (Lorenzetti, RCyS 2000-302).

Hace a las obligaciones medulares de los concesionarios mantener el paso de forma que no implique riesgos para el usuario. Eso no solo es cortar el pasto o que no haya baches sino proteger al usuario de la irrupción de vándalos o que personas que arrojen piedras al paso de los vehículos.

Estas personas no son terceros por quienes la empresa no deba responder, porque hace a la esencia de las obligaciones contraídas evitar estos incidentes. Hace al riesgo de empresa.

La juez de grado explicó perfectamente de qué estamos hablando. Y el tema ha dado lugar —agrego a los ahí citados— a otros importantes fallos y comentarios. Agrego entonces al TS de España, Sala 1ª en lo Civil, 27/01/2006, "Doña Estíbaliz c. Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española SA y otros"; LA LEY 2006-D, 187, con nota de Vázquez Ferreyra, Roberto A.: "Responsabilidad de las concesionarias de autopistas por los daños causados por un niño que arrojó una piedra"; "Piedras arrojadas a automóviles que circulan por rutas concesionadas", por Fernando A. Ubiría; LA LEY 2008-F, 800. Y un fallo de San Isidro por una piedra arrojada por un manifestante que cortaba el tránsito de la autopista (CCiv. y Com. San Isidro, Sala I, 09/06/2010, LA LEY BA 2010-1062 (AR/JUR/28392/2010).

En definitiva, con estas apostillas, comparto los fundamentos brindados por la doctora *Callegari*.

III. Seguidamente me abocaré al tratamiento de los rubros que fueron cuestionados.

Incapacidad sobreviniente y daño psíquico

La juez de grado trató bajo esta partida la incapacidad tanto física como psíquica, otorgando la suma de $300.000. Mientras que fijó la suma de $56.400 para atender los gastos por tratamientos futuros (psicológicos e implantes odontológicos). Esta modalidad fue motivo de queja por ambas partes.

A la demandada causó agravio la cuantía concedida para indemnizar estos conceptos reclamados, solicitando su reducción. En realidad no hay "agravio" en sentido técnico sino una mera discrepancia. Decir que debemos reducir los montos conforme las reglas de la sana crítica no es criticar una sentencia en los términos del art. 265 del Código Procesal.

Por su parte, la actora aduce que la sentenciante no ha discriminado, dentro de su valoración del daño, cómo arriba a la suma dada como indemnización, como así también que no se atendió puntual y separadamente cada rubro, resultándole exiguo el monto fijado para indemnizar este concepto.

Pero lo cierto es que, ontológicamente hablando, el fenómeno resarcitorio es único y la legislación civil permite distinguir el daño económico del extraeconómico, en términos más tradicionales, patrimonial y extrapatrimonial. Es discutible la autonomía del daño psíquico, estético o de algún otro rubro habitual en las cuentas resarcitorias. Cuando se pide separadamente estimo mejor tratarlo de ese modo. Pero no hay otro daño, no hay terceros géneros. En definitiva, no pasa de ser un problema de rótulos o modos de clarificar la pretensión y hacer más transparente la decisión.

Aclarado esto, no voy a extenderme ni a recurrir a repeticiones innecesarias. La juez hizo una cuidada apreciación de los informes de los peritos, quienes con su conocimiento científico y experiencia en las distintas materias objetivaron en la persona de la actora la presencia de secuelas tanto de orden físico (odontológicas 11%; clínicas 66%) como psicológicas (20%), con expresa recomendación de tratamientos. Asimismo aclaró que tomaría en cuenta únicamente las secuelas correspondientes al sector facial de la actora, dejando de lado las demás lesiones mencionadas por el perito médico a

fs. 216/218, ya que no forman parte del reclamo formulado en la demanda.

Sabido es que la indemnización por discapacidad tiende a compensar las mermas en todo el ámbito de la integridad psicofísica del ser humano, como daño patrimonial indirecto. En tales condiciones no es idéntica —sino proporcional a las características particulares del sujeto— la apreciación de los porcentajes de incapacidad que usualmente se pide a los peritos médicos.

Por otra parte, en lo que a la queja de la actora se refiere, tengo en cuenta al momento de valorar y cuantificar, las características personales de la actora, que tenía 13 años al momento del hecho, la extrema gravedad de las lesiones y las consecuencias de orden físico y psíquico, y tratamientos recomendados. Tengo en cuenta que la propuesta de psicoterapia por el perito interviniente puede o no llevar a buen resultado, lo que depende de múltiples factores, ajenos incluso a la decisión o voluntad del paciente; atendiendo especialmente que la cuantificación resulta independiente de fórmulas, cálculos y porcentuales arrimados, que en definitiva constituyen datos orientativos y no estrictamente vinculante, juzgo bastante insuficiente la suma otorgada en concepto de incapacidad sobreviniente, y propongo se eleve a $1.200.000.

Las secuelas en este caso exceden en mucho una afectación laborativa, hacen a la vida diaria, a cada momento de la vida de M.

Por su parte, en cuanto a los gastos futuros, juzgándolos adecuados conforme recomendación y extensión, voto por su confirmación.

Daño moral y estético

La actora se agravia porque la juez ha incluido en el daño moral el daño estético, es decir los ha fusionado; alterando de esta manera la autonomía existente entre dichos rubros. Solicita se discrimine en forma independiente, y se eleve considerablemente y hasta su justo límite la indemnización por daño moral. Por su parte a la demandada le parece elevada la suma por daño moral; su argumento no pasa de las generalidades.

Al iniciar la demanda, la actora solicitó la reparación del ítem daño estético fundado en que, a partir del evento dañoso, la actora se ha visto afectada, toda vez que su rostro ha sufrido alteraciones visibles y notables, ha tenido que alimentarse con alimentos líquidos y fue sometida a tres cirugías reconstructivas.

La juez desestimó fijar una partida "autónoma" para indemnizar este rubro, pues consideró que no se encontraba acreditado en autos que las lesiones estéticas hayan generado a la víctima algún tipo de perjuicio material en el plano laboral o en el normal desenvolvimiento de la vida de relación o afecciones o sentimientos. No lo comparto.

Alguien que no puede hablar bien no está en plenitud para muchas tareas; una mujer que tiene secuelas inestéticas en el rostro no es bien vista para una cantidad de ocupaciones. Es la realidad en esta sociedad.

Y conforme las pruebas colectadas e informe detallado del perito odontólogo que luce a fs. 147/150, el daño ha sido enorme.

Pero tratándose en definitiva de rótulos o modos de analizar la cuenta resarcitoria, seguiré la cuantificación del daño moral atendiendo a las secuelas inestéticas y funcionales que padece M. desde los 13 años.

Creo ser prudente al proponer se eleve el rubro a $900.000 por la magnitud del daño sufrido, y que sufrirá toda la vida aun cuando acometa tratamientos reparatorios (otra agresión, otros riesgos quirúrgicos, y más).

Contrariamente a lo que dice por ahí la demandada, la cuenta de intereses sin capitalización en períodos largos (como usualmente se hace en los tribunales civiles) suele no compensar siquiera la pérdida de valor adquisitivo de la moneda. Por ese motivo, aun en este rubro la cantidad pedida no es un límite a la ponderación judicial.

Daño emergente

Bajo este rubro, la actora reclamó varios gastos que dice tuvo que afrontar debido a las lesiones sufridas por M. M. (gastos de asistencia médica, odontológica, farmacia, prótesis dentales, tratamientos de rehabilitación y gastos de traslado). La juez otorgó $16.500 a favor de J. S. M. y S. A. B. Esta decisión causó agravio a la demandada, quien repele la procedencia y cuantía, por entender que su concesión consiste en una multiplicación de las partidas por atender a idénticos menoscabos.

Claramente la quejosa confunde los términos del reclamo o aparenta confundirse. Lo que la parte reclama no es otra cosa que las erogaciones que tuvo que realizar con motivo del evento dañoso, y no hay ningún tipo de duda en cuanto a que deben ser reembolsadas. Es unánime la jurisprudencia y doctrina en torno a su procedencia, aunque no exista prueba documentada, bastando que guarden relación con la entidad de las lesiones. Hizo bien la juez de la anterior instancia en decidir como lo hizo. Voto por su confirmación.

IV. Tasa de interés.

La sentencia fija la tasa activa de interés desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago, excepto sobre los tratamientos futuros, los que se devengarán desde la sentencia firme por tratarse de un gasto futuro. Esto causa agravio a la empresa demandada, quien pretende la aplicación de una tasa pura del 6% u 8% desde el hecho hasta la sentencia y en adelante la tasa activa.

La Sala aplica la activa durante todo el período. Habré de recordar que no hubo agravio sobre el punto de la actora. Por ese motivo, y toda vez que la suma de capital más intereses no me parece constituya un enriquecimiento indebido de quien ha sufrido este accidente, votaré porque se confirme la tasa y cuenta de intereses conforme lo propone la juez de grado.

La sentencia —he dicho otras veces citando a la Dra. De los Santos— es una unidad lógico-jurídica. Como tal, no puede escindirse solo por aplicar mecánicamente un criterio de ponderación de la renta. Entonces, si el juez de grado calcula capital más intereses a tasa activa es justo y coherente que del mismo modo lo haga el tribunal de apelación.

Asimismo, creo adecuada la imposición de que se agreguen intereses adicionales a otro tanto de la tasa activa en el caso de que la demandada no liquide y pague el capital más intereses en el plazo fijado, en aras de mantener mínimamente incólume el capital de condena.

Ya en 2014, desde "Chivel c. Venturino" venimos diciendo que si la sentencia no es solo declarativa sino de condena, contiene ejecutividad propia y el juez tiene potestad suficiente para hacer que su mandato se cumpla. Hasta tanto, para que la entidad económica del resarcimiento se mantenga a lo largo del tiempo, el tribunal debe prever los mecanismos idóneos; de otro modo se afecta el principio de reparación integral (ver en lo pertinente: Bidart Campos, en ED, 145-617 y 146-328).

Al decir de Grisolía, "establecer una tasa diferencial para el supuesto de falta de cumplimiento en término del pago del monto final de condena con sus aditamentos implica un justo proceder, toda vez que el deudor que no satisface su débito queda en una situación de inexcusable renuencia, la que legitima y autoriza, a partir de allí y hasta que se produzca la cancelación íntegra y efectiva, la fijación de una tasa diferenciada de interés estimulante de la finalidad de proceso y disuasiva de conductas antijurídicas que pugnan contra el principio de eficacia de la jurisdicción" (Grisolía, Julio Armando, en LA LEY 2014-C, 687 —AR/DOC/1349/2014—).

A esto se suma que las excepcionales circunstancias del país, de la economía y de la propia actividad judicial, podrían servir para que el expediente quede detenido con condena firme (tal vez por dificultad o imposibilidad de traslado físico), y no se pueda ejecutar en forma inmediata. De modo que como resolvemos habitualmente, haremos saber que, además de los intereses ya determinados, se pagarán otros intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario "Samudio" para el caso de cualquier demora en la liquidación (a cargo de la demandada) y el pago de la condena en el plazo establecido de diez días civiles corridos.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo, modificar la sentencia elevando a $1.200.000 el rubro incapacidad psicofísica y a $900.000 el daño moral; y haciendo saber que se pagarán otros intereses moratorios equivalentes a otro tanto de la tasa activa del plenario "Samudio" de haber cualquier demora en la liquidación y el pago de la condena en el plazo establecido de diez días civiles corridos de fs. 321 vta. Voto por confirmarla en lo demás que ha sido materia de recurso, con costas de alzada a cargo de la demandada vencida.

Por razones análogas a las expuestas por el doctor *Liberman*, las doctoras *Iturbide* y *Pérez Pardo* votan en el mismo sentido.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se modifica la sentencia apelada, se aumenta a $1.200.000 el rubro discapacidad psicofísica y a $900.000 el daño moral; los intereses se liquidarán en la forma detallada en el capítulo IV del voto del Dr. Liberman; y se confirma en lo demás que ha sido materia de agravio, con costas de alzada a cargo de la demandada. Difiérese regular los honorarios de alzada hasta tanto el tribunal de grado fije los de la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y devuélvase. 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. — *Víctor F. Liberman. — Gabriela A. Iturbide. — Marcela Pérez Pardo.*

RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA DE MEDICINA PREPAGA

Falta de provisión de medicamentos. Pérdida de chance para mitigar los efectos de la enfermedad. Daño moral. Responsabilidad concurrente.

1. — Está acreditado que el paciente no contó con los medicamentos apropiados a su dolencia en tiempo oportuno, lo que incidió en postergar el fatal desenlace de la pérdida de la visión, por omisión de la empresa accionada, como

así también que el propio accionante interrumpió la ingesta del medicamento por los efectos adversos que le provocaba. Este obrar interrumpe en forma parcial el nexo causal y corresponde atribuir a la empresa demandada un 50% de responsabilidad.

2. — Procede la reparación de la pérdida de la chance, en tanto, debido a la falta de cobertura de la medicación solicitada por el paciente, se cercioró la posibilidad de evitar el deterioro de la agudeza visual.

3. — Debe indemnizarse el daño moral padecido por el paciente, toda vez que la vista es uno de los sentidos primordiales en la vida de cualquier persona —sumado a los 40 años que tenía cuando detectaron la enfermedad—, la inquietud de no poder contar con los remedios necesarios para el tratamiento repercute con una esencial inestabilidad.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Falta de provisión de medicamentos por parte de empresa de medicina prepaga.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 40 años al momento de la primera manifestación del daño.

Observaciones: La responsabilidad de la demandada es del 50%.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $400.000

Daño psicológico: $575.000

Daños varios: Tratamiento psicológico: $76.800

CNCiv., sala K, 27/11/2020. - D. E., C. M. c. Galeno Argentina SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/63889/2020]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

32.370/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 27 de 2020.

La doctora *Bermejo* dijo:

I. Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por el actor (fs. 236) y por la demandada (fs. 239), contra la sentencia de primera instancia (fs. 228/235). Oportunamente, se fundaron (14/09/2020 y 17/09/2020, respectivamente) y la expresión de agravios de la accionada recibió réplica (06/10/2020). A continuación, se llamó autos para sentencia (19/10/2020).

II. Los antecedentes del caso

El señor C. M. D. E. reclamó los daños y perjuicios ocasionados por la falta de prestación, por parte de "Galeno Argentina SA", de los medicamentos necesarios para tratar su enfermedad.

Relató que, en el año 2000, contrató para sí y su grupo familiar el "Plan 250" de cobertura médica de la mencionada empresa.

Adujo que, en el año 2006 —cuando tenía 40 años de edad—, comenzó a perder la visión aceleradamente. Manifestó que, después de varios estudios y de ser examinado por diversos médicos oftalmólogos en la ciudad de San Carlos de Bariloche, se le diagnosticó "coriorretinopatía en perdigonada (birdshot)".

Refirió que fue derivado, por no ser una patología frecuente, al "Sanatorio Fleni" de esta ciudad, donde lo atendieron los doctores A. S. y E. D. Mencionó que los profesionales le recetaron 65 ml. de ciclosporina, 30 ml. corticoides diarios, cortypiren 40 mg., Sandimmus solución bebible y Ketoconazaol.

Sostuvo que, por su elevado costo, solicitó a la demandada la autorización correspondiente para cubrirlo, pero esta se negó —pese a que se hallaba al día con el pago de la cuota y que el medicamento estaba incluido en el "Plan Médico Obligatorio" (en adelante PMO)—, por lo que él debió costearlo.

Señaló que, a fines de julio de 2007, se quedó sin recursos financieros para adquirirlos, por lo que volvió a requerir su cobertura.

Contó que, ante la negativa, en octubre de 2007, consultó a una abogada e inició una acción de amparo (causa "D. E., C. s/ amparo" Expte. N° 20.171/07, Cámara de Trabajo de San Carlos de Bariloche), donde se dictó una medida cautelar para proveerle el remedio sin cargo, por lo que pudo retomar el tratamiento.

Indicó que, por los 8 meses que estuvo sin cobertura, su retina se inflamó y la pérdida de visión en su ojo derecho aumentó en un 80%.

Alegó que la accionada comenzó a obstaculizar el ejercicio de sus derechos como afiliado y discapacitado, en tanto lo sometió a esperas infrecuentes, le brindó información contradictoria o inconsistente, omitió remitirle la factura mensual, entre otras estrategias destinadas a concluir el contrato.

Narró que, a comienzos de 2010, la empresa imputó erróneamente los pagos que realizaba, por lo que en sus registros se asentaron algunos atribuidos dos veces a un mismo mes mientras otros figuraron como impagos, para forzar su morosidad y justificar su expulsión. Informó que, finalmente, el vínculo contractual se rompió, en octubre de ese año.

Refirió que, por tal motivo, inició un nuevo amparo (Expte. N° 22.621/10 caratulado "D. E., C. M. s/ amparo") donde se ordenó el restablecimiento de la cobertura.

Expuso que, no obstante, "Galeno Argentina SA" dificultó el acceso a la prestación, lo que le aparejó el agravamiento de la pérdida de su agudeza visual, conforme lo describió el doctor G. V. en su informe del 15 de junio de 2011.

A su vez, describió la patología que presenta —coriorretinopatía en perdigonada— y manifestó que, si bien no existe una cura para la enfermedad, los tratamientos permiten conservar la visión durante un mínimo de diez años y un máximo de veinte desde su detección temprana. Mencionó que su falta de medicación por lapsos prolongados —como el que sufrió durante los años 2006 y 2007— derivaron en un progreso precoz de la enfermedad que no resulta reversible.

Atribuyó la responsabilidad a "Galeno Argentina SA" y reclamó por pérdida de chance, daño moral, daño psicológico y su tratamiento.

Esta última se presentó, contestó la demanda y solicitó su rechazo. Expresó que nunca desconoció o retaceó la cobertura de las prestaciones médicas requeridas. Alegó que el actor no acompañó ningún comprobante que acredite la negativa que afirma y que su parte no negó la autorización de la medicación peticionada.

Adujo que la prescripta al señor D. E. tiene una cobertura del 40% según el contrato (Anexo I "Cobertura básica") en tanto no se encuentra incluida en el PMO, ello al margen de haberse ordenado cautelarmente en el proceso de amparo su cobertura total. Refirió que, desde la presunta prescripción del tratamiento —que el accionante sitúa en el mes de julio de 2007— hasta el inicio de la causa judicial, no existió negativa de cobertura, sino que no se enteró o, al hacerlo, ofreció el servicio solicitado dentro del circuito de normas jurídicas y contractuales que determinaban las obligaciones a las que debía ajustarse.

Mencionó que, luego del dictado de la medida, brindó la prestación prescripta.

Aseguró que no forzó la morosidad del legitimado activo, sino que este reconoció los incumplimientos que avalaban rescindir el contrato. Además, criticó la procedencia y cuantía de los rubros indemnizatorios.

Sustanciada la causa, se dictó pronunciamiento sobre el mérito (fs. 228/235).

III. La sentencia

El señor Juez de grado hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios incoada por el señor C. M. D. E. Condenó a "Galeno Argentina SA" a abonarle la suma de $800.000 con más sus intereses. Asimismo, difirió la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 228/235).

IV. Los agravios

El actor cuestiona por insuficientes los montos otorgados por pérdida de chance y daño moral.

Considera que no se ponderaron las pruebas producidas, ni la enorme gravedad del padecimiento causado por la omisión dolosa de la demandada.

Requiere se haga lugar al reclamo por daño psicológico y su tratamiento o, en su defecto, que se le atribuya la mitad de la incapacidad detectada.

Asimismo, solicita que los intereses se computen desde el 28 de febrero de 2007 a la tasa establecida en la doctrina plenaria ("Samudio de Martínez").

Por su parte, "Galeno Argentina SA" expone que el primer sentenciante efectuó una interpretación parcial e insuficiente de la pericia médica.

Asegura que la decisión contiene severas contradicciones que la descalifica como acto jurisdiccional válido.

Sostiene que no se encuentran verificados los extremos que justifiquen la procedencia del ítem pérdida de chance, en tanto la experta manifestó que la patología padecida por el accionante (enfermedad de Birdshot o coriorretinopatía en perdigonada) es crónica y progresiva, resultando su evolución en la ce-

guera a corto o largo plazo. Alega que ello implica que provocará su pérdida de la visión, con independencia de que sea tratada o no con medicamentos.

Aduce que no se demostró cuál es la esperanza o expectativa cuya pérdida configuraría.

Opina que no se encuentra acreditado ni se asevera indubitablemente en el informe que, de haberse continuado la administración del fármaco durante el período que el legitimado activo menciona, el resultado y/o evolución de su enfermedad hubiera podido ser distinto.

Advierte que la falta de rigor científico suficiente de la evidencia producida no avala la configuración del daño y la consecuente pérdida de chance y demás rubros indemnizatorios.

Critica la procedencia y el monto fijado por daño moral.

A su vez, debate la tasa de interés activa desde la sentencia hasta su efectivo pago, lo que demuestra un enriquecimiento sin causa a favor del accionante, como así también los intereses moratorios equivalentes a otro tanto de dicha tasa para el caso de cualquier demora en el pago de la condena en el plazo estipulado.

Además, se agravia de la fecha fijada para computarse los intereses y peticiona que corran desde que se le notificó del traslado de la demanda.

Por último, discute la imposición de costas. Las partes hacen reserva del caso federal.

V. Suficiencia del recurso

Habré de analizar, en primer término, la alegación vertida por el actor al contestar los agravios de la demandada, en cuanto a la solicitud de deserción por insuficiencia de ese embate (06/10/2020).

Conforme lo dispone el artículo citado del Cód. Proc. Civ. y Comercial, la impugnación debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se consideren equivocadas. Así, con una amplitud de criterio facilitadora de la vía revisora, se aprecia que el ataque cuestionado es hábil, respetando su desarrollo las consignas establecidas en esa norma del Código ritual, por lo que deviene admisible su tratamiento (art. 265, cit.).

VI. Ley aplicable

Al igual que lo decidido en primera instancia y que no fue debatido por las partes, la presente acción se analizará desde la perspectiva del Cód. Civil anterior, por ser la ley vigente al momento del hecho (arts. 3, Cód. Civil; 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Empero, aun cuando el alegado evento dañoso se consumó antes de su sanción, no así las consecuencias que de él derivan, las que deberán cuantificarse acorde la ley vigente al momento en que la sentencia fija su extensión o medida (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", segunda parte, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, p. 234).

VII. La existencia del daño

a) Son las normas generales sobre responsabilidad civil: 1) El incumplimiento objetivo, que consiste en la infracción al deber mediante la inobservancia de la palabra empeñada en un contrato o a través de la violación del deber general de no dañar; 2) El daño entendido como la lesión a un derecho subjetivo del incumplimiento jurídicamente atribuible; 3) La relación de causalidad suficiente entre el hecho y el detrimento, de tal manera que pueda predicarse que el hecho es causa (fuente) del mismo y; 4) Un factor de atribución, es decir, la razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto sindicado como deudor que podrá ser objetivo o subjetivo (conf. "Conclusiones V Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Rosario, 1971, citadas por Atilio Aníbal Alterini-Oscar José Ameal - Roberto M. López Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", p. 159, Buenos Aires, 2006).

En primer lugar, cabe referir que llega firme a esta instancia la necesidad del señor D. E. de recibir medicación por su patología visual. Asimismo, ha quedado acreditado que la empresa demandada cubrió esa medicación en forma completa —en el 100% de su valor— por la condena a hacerlo dispuesta en los amparos iniciados, lo que incidió en que hubiera un lapso de tiempo en que el actor no recibiera la atención correspondiente.

Sin embargo, la empresa demandada sostiene que no se encuentra configurado el daño reclamado debido a la falta de rigor científico suficiente de la prueba producida y, por consiguiente, critica la procedencia de los rubros indemnizatorios. Además, asevera que no está acreditado que, de haberse continuado la administración del fármaco durante el período que el actor menciona, el resultado y/o evolución de su enfermedad hubiera sido distinto.

A fin de determinar la existencia del perjuicio ocasionado por la falta de aprovisionamiento de la medicación, habrá de estarse a la prueba producida (arts. 377, 386, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

b) Primeramente, cabe referir que es un hecho no debatido que el señor D. E. presenta una patología oftalmológica denominada coriorretinopatia en perdigonada, diagnosticada en el año 2006 (conforme surge de los documentos acompañados en la copia certificada del expediente N° 20.171/2007 y del certificado de discapacidad de ese año obrante a fs. 8 de las presentes actuaciones).

La perito médica legista, doctora Mirta Cristina Quintieri, explicó que esta enfermedad "...fue descripta por primera vez en 1980 por Ryan y Maumenee como un proceso inflamatorio intraocular crónico caracterizado por lesiones despigmentadas dispersas por el fondo de ojo, vitritis leve y vasculitis. Ya destacaron entonces una fuerte asociación con el gen HLA-A29 y la presencia de cambios electrofisiológicos típicos. Se trata de una uveítis posterior crónica generalmente bilateral y asimétrica que debe su nombre a las lesiones hipopigmentadas en fondo de ojo, similares a los impactos de una escopeta. Es una enfermedad rara, infrecuente, crónica y bilateral." (fs. 203/206 vta., esp. fs. 203 vta.). Agregó que "No existen criterios bien establecidos de cuándo empezar a tratar a estos pacientes aunque parece claro que es necesario cuando la agudeza visual cae por debajo de 0,5. El objetivo terapéutico es controlar al máximo la actividad inflamatoria." (ídem., esp. fs. 204).

En cuanto al tratamiento, manifestó que "Los corticoides han sido durante años la primera línea de actuación ya sea orales, intravenosos o recientemente intravítreos. Para continuar con inmunosupresores tales como ciclosporina en principio asociada a esteroides. También azatioprina, micofenolatomofetil, ciclofosfamida, metrotexato. Por tanto, la instauración precoz de tratamiento inmunosupresor supone un beneficio a largo plazo para los pacientes con retinocoroidopatía en perdigonada." (ídem., esp. fs. 204).

Explicó que "La agudeza visual es la nitidez de la visión. Se mide por la capacidad para identificar letras o números en una tabla optométrica estandarizada desde una distancia de visualización específica." (ídem., esp. fs. 204 vta.).

Indicó que "...suele cuantificarse empleando el gráfico de Snellen, oftalmólogo holandés que creó este sistema de medición en 1862. Consiste en mostrar letras de tamaños progresivamente más pequeños. La tabla común de Snellen tiene 11 líneas de letras mayúsculas. La primera línea consiste en una letra grande como la "E", en las inferiores se reduce el tamaño y aumenta el número de letras. Cuanto más abajo se puede leer el gráfico más cerca de tener una visión 20/20. La octava fila es 20/20 de visión que se considera visión normal. La identificación por debajo de la octava línea determinará visiones de 20/15, 20/10. La primera línea, en la parte superior en la mayoría de las tablas optométricas corresponde a una agudeza visual de 20/200. Si este es el tamaño de letra más pequeño que la persona puede distinguir con los mejores lentes correctivos enfrente del ojo se considera que la persona está legalmente ciega." (ídem., esp. fs. 205 vta./205).

Sostuvo que "La evolución de la patología es la pérdida progresiva de la visión. Los tratamientos están indicados para detener en algunos casos o retardar la evolución." (ídem., esp. fs. 206, respuesta "3").

Por lo tanto, acorde se infiere de lo expuesto, al señor D. E. se le diagnosticó una enfermedad crónica consistente en la pérdida de la agudeza visual, con un tratamiento que permite controlar su avance, sin ser reparador. Por ende, el daño que se analiza en estos obrados no es la pérdida de la visión, lo cual lamentablemente es consecuencia de la propia dolencia, sino la alegada falta de cobertura de la medicación que le habría producido una pérdida de chance de prolongar una mejor visión o de dilatar el deterioro propio de la enfermedad.

c) Para definir la existencia del perjuicio y, en su caso, dimensionarlo, habrá que estar a las resultas de la evidencia producida. En la historia clínica del "Sanatorio Fleni" obra la atención brindada los días 18 y 19 de abril de 2006 por "dificultad en enfocar", lo que se anotó que sufría desde hacía seis meses (fs. 145/151).

Además, en la copia certificada de la causa N° 20.171/2007 —ofrecida por el accionante y a la que no se opuso la demandada (fs. 1 a 27, esp. fs. 24 vta. y 35 a 48)—, que corre por cuerda, obran certificados acompañados por el actor y emitidos por el doctor S., del 30 de junio de 2006, con diagnóstico de retinocoroidopatía en perdigonada (fs. 30, causa cit.) y por el doctor D., del 9 de septiembre de 2006, donde informa que el señor D. E. "...tiene una retinocoroidopatía de Birdshot y que debe realizar tratamiento con ciclosporina y corticoides, de lo contrario si no se le suministra tiene alto riesgo de perder la vista" (fs. 37, causa cit.).

Asimismo, conforme surge de la historia clínica del "Sanatorio San Carlos" de la ciudad de Bariloche —la que consta desde la atención del día 5 de abril de 2006—, el día 17 de octubre de 2006, el doctor M. B. refirió que el actor estaba realizando el tratamiento "...con corticoides, Sandimun+Keto por aparente enfermedad inmunológica ocular." (fs. 183/199, esp. fs. 196).

El 20 de abril de 2007, el mismo médico asentó que "Tiene intolerancia al metotrexate con síntomas de gastritis y reflujo, diarrea intermitente y elevación de

transaminasas valores estables de 70 y 150. Envío nota a su oftalmólogo para evaluar descenso en su dosis. Recibe 8mg diarios de deltisona y 15 mg semanales de metotrexate." (ídem., esp. fs. 195).

El 31 de octubre de 2007, el doctor oftalmólogo S. G. V. consignó "Control por birdshot a un año y medio de evolución. Uso ciclosporina, luego metotrexate y deltisona (arrancó con 30mg), suspendió tratamiento por su cuenta por los efectos adversos" (ídem., esp. fs. 195). El examen arrojó, conforme explica la perito médica en su informe, "AV (agudeza visual) 0,5 AO (ambos ojos) - 0,75 x 0 Ishihara negativo PVE (potenciales evocados) alteración prequismatica, BMC (biomicroscopia) bien, CV (campo visual) con disminución difusa de la sensibilidad y escotoma inferior relativo AO, Pio (presión intraocular) 15 AO" (fs. 203/206 vta.).

El 22 de noviembre de 2007 consta que iba a iniciar el tratamiento con ciclosporina y, el 11 de diciembre de ese año, que no lo comenzó por problemas con su cobertura. Se informó agudeza visual de 0,3 /0,4 (fs. 183/199, esp. fs. 195).

El 19 de febrero de 2008, la doctora S. P. S. —médica clínica— manifestó "Viene para control, actualmente con ciclosporina 200mg, no nota mejoría, trae laboratorio normal..." (ídem., esp. fs. 194).

El 20 de ese mes y año, el doctor G. V. constató que presentaba agudeza visual de 0,5 derecha y 0,8 izquierda (ídem., esp. fs. 194).

El 23 de abril de 2008, el señor D. E. asistió a la consulta para control y se asentó "agudeza visual sin cambios pero subjetivamente mejor la visión nocturna Iashi-hara 4 de 10... Buena evolución AO. Evaluar menos dosis ciclo" (ídem., esp. fs. 194) y, el 29 de agosto de ese año, "Mejoraron foco inflamatorio pero membrana epirretinal más importante en OD" (ídem., esp. fs. 193). Con fecha, 8 de octubre de 2008, se refirió que continua con ciclosporina 200mg/día (ídem., esp. fs. 193).

En el control del día 6 de noviembre de 2008, el doctor G. V. constató "...edema macular cistoideo y no cistoideo en OD principalmente y en menor medida OI en menor medida" (ídem., esp. fs. 193).

El 11 de junio de 2009, se asentó que el actor dejó el tratamiento por su cuenta y que la agudeza visual es de 0,3 derecha + 0,75 y 0,8 derecha —0,50 (ídem., esp. fs. 103).

El 20 de noviembre de 2009, consta AV 0,3d y 0,2i y no mejora. El 7 de diciembre de ese año, en el control se constató AV 0,3 +0,50 /0,7 -0,5 (ídem., esp. fs. 192).

El 1 de junio de 2010, la doctora P. asentó que "Inició nov 2009 ciclosporina, había abandonado por síntomas, actualmente con controles óptimos con 300mg/día..." (ídem., esp. fs. 191/192).

El 8 de diciembre de 2010, se mencionaron la presencia de quistes intrarretinales y corticoide (kenacort) intravitreo. Se asentó que la agudeza visual era de 0,1 +0,50 / 0,6-0,75 (ídem., esp. fs. 197).

El 1 de marzo de 2011, el doctor G. V. refirió que "Estuvo sin medicación desde diciembre por problemas de cobertura. AV CD a 1 mt 0,4 -0,75... Foco inflamatorio subrretinal importante. OCT peor grosor retinal comparado con previo" (ídem., esp. fs. 191).

El 6 de abril de 2011, la médica P. informó que la "retinopatia de birdshot de 4 años de evolución, toma irregular de ciclosporina por problemas de cobertura, desde hace 1 mes inició a dosis máxima 300mg/día..." (ídem., esp. fs. 191).

El 13 de mayo de 2011, el doctor G. V. no notó mejoría (ídem., esp. fs. 191).

El 21 de julio de 2011, se asentó "Av 0,1 / 0,5d s/ c, BMC bien Pio 15 y 14" (ídem., esp. fs. 190).

El 8 de septiembre de 2011, la doctora P. manifestó que "continua con ciclosporina 300mg/día, buena tolerancia, sin calambres con aporte de magnesio..." (ídem., esp. fs. 190).

En el control clínico del 14 de marzo de 2012, la profesional refirió que el señor D. E. efectuó un "control de su retinopatía con especialista en Buenos Aires, hace dos meses, inició tratamiento con corticoides, dosis altas 120, actualmente con 20mg, ciclosporina 300mg/día..." (ídem., esp. fs. 190).

El 6 de octubre 2014, se mencionó "sin control desde inicio de 2013, continúa tomando ciclosporina de acuerdo a disponibilidad 100mg/día, corticoterapia 4 a 40..." (ídem., esp. fs. 189).

El 15 de octubre de 2014, el doctor G. V. evaluó "... escaso líquido en AO, quistes intrarretinales no foveales, OD no hay capa de foto receptores foveales... AV 0,16 - 0,6d s/ C (no mejora c. c)" (ídem., esp. fs. 189).

El 23 marzo de 2016, la médica clínica refirió "... toma irregular de ciclosporina desde el 2009! Decidió suspender tratamiento hace 1 mes por intolerancia, de todas formas hay que evaluar tratamiento alternativo dado el alto riesgo de nefropatía crónica por cefalosporina si se continua" (ídem., esp. fs. 188).

El 23 de febrero de 2017, el doctor G. V. le realizó una inyección intraocular (ídem., esp. fs. 184/187).

También se cuenta con el aporte de este último médico tratante. El doctor G. V. declaró en las presentes actuaciones y refirió que atiende al señor D. E. desde el año 2007 y "...cuando lo vi por primera vez, él ya tenía un diagnóstico de la enfermedad inflamatoria acular que se da en los dos ojos que se llama cordiopatía de birdshot o perdigonada. La patología que él tiene, a través de los años, ha ido evolucionando y es un problema que habitualmente genera dificultades visuales importantes y, en el caso de él, no ha sido la excepción. El último control lo debo haber hecho hace unos 6 meses aproximadamente y en ese control su agudeza visual estaba muy deteriorada en ambos ojos, principalmente en el ojo derecho donde tiene visión de bultos solamente y 4 décimas de visión en el ojo izquierdo" (CD obrante a fs. 137, minutos 00:02:02 a 00:03:05). Manifestó que es una enfermedad sumamente infrecuente y que "...a lo largo del tiempo hubo diversos momentos en su tratamiento que constó de medicación oral, inyecciones intraoculares, estudios complementarios que fuimos realizando para monitorear y en ese devenir hubo mejoras y empeoramientos de su visión y su condición visual en la medida en que realizaba o no el tratamiento, llegando hasta el día de hoy con las consecuencias que les comenté que tenía" (ídem., minutos 00:03:30 a 00:04:51).

Expuso que "...había visto en la historia clínica que la primera vez que lo vi, en el 2007, ingresó con 6 décimas de visión en los dos ojos... En estos años de control que he tenido yo con él, hubo un deterioro importante" (ídem., minutos 00:06:36 a 00:06:59). Explicó que el tratamiento es principalmente con inmunosupresores y corticoides. Detalló que el actor usó inmunosupresores como ciclosporina en forma interrumpida o intermitente y corticoides orales al principio del tratamiento (ídem., minutos 00:07:10 a 00:08:20).

Señaló que "Lamentablemente esta enfermedad requiere el control y el monitoreo seguido, no hay un tratamiento con una eficacia comprobada al cien por cien. Los tratamientos se van definiendo de acuerdo a la respuesta y en forma artesanal para cada caso. Por eso se requiere un monitoreo seguido y fue la constante con el paciente tener intermitencias en el tratamiento. Manifestó en más de una oportunidad que no podía conseguir la medicación, me relataba algunos problemas de cobertura, la medicación es costosa. Entonces por momentos estaba sin cobertura y se tenía que atender en forma particular, lo cual le generaba también una dificultad. Hay en la historia clínica períodos de ausencia en cuanto a los controles y períodos donde se controlaba, pero no estaba tratado, no había podido seguir el tratamiento... También hubo en algún momento alguna dificultad en la tolerancia con el inmunosupresor... lamentablemente está descripto en la enfermedad la necesidad de tener un monitoreo y un seguimiento de la patología bastante estricto porque cuando uno le saca la pata de encima al sistema inmunológico, cuando uno deja de controlar esa respuesta inflamatoria puede haber períodos agudos... de mayor inflamación que generan la aparición de edema en la mácula, que a él le pasó. El edema en la mácula en la medida en que no se trata o no responde el tratamiento va dejando secuelas. Si bien después uno retoma el tratamiento, eso puede hacer mejorar un poco el edema macular, pero no se llega a la agudeza visual que tenía antes de tener esta complicación" (ídem., minutos 00:09:18 a 00:12:00).

Refirió que el señor D. E. le mencionó "...que tenía dificultades con la cobertura de los medicamentos, con afrontar el costo de los medicamentos, con la provisión de los medicamentos. Tuve que llenar varias veces planillas, informes, resúmenes de historia clínica para poder presentar en la obra social para tratar de lograr que se suministrara la medicación. Esto sucedió en reiteradas oportunidades. También hubo un momento donde él estaba con dificultades para tolerar la ciclosporina, que es una droga que tiene efectos secundarios..." (ídem., minutos 00:12:15 a 00:13:10).

Expresó que "Si bien es una patología crónica, la cardiopatía de birdshot, y que tiene, en general, genera un déficit visual habitualmente de magnitud... lo que sí se da es esto de si uno suspende el tratamiento... libera la respuesta inmunológica y genera más inflamación. A veces hay un efecto rebote inclusive de generar más inflamación de la que había previamente... La pérdida de continuidad del tratamiento generó esto que es el edema macular y un edema macular prolongado en el tiempo. Después, cuando recuperamos el tratamiento o los controles, se podía morigerar un poco el edema macular, pero hubo un déficit en la huella visual, sobre todo en el ojo derecho..." (ídem., minutos 00:14:00 a 00:15:26).

Respondió afirmativamente al consultársele si la discontinuidad del tratamiento tiene consecuencias en la salud psicofísica del actor. Agregó que "...lamentablemente el tema de suspender el tratamiento genera rebotes en la inflamación y esa inflamación genera consecuencias sobre el tejido que compone la retina y esas consecuencias van en detrimento de la visión. No quiere decir esto que si la persona está perfectamente tratada no tenga un deterioro, pero si es manifiesta la relación entre una suspensión abrupta del tratamiento y las consecuencias visuales. En parte cuando uno recupera, recompone un tratamiento inmunosupresor y antinflamatorio local, se puede recuperar un poco o completamente, en algún caso, la inflamación, pero va dejando un residuo de deterioro en la visión porque el tejido se va destruyendo. Si uno mantiene bien monitoreado y medicado al paciente, se puede minimizar esas consecuencias visuales y dependerá de la agresividad de la enfermedad el resul-

tado. Esto es muy variable, no puede decirse que una persona tratada queda perfecta y una persona no tratada queda mal, porque no es así. Sí hay una clara relación entre suspender el tratamiento abruptamente, dejarlo durante meses y después retomarlo, ya no se llega a las calidades de visión que había previamente a ese acontecimiento" (ídem., 00:17:10 a 00:18:57).

Por su parte, la perito médica expuso que, en este caso, "Del examen oftalmológico actualizado efectuado en el Servicio de Oftalmología del Sanatorio San Carlos por el Dr. S. G. V. agregado a fs. 167, surge una agudeza visual con corrección 20/200 en el ojo derecho y 20/70 en el izquierdo. De acuerdo a lo desarrollado precedentemente ello determina prácticamente ceguera en el ojo derecho y escasa visión en el ojo izquierdo." (fs. 203/206 vta., esp. fs. 205).

Además, indicó que "La disminución de la capacidad visual en esta enfermedad depende de la evolución en cada organismo y la respuesta a la medicación empleada. Consta en la Historia Clínica del actor que el tratamiento se interrumpió en varias oportunidades por distintos motivos, por intolerancia a los fármacos con reacciones colaterales adversas y por falta de cobertura. Todo tratamiento requiere fundamentalmente continuidad así que ambos factores pudieron haber modificado la evolución de la enfermedad y resultados del mismo." (ídem., esp. fs. 205 vta., respuesta "f").

Al consultársele si, en función de los antecedentes clínicos observados, la no interrupción del tratamiento medicamentoso habría determinado una mejor probabilidad de preservación de la agudeza o capacidad visual en el actor, respondió que probablemente (ídem., esp. fs. 205 vta., respuesta "f").

d) Por lo tanto, conforme surge del desarrollo de la historia clínica, del aporte de la perito y de la prueba testimonial, el tratamiento recibido por el señor D. E. sufrió interrupciones, tanto por su intolerancia a la medicación —por ejemplo, en abril del año 2007, cuando tomaba metotrexate—, por lo que se le suspendió en octubre de ese año, como, por otro lado, por los problemas con la cobertura de su empresa de medicina prepaga, lo que justificó interponer las dos acciones de amparo. En la descripción de la demanda, el actor solo atribuye el deterioro de su visión al alegado obrar de la empresa demandada (fs. 12/15), si bien de la prueba producida surgen los motivos que incidieron en las alternativas en el tratamiento.

Comienza la historia clínica con remisión a lo informado en el hospital "Fleni", donde se lo atendió el 18 y 19 de abril de 2006, pues hacía seis meses que tenía dificultad visual en enfocar. Como se destacó antes, recibió una serie de atenciones médicas, por distintos profesionales, cuando el 20 de abril de 2007 se informa intolerancia a la medicación al metotrexate con síntomas de gastritis y reflujo, diarrea intermitente y elevación de las transaminasas, por eso se lo derivó a consulta con el oftalmólogo para disminuir la dosis de la medicación (esp. fs. 204). Así, el médico G. V., el 31 de octubre de 2007, informó que el paciente había suspendido la medicación por su cuenta por los efectos adversos (esp. 204). Recién, el 22 de noviembre de ese año consta que iniciará el tratamiento con ciclosporina y el 11 de diciembre explicó que no lo puede iniciar por la falta de cobertura (fs. 204), si bien a los dos meses, la doctora P., el 19 de febrero de 2008, indicó que estaba recibiendo ciclosporina. Es en este tiempo que se inició el primero de los amparos que en copia se adjunta. Son los obrados "D. E. s/ amparo" (exp. 20.171/07), cuyo primer despacho, luego de interpuesta la demanda (fs. 51/54), fue de fecha 20 de diciembre de 2007 (fs. 55), pues no consta copia del cargo. En esas actuaciones, la letrada Lasmartres, indicando el carácter de gestor del actor, explicó que había presentado cuatro recetas a "Galeno" y que no había sido adquirida la medicación (fs. 75), a lo que se proveyó con fecha 15 de febrero (fs. 76) y se resolvió en fecha 4 de marzo de 2008, haciendo lugar al amparo contra la empresa de medicina prepaga (fs. 77/78). Posteriormente, la demandada se presentó acreditando el cumplimiento (fs. 92), lo que se despachó en fecha 25 de marzo de 2008 (fs. 93).

Es decir que, durante los meses de abril a octubre de 2007, se suspendió el tratamiento por el efecto adverso de los medicamentos, cuando el 22 de noviembre de ese año, se le cambió la medicación —por ciclosporina—. Recién el actor, el 11 de diciembre, refirió que no pudo comenzar a ingerirla por falta de cobertura, la cual se reestableció a partir del amparo que inició y donde la empresa acompañó las facturas del mes de febrero de 2008, dando cumplimiento a la medida judicial (fs. 90/92, copia certificada de la causa N° 20.171/07). Por ello, si bien el accionante en su demanda alega que la omisión de la accionada en cubrir el medicamento fue desde julio de 2007, de la historia clínica surge que recién aconteció en diciembre de ese año, lo que se subsanó por el proceso de amparo. En definitiva, el señor D. E. estuvo aproximadamente tres meses sin la medicación indicada, desde el mes noviembre cuando se le modificó la droga.

Posteriormente, en junio de 2009, consta en la evaluación oftalmológica que el actor interrumpió el tratamiento por su cuenta (fs. 204) y lo retomó en el mes de noviembre de ese año, lo que informa la doctora P. en la visita que el paciente le hizo en junio de 2010 (fs. 204).

Sin embargo, en diciembre de 2009, el accionante dejó de consumir la medicación debido a problemas

con la cobertura, lo que se condice con la presentación del segundo amparo, tendiente a que lo afilien nuevamente —en tanto la prepaga había rescindido el contrato por falta de pago de las cuotas— y cumplan con el aprovisionamiento de la medicación, lo que así se ordenó (fs. 64/65, copia certificada de la causa N° 22.621/2010). Por ello, retomó la toma en marzo de 2011 según surge de la historia clínica. Es decir que, desde diciembre de 2010 a marzo de 2011 —cuatro meses—, el actor no continuó su tratamiento por la falta de cobertura del fármaco.

Por último, el señor D. E. nuevamente suspendió su medicación, en febrero de 2016, por intolerancia y se desconoce cuándo la retomó, si bien, luego, el 23 de febrero de 2017, el doctor G. V. le realizó una inyección intraocular.

En suma, aun cuando tanto la perito como el testigo G. V. coinciden sobre la necesidad del tratamiento para minimizar las consecuencias visuales propias de la patología —no para recuperar la visión, pues ello no es posible por el tipo de enfermedad—, en este caso, se vio interrumpido en reiteradas ocasiones tanto por la falta de cobertura por parte de la demandada como por la intolerancia del actor al medicamento. Ello derivó en que la agudeza visual del señor D. E. fluctuara —conforme se observa en la historia clínica—, pues, como también describió el testigo, hubo mejoras y empeoramientos de la visión en la medida en que realizaba o no el tratamiento. Esto se debe a que, como explicaron los profesionales, la toma de la medicación disminuía la inflamación que provocaba la enfermedad. Ello ocasionó que sufriera un edema macular y que, finalmente, presente una agudeza visual del 20/200 en el ojo derecho y 20/70 en el izquierdo irrecuperable, según lo manifestado por el doctor G. V.

e) Por consiguiente, estimo acreditado que el paciente no contó con los medicamentos apropiados a su dolencia en tiempo oportuno, lo que incidió en postergar el fatal desenlace de la pérdida de la visión, por omisión de la empresa accionada en los lapsos de tiempo detallados —de noviembre de 2007 a febrero de 2008 (3 meses) y de diciembre de 2009 a marzo de 2010 (4 meses)—, como así también que el propio señor D. E. interrumpió la ingesta del medicamento por los efectos adversos que le provocaba. Este obrar interrumpe en forma parcial el nexo causal (arts. 3, 511, 512, 520 y conc., Cód. Civil; 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En consecuencia, postulo hacer lugar al recurso de la accionada y atribuirle el 50% de responsabilidad a "Galeno Argentina SA", por la interrupción del nexo causal por el obrar de la propia víctima (arts. 3, 511, 512, 520 y conc., Cód. Civil; 7, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 330, 356 inc. 1, 377, 386, 456, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VIII. La indemnización

a) Pérdida de chance

El juez *a quo* fijó la suma de $500.000 por este concepto.

El actor lo considera insuficiente y requiere se otorgue el solicitado en su demanda, pero a valores actuales, conforme lo planteó en el alegato ($12.000.000).

Por su parte, la demandada sostiene que no se encuentran verificados los extremos que justifiquen su procedencia, en tanto la experta médica manifestó que la patología padecida por el actor es una enfermedad crónica progresiva, resultando su evolución la ceguera a corto o largo plazo, lo que implica que perderá su visión, con independencia de ser tratada o no con medicamentos.

La expresión pérdida de una chance abarca a todos los casos en los cuales el sujeto afectado podía realizar un provecho, obtener una ganancia o beneficio o evitar una pérdida, lo que fue impedido por el hecho antijurídico de un tercero, generando de tal modo la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría o no producido, pero que, evidentemente, ha cercenado una expectativa, una probabilidad de una ventaja" (SCBA, C 117.926, sent. del 11/02/2015; C 101.593, sent. del 14/04/2010; Ac 91.262, sent. del 23/05/2007).

Conforme se detalló en el punto anterior, la perito médica y el testigo G. V. sostuvieron que el tratamiento puede retardar o, incluso en algunos supuestos, detener la evolución de la enfermedad.

Por ello, en este caso, procede su reparación en tanto, debido a la falta de cobertura en los períodos referidos previamente, se cercioró la posibilidad de evitar el deterioro de la agudeza visual.

En consecuencia, postulo confirmar la suma fijada por este concepto (arts. 3, 1068, Cód. Civil; 7, 1746, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 377, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Sin embargo, en tanto se propicia hacer lugar a la demanda en un 50%, esa suma debe prosperar por la de $250.000 (pesos doscientos cincuenta mil), con más los intereses, conforme se establece en el punto IX de este pronunciamiento.

b) Daño moral

El primer sentenciante estableció la suma de $300.000 por este ítem.

El accionante lo critica por escaso, mientras que la legitimada pasiva debate su procedencia y cuantía.

Como sostuvo esta Sala en varios precedentes, la indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre su rol es estrictamente resarcitorio, sino que puede ser satisfactoria, como ocurre en el daño moral.

Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros).

En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina, al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo daño provocado.

Debe decirse, asimismo, que si bien es cierto que el perjuicio moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa, por su índole espiritual y subjetiva.

En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria, como idóneo a fin de evidenciar el perjuicio de ese orden.

Los indicios o presunciones hominis surgen a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual).

Por lo tanto, es necesario probar indefectiblemente la existencia del evento que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que conforme el curso normal y ordinario permite en virtud de presunciones hóminis evidenciarlo.

A su vez, es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del detrimento, lo que permite deducir su envergadura (esta Sala K, causa N° 10.656/2013, sent. del 01/04/2019, entre otras).

Por consiguiente, en consideración a cómo ha incidido este suceso en el ánimo y tranquilidad espiritual del señor D. E., a que la vista es uno de los sentidos primordiales en la vida de cualquier persona y que la inquietud de no poder contar con los remedios necesarios para el tratamiento, repercute con una esencial inestabilidad, al igual que al tener aproximadamente 40 años de edad al tiempo de la primera interrupción de la cobertura (fs. 51 de la copia certificada del expediente N° 20171/2007), propongo al Acuerdo elevar la suma fijada a la de $400.000 (pesos cuatrocientos mil; arts. 3, 1078 Cód. Civil; 7, 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 377, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Empero, por el alcance de la condena, la suma por este concepto queda reducida a la de $200.000 (pesos doscientos mil), con más los intereses conforme se establece en el punto IX de este pronunciamiento.

c) Daño psicológico y su tratamiento

El juez *a quo* rechazó su procedencia, lo que cuestiona el actor en esta instancia.

La experta médica señaló que evaluó las repercusiones psicológicas, para lo que efectuó el examen de las funciones psíquicas del actor y halló distimia, por lo que solicitó un psicodiagnóstico para completar el estudio —realizado por la licenciada Liliana Bottazzi, quien empleó las técnicas detalladas en el informe— (fs. 203/106 vta., esp. fs. 205).

"En su síntesis diagnóstica expresa la profesional que el actor presenta gran facilidad para adaptarse a situaciones nuevas utilizando el mecanismo de la negación. No se detectan cambios de personalidad ni alteración en las funciones psíquicas objetivables pero si un sufrimiento emocional que sin llegar a ser patológico conlleva cierto desequilibrio evidenciado en un estado de ansiedad, angustia y depresión levemente elevado. Esta es una sintomatología a la enfermedad que padece. Requiere asistencia psicológica prolongada ya que ante el posible empeoramiento de la enfermedad la sintomatología psicológica podría también empeorar. Diagnostico según el DSM IV F34.1 Trastorno Distintico Leve" (ídem., esp. fs. 205).

La perito concluyó, a partir del informe elaborado por la profesional, que "Las funciones psíquicas están conservadas excepto el hallazgo de distimia" (ídem., esp. fs. 205 vta., respuesta "a") y que "Es indudable que no tener a disposición la medicación indispensable para un tratamiento agrega angustia a la desencadenada por la enfermedad misma" (ídem., esp. fs. 205 vta., respuesta "b"). En consecuencia, estimó la incapacidad entre el 8% y 15% (ídem., esp. fs. 206, respuesta "f"). Incluso, ilustra que requerirá tratamiento psicoterapéutico de apoyo permanente —en vistas a las características de la enfermedad—, a razón de una sesión semanal, a un costo promedio de $800 cada una. Informó que el valor sería de $38.400 por año (ídem., esp. fs. 206, respuestas "g" y "h").

Cabe aclarar que se infiere que el porcentaje es por la angustia adicional que le generó la imposibilidad de acceder a la medicación para el tratamiento de su

patología debido a la falta de cobertura —lo que habría evitado el agravamiento de su visión—, en tanto se colige que se expidió en el marco de la reparación pretendida en estas actuaciones. Por lo tanto, considero que existe vinculación entre el obrar de la prepaga que provocó una pérdida de chance y el presente perjuicio psicológico.

Por otro lado, si bien no se precisó si la minusvalía resulta de carácter permanente, en vista al tiempo transcurrido desde la ocurrencia del suceso hasta su revisión, cabe tener a la dolencia por crónica (arts. 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En consecuencia, teniendo en cuenta el detrimento psíquico del 11,5% —lo que resulta del promedio entre los porcentajes referidos por la perito—, de orden parcial y permanente, al igual que sus circunstancias particulares, como es el haber tenido aproximadamente 40 años de edad al momento de la primera interrupción de la cobertura (fs. 51 de la copia certificada del expediente N° 20.171/2007), postulo al Acuerdo hacer lugar al agravio del accionante y fijar la suma de $575.000 (pesos quinientos setenta y cinco mil) por daño psicológico (arts. 3, 1068, Cód. Civil; 7, 1746, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 377, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Asimismo, propicio otorgar el monto de $76.800 (pesos setenta y seis mil ochocientos) en concepto de tratamiento psicológico por el lapso que se estima de dos años. Ello pues, si bien la experta indicó el costo anual, sin precisar la cantidad de años y dijo que el tratamiento de apoyo debía ser permanente (fs. 203/206 vta., esp. fs. 206), se asentó en la evaluación psicodiagnóstica de la Licenciada Botazzi quien explicó que el apoyo debía ser prolongado, no permanente. Esta última detalló que el señor D. E. no tiene patología de base y que la angustia y la depresión, además de ser reactiva a la enfermedad que padece, también se origina en las limitaciones visuales y de estrés por el desamparo padecido por parte de Galeno (fs. 168/172). Es prudente aclarar que el tratamiento psicológico no implica superar la incapacidad informada, sino evitar su agravamiento.

En tanto se propicia hacer lugar a la demanda en un 50%, estas sumas deben prosperar por $287.500 (pesos doscientos ochenta y siete mil quinientos) y $38.400 respectivamente, con más los intereses, conforme se establece en el punto IX de este pronunciamiento.

IX. Intereses

La primer sentenciante aplicó la tasa de interés del 8% anual desde la fecha en que la empresa demandada recibió el certificado de discapacidad (28/02/2007) y hasta que quede firme la presente. A partir de allí y hasta el efectivo pago, deberá calcularse conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

El actor solicita que los intereses se computen desde el 28 de febrero de 2007 a la tasa establecida en la doctrina plenaria aludida ("Samudio de Martínez").

Por su parte, la demandada discute la tasa de interés activa establecida desde la fecha de la sentencia hasta su efectivo pago, lo que demuestra un enriquecimiento sin causa a favor del accionante, como así también los intereses moratorios equivalentes a otro tanto de dicha tasa para el caso de cualquier demora en el pago de la condena en el plazo estipulado. Además, se agravia de la fecha fijada para computarse y peticiona que corran desde la notificación del traslado de la demanda.

La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos Setenta SA sobre daños y perjuicios", dejó sin efecto la fijada en los plenarios "Vázquez, Claudia A. c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios" del 2 de agosto de 1993 y "Alaniz, Ramona E. y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios", del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo 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. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo).

Los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en este, por lo cual a partir de su ocurrencia nace la mora *ex lege* (conf. art. 1067 Cód. Civil).

Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora —en el caso, el hecho— que resulta computable.

Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación

y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación).

En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda.

Por otra parte, los antecedentes mencionados y la doctrina plenaria recaída en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta SA sobre daños y perjuicios", no permiten diferenciar con respecto a la valuación con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad.

Agregando que la salvedad que se hace al responder al interrogante referido a desde cuándo y hasta qué momento se fija la tasa moratoria que se formuló en el acuerdo del plenario predicho no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente.

Es por ello que, desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia queda determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Cód. Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento.

No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario referido de "Samudio", es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, la relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su 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, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado.

Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitorios exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el anterior art. 622 del Cód. Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Cód. Procesal.

Por las razones brindadas, propongo al acuerdo modificar la sentencia en crisis y fijar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. Plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios").

Por otra parte, el accionado solicita que deberán computarse los intereses desde la notificación del traslado de la demanda. Se anticipa que le asiste razón.

En estos obrados, referidos al reclamo de los daños y perjuicios, no se aprecia intimación previa, por lo que la constitución en mora para el cumplimiento de esta obligación, nace con la notificación de la demanda, es decir, el 14 de junio de 2017 (fs. 17 y vta.). La notificación de la demanda constituye interpelación idónea para constituir en mora (SCBA, Ac. 48.163, sent. del 10/08/1993) cuando no hay una interpelación anterior, como acontece en este caso.

X. Costas

Otra de las críticas esbozadas por la "Galeno Argentina SA" es la atribución de las costas.

Deviene la regla que esa imposición se asienta en la derrota sobre lo resuelto. Como dijo la Corte de la Nación "El art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota, de modo que quien pretenda exceptuarse de esa regla debe demostrar acabadamente las circunstancias que justificarían el apartamiento de ella." (CSJN, "Verón, Héctor O. c. Lacal, Alicia J. C. s/ nulidad de matrimonio", V. 98. L. RHE, sent. del 20/10/2015).

Por consiguiente, si bien este voto propone modificar lo decidido y atribuir un 50% de responsabilidad a la emplazada, ello no implica el rechazo de la pretensión, por lo que estimo que deben mantenerse las costas a cargo de la parte vencida (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

XI. Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mis colegas de Sala, propongo al acuerdo: 1) Modificar la sentencia de primera instancia en cuanto a la atribución de responsa-

bilidad por los daños y perjuicios reclamados por el señor C. M. D. E. c. la "Galeno Argentina SA", la que se dispone en el 50%, por la interrupción del nexo causal por el obrar de la propia víctima; 2) Confirmar la suma, a favor del señor D. E., por pérdida de chance, la que prosperará por la de $250.000, en virtud de la modificación de la responsabilidad que este voto postula; 3) Elevar la suma por daño moral a la de $400.000, por lo que prospera por la suma de $200.000, en virtud del alcance de la condena en el 50%; 4) Hacer lugar al daño psicológico por la suma de $575.000 y a su tratamiento por la de $76.800, por lo que se postula una reparación en las sumas de $287.500 y de $38.400, respectivamente, en virtud del porcentaje por el cual prospera la acción; 5) Fijar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. Plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios") desde la mora hasta el momento del efectivo pago; 6) Establecer la mora para el cómputo de los intereses, desde la notificación de la demanda, es decir, el 14 de junio de 2017; 7) Imponer las costas de ambas instancias a la parte accionada en su carácter de esencialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal); 8) Diferir la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad.

Los doctores *Ameal* y *Álvarez* por las consideraciones y razones aducidas por la doctora *Bermejo*, votan en igual sentido a la cuestión propuesta.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo trascripto precedentemente, el Tribunal por unanimidad decide: 1) Modificar la sentencia de primera instancia en cuanto a la atribución de responsabilidad por los daños y perjuicios reclamados por el señor C. M. D. E. c. "Galeno Argentina SA", la que se dispone en el 50%, por la interrupción del nexo causal por el obrar de la propia víctima; 2) Confirmar la suma, a favor del señor D. E., por pérdida de chance, la que prosperará por la de $250.000, en virtud de la modificación de la responsabilidad que este voto postula; 3) Elevar la suma por daño moral a la de $400.000, por lo que prospera por la suma de $200.000, en virtud del alcance de la condena en el 50%; 4) Hacer lugar al daño psicológico por la suma de $575.000 y a su tratamiento por la de $76.800, por lo que se postula una reparación en las sumas de $287.500 y de $38.400, respectivamente, en virtud del porcentaje por el cual prospera la acción; 5) Fijar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. Plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios") desde la mora hasta el momento del efectivo pago; 6) Establecer la mora para el cómputo de los intereses, desde la notificación de la demanda, es decir, el 14 de junio de 2017; 7) Imponer las costas de ambas instancias a la parte accionada en su carácter de esencialmente vencida (art. 68 del Cód. Procesal); 8) Diferir la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad. Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CSJN. La difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Notifíquese por Secretaría, cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas CSJN 15/2013 y 24/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *Silvia P. Bermejo.* — *Oscar J. Ameal.* — *Osvaldo O. Álvarez.*

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL. DEBER DE INFORMACIÓN

Responsabilidad de la concesionaria. Pago en moneda extranjera. Daño punitivo. Procedencia del daño moral.

1. — Se debe confirmar la sentencia que condenó a la demandada a restituir las sumas abonadas por el actor; daño moral y daño punitivo, en tanto la accionada no cumplió con la carga de solicitar la debida información a aquel, para recién en caso de contar con los antecedentes necesarios, celebrar la contratación; de manera que si el mismo no reunía las condiciones para acceder al crédito, la operación no se hubiese realizado, pero por el contrario, concretó la venta del vehículo soslayando detallar en el respectivo instrumento los datos relativos al crédito prendario, percibiendo –incluso- sumas dinerarias como parte de pago sin asegurarse que dicho crédito sería otorgado al comprador.

2. — La conducta reprochada a la demandada, torna injustificada la retención del 3% del valor del vehículo, ya que la causa de resolución, lejos está de ser imputable al comprador, sino todo lo contrario, la frustración de la contratación por no haber podido acceder aquel al crédito prendario, obedeció a la falta al deber de información que como proveedor, recaía en la concesionaria; conclusión que no alcanza a ser conmovida por las declaraciones testimoniales que el recurrente alega a su favor, pues ellas resultan refutadas con el simple cotejo del instrumento firmado por ambos contratantes

del que emerge con elocuencia la violación a la normativa especial que rige la materia.

3. — De la exégesis del art. 36 surge indubitable que la eficacia del contrato en que se prevea un crédito por un tercero, se encuentra supeditada a su otorgamiento, de manera que si el mismo no se concreta, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos este hubiere efectuado, y aplicado este criterio al caso puntual, cabe razonar que, si bien el contrato se concertó en pesos, la efectiva prestación -en parte- se cumplió en dólares estadounidenses, por lo que igual prestación (en idéntica moneda) debe ser restituida por el demandado, por actuación del precepto indicado.

4. — No puede prosperar el agravio referido al daño punitivo, pues el tribunal fundó debidamente el rubro, tomando en consideración la demora injustificada en devolver al actor las sumas recibidas, a las que –además- jamás debió acceder, de haber actuado de manera diligente; lo que dio lugar al inicio de las actuaciones judiciales; y que aun cuando posteriormente reintegró parte de las prestaciones percibidas, persistió en la postura de retener ilegítimamente un porcentaje del valor del bien objeto del contrato. Todo lo cual trasunta en motivos suficientes para considerar cumplidos los recaudos exigidos por el art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

5. — La queja enunciada en torno a la procedencia del daño moral tampoco debe ser admitida, ya que los argumentos erigidos pretendiendo revertir la solución adoptada, tanto en relación con la admisión de este rubro como a su cuantificación, resultan insuficientes y sobre todo dogmáticos, ya que no cuentan con el debido sustento jurídico que permita vislumbrar la arbitrariedad alegada, pues el juzgador brindó fundamentos suficientes, valorando la angustia y preocupación experimentada por el actor.

ST Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia, 12/02/2021. - Plaza, Miguel Ángel c. Fadua SA s/ recurso de inconstitucionalidad.

[Cita on line: AR/JUR/1042/2021]

COSTAS

Se imponen a la recurrente vencida.

Expediente: CF-15956-2019

Jujuy, febrero 12 de 2021.

La doctora *Altamirano* dijo:

La Sala Tercera de la Cámara en lo Civil y Comercial, mediante sentencia de fecha 7 de agosto de 2019, resolvió hacer lugar a la demanda promovida por el Dr. Ramiro San Juan, en representación de Miguel Ángel Plaza; en su mérito, declaró resuelto el contrato y condenó a Fadua SA a pagar la suma de $49.080 y US $2.000 —o su equivalente en moneda de curso legal conforme cotización a la fecha del pago— en concepto de reintegro de pagos percibidos; $21.730 por daño moral y $30.000 por daño punitivo; todo ello con más intereses. Impuso las costas a la demandada y difirió la regulación de honorarios profesionales.

Para así resolver señaló que, del instrumento obrante a fs. 46 del principal —que da cuenta de las condiciones de la contratación— surge que el precio de la unidad (vehículo marca Fiat modelo Fiorino) fue pactado en la suma de $370.755, habiendo abonado el actor, de contado, $99.535; y que el saldo de $261.100 sería financiado mediante un crédito prendario. Observó que al suscribirse el mismo, no se individualizó el acreedor, ni los datos de la financiación, pues el espacio establecido al efecto no fue completado.

Manifestó que los recibos obrantes a fs. 04/07 del ibídem, expresamente reconocidos por la accionada, acreditan el cumplimiento de la obligación asumida hasta ese entonces por el comprador, pues surge de ellos que el 09 de junio del 2018, abonó la suma de US$400 en concepto de anticipo; el 12 del mismo mes, US$1.600 y $5.825 por idéntico concepto; y que $43.255 fueron imputados a “gastos de flete y patentamiento”.

Afirmó que los informes emitidos por FCA Compañía Financiera y por el Banco HSBC (fs. 83/84, respectivamente) acreditan que con posterioridad a la celebración del contrato, la concesionaria solicitó financiación prendaria a favor del actor, la que resultó rechazada.

Enfatizó que no obra constancia que demuestre que el proveedor suministró al consumidor en la faz preliminar de la contratación, información cierta, clara y detallada sobre los requisitos que este debía reunir a fin de calificar para acceder al crédito prendario, lo que influyó en la frustración del contrato; y que los argumentos ensayados en el escrito de refutación, resultan estériles para tener por satisfecha aquella obligación legal.

Dijo que, la circunstancia que el solicitante no se encuentre inhibido, no garantiza el posterior otorga-

miento de un crédito, por lo que ello de ningún modo puede justificar la percepción de sumas dinerarias (por la demandada).

Concluyó que la conducta desplegada por la accionada, fue negligente y merece ser reprochada, pues debió solicitar al consumidor, de manera previa a la celebración del contrato de consumo, la documentación correspondiente a fin de gestionar oportunamente la aprobación del crédito, lo que hubiera permitido obtener en tiempo propio la información crediticia que a la postre resultó desfavorable, y en tal caso abstenerse de celebrar la contratación, so pena de no poder alegar con posterioridad la existencia de causa ajena que justifique la pretendida retención.

Juzgó que, como el crédito prendario con el que el actor convino financiar el saldo del precio de la unidad contratada, no fue otorgado por las entidades bancarias consultadas por la accionada, resulta legitimada su voluntad resolutoria, conforme Art. 36 de la ley 24.240 **(1)**, que prevé el derecho del consumidor de no permanecer ligado a un contrato sujeto a financiación, cuando esta finalmente no se concreta.

En consecuencia, tuvo por resuelta la operación y ordenó la recíproca restitución de las prestaciones que hubieren sido cumplidas, puntualizando que la actora nada debe devolver porque nada recibió, mientras que la demandada está obligada a restituir las sumas de dinero percibidas con motivo de la contratación —gastos, anticipos, etc.—, acreditadas con la documental obrante a fs. 04/07 del principal, reconocida expresamente por la contraria.

En cuanto al daño moral, mencionó que, aun cuando el derivado del incumplimiento de obligaciones contractuales no se presume, en el caso corresponde admitirlo, considerando que hubo incumplimiento del deber de atención, y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios; la pérdida de tiempo que importó para el actor las gestiones que debió enfrentar; y la injustificada y antijurídica resistencia a restituir el total de los pagos percibidos por el demandado. Estimó este rubro conforme las facultades del Art. 46 del Código Ritual.

Para la procedencia de la sanción punitiva, ponderó que la demandada demoró injustificadamente la devolución de las sumas recibidas, obligando al actor a promover el proceso judicial y que ilegítimamente pretendió —alegando causa ajena— efectuar retenciones indebidas sobre los importes mencionados.

Entendió reunidos los recaudos que el Art. 52 bis de la Ley 24.240: incumplimiento del proveedor, conducta reprochable, daño y pedido del damnificado; cuantificó el rubro de manera proporcional a la gravedad de la falta, daño provocado, enriquecimiento del incumplidor, su caudal económico y conforme al principio de equidad y facultades que dimanan del Art. 46 del Cód. Procesal Civil.

Disconforme con el pronunciamiento, el Dr. Claudio López Blumberg, actuando en representación de Fadua SA, interpone recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria (fs. 07/12 vta. de autos).

Se agravia porque la Cámara no consideró que el actor celebró libre y voluntariamente un contrato para la adquisición de un bien, en el que se estableció la retención del equivalente a un 3% del valor del vehículo, para el caso que la operación fuera resuelta por causa no imputable al concesionario, la cual —afirma— no constituye una estipulación leonina ni abusiva que autorice a ser desconocida.

Dice que se omitió ponderar que, desde que se inicia la venta, se reserva el vehículo específico para el cliente, quedando el mismo desafectado del stock del concesionario imposibilitando su potencial venta, con lo cual la anulación de la operación le ocasiona un perjuicio, porque inmoviliza un bien de cambio, lo que motiva dicho porcentaje de retención.

Entiende que no fue correctamente valorado el informe de fs. 83 del principal, del que surge que el crédito bancario fue otorgado y posteriormente reducido en su cuantía porque el cliente no acreditó los ingresos declarados. Resalta que la anulación de la operación se hizo a requerimiento unilateral del accionante, sin mediar incumplimiento de Fadua SA, lo que faculta a su parte a la retención del 3% pactado.

Afirma que las testimoniales producidas prueban que el cliente fue debidamente informado de la situación y que, incluso, propuso la alternativa de continuar la operación con la presentación de un garante, lo que si bien fue desconocido por aquel, se encuentra demostrado con el mencionado informe.

Para concluir en el punto, asevera que la condena a restituir lo abonado, resulta contraria a lo pactado, siendo inaplicables en la solución del litigio, las disposiciones del Art. 36 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Por otra parte, esgrime que la condena a devolver dólares estadounidenses al valor en moneda de curso legal al momento del pago de la sentencia, que resultaría diferente al libremente convenido al tiempo de su entrega, es infundada y contraria a lo acordado entre las partes, desconoce el reintegro efectuado en el expediente, voluntariamente aceptado por Plaza (cfr. constancias de fs. 55/56, subsiguientes y fs. 61

del principal) y vulnera lo dispuesto por el Art. 765 del Cód. Civ. y Comercial.

Manifiesta que el precio de la unidad no fue concertado en moneda extranjera sino en pesos, con lo cual, que el actor haya entregado dólares estadounidenses al momento de los pagos imputados a anticipos (fs. 05/06) no modifica las condiciones en cuanto al precio y moneda pactados.

Resalta que los dólares fueron convertidos a un valor de cambio libremente convenido entre las partes; que aquel no tenía obligación de pagar en moneda extranjera ni el demandado de recibirla; y que su aceptación fue para facilitar el pago, pero no porque así haya sido estipulado. Afirma que al resolverse el contrato, la devolución debe efectuarse en pesos, ya que el importe de capital en discusión corresponde al 3% que Fadua SA retuvo de acuerdo a lo consignado en el boleto, que en el caso concreto, asciende a $11.925.

Cuestiona la sentencia porque no hizo referencia al reintegro realizado por su parte por el importe de capital no cuestionado de $88.075, percibido por el actor de conformidad, en pesos; y porque omitió determinar cómo debe ser imputado ese pago: a pesos o dólares, lo cual debió ser establecido por haberse impuesto una condena en ambas monedas. Entiende que debe imputarse a la obligación que resulte más gravosa.

En relación a la condena por daño moral, entiende que resulta contradictoria, ya que sin que se acreditara el reclamo de dicho rubro y que el Tribunal dijera que este daño no se presume, otorga un resarcimiento sobre la base de argumentos dogmáticos, sin sustento probatorio.

Esgrime que, siendo que el capital cuyo reintegro se discute, asciende a $11.925 (cláusula del 3%), la fijación de este concepto en la suma de $20.000, resulta desmesurada, arbitraria e inconstitucional y genera un enriquecimiento sin causa a favor del accionante.

Solicita se disponga el rechazo de este rubro por falta de acreditación probatoria del daño; y para el caso de considerarse que corresponde ratificar su imposición, pide se morigere la cuantía.

Finalmente, se agravia por la condena a abonar daño punitivo como así también por su cuantía. Expresa que no se configuran los presupuestos fácticos imprescindibles para su imposición, cuya fundamentación resulta meramente dogmática. Dice que no se acreditó que su parte incurriera en un incumplimiento contractual al cual pueda imputársele el fracaso de la compraventa, siendo el actor el responsable de la frustración del otorgamiento del crédito, por no acreditar los ingresos declarados.

Brinda mayores argumentaciones jurídicas, a las que remito en honor a la brevedad y peticiona.

Corrido traslado de ley, compareció a contestarlo el Dr. Ramiro Ignacio San Juan, en nombre y representación de Miguel Ángel Plaza (fs. 25/33 de autos). Solicita el rechazo del recurso por los fundamentos que expone, a los que remito para ser breve.

Cumplidos los demás trámites procesales, el Sr. Fiscal General, Dr. Alejandro Ricardo Ficoseco, emitió dictamen (fs. 51/58 vta.) aconsejando rechazar el recurso de inconstitucionalidad, por lo que el mismo se encuentra en estado de resolver.

Abordando el análisis de la causa, y compartiendo la solución propuesta por el Sr. Fiscal General, me pronuncio en el sentido propiciado.

Para analizar el remedio articulado, en primer lugar cabe recordar que la excepcionalidad del recurso de inconstitucionalidad impone una aplicación de él en extremo restrictiva. Es así que este Superior Tribunal de Justicia viene sosteniendo que el vicio de la arbitrariedad, que alcance para descalificar el fallo, debe ser grave y tiene que probarse, y no cabe respecto de sentencias meramente erróneas o que contengan una equivocación cualquiera, si no padecen de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que lo descalifiquen como acto judicial (cfr. LA N° 38, F° 1390/1393, N° 534).

Esta circunstancia extraordinaria, no se configura en el caso bajo estudio, ya que los fundamentos que sostienen la solución adoptada, resultan seriamente fundados tanto en la prueba colectada, como en el derecho aplicable, sin que los agravios planteados permitan observar la absurdidad esgrimida, al no haber lesión a norma, derecho o garantía constitucional de ninguna índole.

El primer cuestionamiento se centra en rebatir la condena a la restitución recíproca de las prestaciones percibidas por cada parte, incluso del 3% del valor del vehículo, injustificadamente retenido por Fadua SA.

Aduce el recurrente que el actor celebró libremente la compraventa del vehículo y se sometió a la cláusula que contempla dicha retención, para el caso que la operación fuere resuelta por causa no imputable al concesionario. Sin embargo, no se hace cargo de la responsabilidad que le cabe en la frustración del contrato, al no haber brindado información cierta, clara y detallada, sobre los requisitos que aquel debía cum-

plir para acceder al crédito prendario solicitado por Fadua SA, a fin de cancelar la unidad.

Al respecto, estimo aplicable el criterio sostenido por calificada doctrina, al señalar: "El crédito al consumo, por su virtualidad de diferir en todo o en parte la contraprestación, actúa como mecanismo de persuasión, para inducir al consumidor a la demanda de bienes y servicios. De ese modo, presiona sobre la libre decisión del consumidor, y por ello el sistema de protección jurídica diseña instrumentos para balancear esa situación. Fundamentalmente se exige una rigurosa precisión a los empresarios, sobre las condiciones del crédito, su resultado económico concreto y los derechos y obligaciones emergentes de su utilización. El cabal conocimiento de las condiciones del crédito (plazos, cantidad de cuotas, precio final financiado, actualizaciones, intereses, recargos por gastos, sanciones por mora, etc.), es el elemento decisivo para garantizar su libre decisión (si contratar o no, elección de la contraparte y adhesión al contenido de la operación). Cuando ello no ocurre, la venta a crédito puede ser considerada como una técnica peligrosa para el consumidor ya que incita a comprar con una supuesta finalidad, bienes que luego no siempre se logra terminar de pagar. (...) la acentuación del deber de información al consumidor, cuando se trata de operaciones de crédito, es la primera de las medidas de protección jurídica" **(2)**.

Aplicados estos conceptos al supuesto bajo estudio, cabe observar que, no obstante encontrarse bajo los deberes impuestos por el régimen de protección al consumidor, la accionada no cumplió con la carga de solicitar la debida información a aquel, para recién en caso de contar con los antecedentes necesarios, celebrar la contratación; de manera que si el mismo no reunía las condiciones para acceder al crédito, la operación no se hubiese realizado, evitando las posteriores consecuencias disvaliosas que aquí se examinan.

Por el contrario, concretó la venta soslayando detallar en el respectivo instrumento (cfr. copia obra a fs. 46 del principal) los datos relativos al crédito prendario, percibiendo —incluso— sumas dinerarias como parte de pago (cfr. recibos de fs. 04/07 del ibídem) sin asegurarse que dicho crédito sería otorgado al comprador.

Ello revela una conducta reprochable, que torna injustificada la retención del 3% del valor del vehículo, ya que la causa de resolución, lejos está de ser imputable al comprador, sino todo lo contrario, la frustración de la contratación por no haber podido acceder aquel al crédito prendario, obedeció a la falta al deber de información que como proveedor, recaía en la concesionaria; conclusión que no alcanza a ser conmovida por las declaraciones testimoniales que el recurrente alega a su favor, pues ellas resultan refutadas con el simple cotejo del instrumento firmado por ambos contratantes (fs. 46) del que emerge con elocuencia la violación a la normativa especial que rige la materia.

En virtud de ello, considero ajustada a derecho la aplicación del Art. 36 de la Ley del Consumidor, en función del cual, deviene justificada la resolución del contrato por el consumidor, sin lugar a retención por Fadua SA, debiendo restituirse recíprocamente las partes, las prestaciones que efectivamente percibieron, conforme lo manda la citada normativa.

Ahora bien, en relación a este aspecto, el recurrente se agravia porque se lo condena a restituir la suma de U$S2.000, o su equivalente en moneda de curso legal conforme la cotización a la fecha del pago, esgrimiendo que como el negocio fue pactado en "pesos ", la devolución de los montos debe hacerse en igual moneda.

Al respecto, considero que no le asiste razón.

De la exégesis del citado Art. 36 surge indubitable que la eficacia del contrato en que se prevea un crédito por un tercero, se encuentra supeditada a su otorgamiento, de manera que si el mismo no se concreta, "la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos este hubiere efectuado".

Aplicado este criterio al caso puntual, cabe razonar que, si bien el contrato se concertó en pesos, la efectiva prestación —en parte— se cumplió en dólares estadounidenses, por lo que igual prestación (en idéntica moneda) debe ser restituida por el demandado, por actuación del precepto arriba indicado. Ello torna aplicable el régimen contemplado por el Cód. Civ. y Comercial en relación a las sumas de dar dinero, que en el Art. 765 establece que "Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal".

Es decir, —conforme doctrina— que "La obligación que tiene por objeto una prestación en moneda extranjera presenta el problema del pago. Conforme con el régimen del Código, la regla es que el deudor tiene la opción de liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal" **(3)**.

Por lo tanto, la accionada debe devolver las sumas abonadas por el consumidor, en la moneda entregada, es decir $49.080, y U$S2.000, o su equivalente en

moneda de curso legal conforme cotización a la fecha del pago; debiéndose detraer al practicar la correspondiente planilla de liquidación, las sumas ya percibidas por el actor en la causa principal.

De acuerdo a ello, el agravio debe rechazarse.

Ahora bien, en relación al cuestionamiento de la condena a abonar daño punitivo y daño moral, considero que no le asiste razón al recurrente.

A fin de meritar la procedencia de la multa prevista en el Art. 52 bis de la Ley N° 24.240, cabe recordar —en primer lugar— "...que 'no cualquier incumplimiento acarrearía la aplicación de la multa a solicitud del consumidor, sino que debe tenerse en cuenta la gravedad, la reiteración, la indiferencia, el menosprecio hacia el consumidor, el desdén, la indiferencia o la eventualidad de que la conducta se repita' (Tinti y Roitman, 'Daño Punitivo' en 'Eficacia de los derechos de los consumidores', Revista de Derecho Privado y Comunitario, p. 217, Rubinzal-Culzoni, 2012)" (LA N° 1, F° 558/563, N° 156).

Partiendo de esa concepción, considero que al imponer la sanción punitiva, el juzgador apreció correctamente los aspectos señalados en la sentencia, como motivantes de la decisión asumida, ya que implican una conducta disvaliosa que merece ser sancionada.

En efecto, el Tribunal fundó debidamente el rubro analizado, tomando en consideración la demora injustificada en devolver al actor las sumas recibidas, a las que —además— jamás debió acceder, de haber actuado de manera diligente; que con ello, dio lugar al inicio de las actuaciones judiciales; y que aun cuando posteriormente reintegró parte de las prestaciones percibidas, persistió en la postura de retener ilegítimamente un porcentaje del valor del bien objeto del contrato. Todo lo cual trasunta en motivos suficientes para considerar cumplidos los recaudos exigidos por el Art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

Ciertamente, las circunstancias observadas en el desarrollo de la relación de consumo, demuestran la conducta desaprensiva y reprochable de la demandada, lesiva de los deberes de atención, y trato digno y equitativo al consumidor, aprovechando su superioridad respecto de la parte más débil; lo que brinda un acabado fundamento a la procedencia del daño punitivo y su cuantificación.

En efecto, el monto establecido por el Tribunal, se encuentra dentro de los márgenes de discrecionalidad que la ley otorga a los jueces para justipreciarlo (Art. 46 del Cód. Proc. Civil y 52 bis citado). El mismo resulta equitativo y cumple con la función preventiva y disuasiva de futuras conductas disvaliosas similares. Con lo cual, también el agravio sostenido en este punto debe ser rechazado.

Finalmente, la queja enunciada en torno a la procedencia del daño moral, tampoco debe ser admitida, ya que los argumentos erigidos pretendiendo revertir la solución adoptada, tanto en relación a la admisión de este rubro como a su cuantificación, resultan insuficientes y sobre todo dogmáticos, ya que no cuentan con el debido sustento jurídico que permita vislumbrar la arbitrariedad alegada, por lo que también me pronuncio por el rechazo del agravio.

Al respecto, el juzgador brindó fundamentos suficientes, valorando la angustia y preocupación experimentada por la parte actora, que excedió el concepto de mera molestia o incomodidad, el tiempo insumido en gestiones con resultado negativo, y la privación de la restitución de las prestaciones que le correspondían recuperar; lo que la llevó a estimular la vía del reclamo judicial en búsqueda de su justa reparación, ocasionándole impotencia, pérdida de tiempo, y desazón, que permiten inferir la configuración del agravio moral, por la afectación a los sentimientos que implica.

Dadas las circunstancias valoradas, y procediendo en el marco de lo dispuesto por el Art. 46 del Cód. Proc. Civil, estimo que el Tribunal sentenciante actuó en ejercicio de las facultades jurisdiccionales y de discrecionalidad que le asisten, justipreciando de manera adecuada el presente rubro, con lo cual el agravio en el punto debe ser rechazado.

En virtud de todo lo expuesto, considero que la sentencia en crisis no evidencia vicios que la invaliden, sino que, por el contrario, constituye una derivación razonada del derecho vigente, conforme a las constancias de la causa, por lo que la misma debe ser confirmada.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Dr. Claudio López Blumberg, en representación de Fadua SA.

Las costas se imponen a la recurrente vencida, conforme principio objetivo de la derrota, contenido en el Art. 102 del Cód. Proc. Civil.

En cuanto a honorarios profesionales, corresponde diferir su regulación hasta que se haga lo propio en la instancia precedente.

Los doctores *Del Campo* y *Jenefes*, adhieren al voto que antecede.

Por ello, la Sala I, Civil y Comercial y de Familia, del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, resuelve: 1°) Rechazar el recurso de inconstitucionali-

dad deducido por el Dr. Claudio López Blumberg, en representación de Fadua SA. 2°) Imponer las costas a la recurrente vencida. 3°) Diferir la regulación de honorarios. 4°) Registrar, agregar copia en autos y notificar por cédula. — *Beatriz E. Altamirano. — José M. del Campo. — Sergio M. Jenefes.*

(1) En cuanto establece que "...La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso restituírseles las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos este hubiere efectuado...".

(2) Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos, "Tratado de derecho del consumidor", Primera Edición, T. II, Contratos de consumo crédito y sobreendeudamiento, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, LA LEY, 2015, ps. 13/14.

(3) Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", T. V, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p.125.

LIBERTAD DE PRENSA. DERECHO A LA INTIMIDAD

Difusión no autorizada de cuestiones familiares. Intromisión en la intimidad y vida privada. Abuso del derecho de libertad de prensa. Procedencia de la demanda de daños.

1. — Corresponde confirmar la sentencia que condena a los periodistas demandados a resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la accionante, toda vez que se encuentra acreditada la intromisión en su intimidad y vida privada y de su familia directa, al difundir públicamente una situación que sin duda la afligía, no destinada a su publicación.

2. — No pueden los accionados fundar la intromisión en la vida privada de la actora con el argumento de que la madre de aquella fue quien difundió aspectos de su vida. Pues lo que importa es si la menor quiso difundirla, y ninguna prueba se produjo al respecto. Además, la conducta de la madre no releva de responsabilidad a los demandados.

3. — No cabe presumir que la actora tuviera interés en divulgar tales cuestiones familiares. La difusión no autorizada importó un abuso del derecho de libertad de prensa, una intromisión indebida en la vida privada con aptitud para perturbar su intimidad, difundiendo hechos propios de la esfera de los derechos personalísimos con el único fin de obtener un lucro. Esta es la conclusión que viene como derivación lógica de la interpretación del art. 19, Constitución Nacional, art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y del art. 52, Cód. Civ. y Com.

4. — Los demandados pudieron haber publicado la noticia sin colocar el nombre de la actora, bastaba incluso con iniciales; sin embargo, allí apareció su nombre de manera tal que permita identificarla. Es cierto que su nombre es común, en el sentido de que muchas personas se llaman de la misma forma, según informó el Renaper, pero ello no significa que la actora no vea menoscabada su dignidad. En el mejor de los casos, ello podría incidir en la cuantía de la indemnización.

5. — El solo hecho de que en su círculo social se conozca que la actora sufrió abusos por parte de su madre es bastante para encontrarse afectada socialmente. Esto es así ya sea desde el punto de vista subjetivo, esto es, el aprecio de la propia dignidad, la autovaloración que cada uno tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético-social, como desde un enfoque objetivo, consistente en la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto.

CNCiv., sala H, 14/04/2021. - L., M. del P. c. Producciones Publiexpress SA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/7830/2021]

COSTAS

Se imponen a los apelantes.

Expte. N° 84.591/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 14 de 2021.

El doctor *Kiper* dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia, que hizo lugar a la demanda por la cual la actora reclamó una indemnización de los daños y perjuicios que le provocó una publicación efectuada por los demandados, que a su entender violaba su derecho a la intimidad, expresan agravios los vencidos, cuyo traslado fue respondido.

La codemandada Publiexpress expresa agravios, a los que adhieren los restantes demandados. Sostiene que la revista no publicó detalles íntimos de la actora, que el daño se lo causó su propia madre, quien la expone en las redes sociales, de modo que el hecho ya era público. Agrega que se omitió valorar el informe del RENAPER, del que surge que muchas mujeres llevan el mismo nombre de la actora. Luego expresa que la prueba rendida, no acredita el daño moral invocado. Cita doctrina y jurisprudencia sobre la responsabilidad de los medios de prensa. En cuanto al monto, señala que la sentencia otorgó una suma mayor a la reclamada. También cuestiona que se haya aplicado la tasa activa. Por último, se agravia de las regulaciones de honorarios, pero esta cuestión fue declarada extemporánea por este Tribunal.

No se controvierte en esta instancia que el día 7 de junio de 2017, la revista dirigida y editada por dos de los demandados en autos, Cerolini y Producciones Publiexpress SA, respectivamente, publicó en el número 1088 un artículo titulado "El drama de los papás a los que no les dejan ver a sus hijos". Se trata de una nota que ocupó seis páginas del semanario, acompañada de fotografías de los autores de los testimonios recogidos. Su autoría corresponde al restante codemandado, de apellido Caruso.

Tampoco está discutido que en dicha nota se entrevistó, entre otras personas, a la Sra. M. E. B., madre de la actora, quien expresó sus sentimientos de frustración ante la imposibilidad de ver y tomar contacto con su hija, mencionándola por su nombre, el cual fue publicado en toda su extensión y de manera destacada del resto del texto, dentro del contenido de la entrevista. La madre no puede tener contacto con su hija dado que —de acuerdo a otras causas judiciales— abusó de ella en su infancia.

Tampoco se discute que, a la fecha de salida al mercado de ese número del semanario, la actora había recién cumplido 16 años de edad (el 22 de mayo anterior, de acuerdo a la partida de nacimiento agregada a fs. 3).

En suma, se debe resolver si, en ejercicio de su libertad de prensa e información, actuaron los demandados de manera lícita, o si traspusieron el límite, máxime al revelar detalles de la vida privada de una menor de edad.

Considero que corresponde confirmar la sentencia de grado que condena a los periodistas demandados a resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la accionante, toda vez que se encuentra acreditada la intromisión en su intimidad y vida privada y de su familia directa, al difundir públicamente una situación que sin duda la afligía no destinada a su publicación.

No pueden los accionados fundar su intromisión con el argumento de que la madre de la actora quien difundió aspectos de su vida. Pues lo que importa es si la menor quiso difundirla, y ninguna prueba se produjo al respecto. Además, la conducta de la madre, no releva de responsabilidad a los demandados.

No cabe presumir que tuviera interés en divulgar tales cuestiones familiares. La difusión no autorizada importó un abuso del derecho de libertad de prensa, una intromisión indebida en la vida privada de la citada, con aptitud para perturbar su intimidad, difundiendo hechos propios de la esfera de los derechos personalísimos con el único fin de obtener un lucro. Esta es la conclusión que viene como derivación lógica de la interpretación del art. 19, Constitución Nacional, art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y del art. 52, Cód. Civ. y Comercial.

Los demandados pudieron haber publicado la noticia sin colocar el nombre de la actora, bastaba incluso con iniciales; sin embargo, allí apareció su nombre de manera tal que permita identificarla. Es cierto que su nombre es común, en el sentido de que muchas personas se llaman de la misma forma, según informó el Renaper, pero ello no significa que la actora no vea menoscabada su dignidad. En el mejor de los casos, ello podría incidir en la cuantía de la indemnización.

El solo hecho de que en su círculo social se conozca que la actora sufrió abusos por parte de su madre, es bastante para encontrarse afectada socialmente. Esto es así ya sea desde el punto de vista subjetivo, esto es, el aprecio de la propia dignidad, la autovaloración que cada uno tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético - social (conf. Soler, S., "Derecho Penal argentino. Parte especial", III, ps. 184/5), como desde un enfoque objetivo, consistente en la valoración que otros hacen de la personalidad ético - social de un sujeto (Soler, ob. cit., p. 186).

Como señala Orgaz, el ser humano requiere para el desenvolvimiento de su vida personal, en su dimensión espiritual, de un ambiente de respeto por el honor, de dignidad, que si es menoscabado hace nacer el derecho y la acción para restituir ese respeto ("Personas individuales", p. 277; Llambías, J. J., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", I, p.283). Además, hay que tener presente que el concepto del honor no depende tan solo de la opinión ajena, sino también de la autoestima (v. Cifuentes, S., "Derechos personalísimos", p. 281; De Cupis, A., "I diritti della personalitá", Milano, 1959, p. 93, cit. por Pizarro, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", p. 195). Nadie pone en duda la importancia fundamental que la libertad de prensa posee para nuestro sistema democrático, razón por la cual su reconocimiento es uno de los que cuenta con mayor entidad y con la

máxima tutela jurisdiccional (Fallos: 315:1943), pero el hecho de ocupar un lugar preferente en el rango constitucional no significa que el periodismo sea ajeno al deber de reparar, en ciertas ocasiones, los daños causados, pues como surge de la jurisprudencia y de la opinión de la mayoría de los autores, dicha libertad no significa impunidad (Fallos: 269:189; 306:1892; 310:508).

Como los demás derechos, no es absoluto (Fallos: 257:275; 258:267; 262:205), pues todos deben actuarse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (Fallos: 255:293; 262:302; 263:460). Sostuvo la Corte Suprema en el caso "Campillay c. La Razón", el 15/05/1986, que "la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los cuales se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas —arts. 14 y 33 CN—" (Fallos: 308:789).

En lo que aquí interesa, en materia de responsabilidad civil, se configura un daño cuando se produce un menoscabo o un agravio a un derecho subjetivo o a un interés que pueda ser objeto de tutela, que debe ser indemnizado de acuerdo a los principios generales. La ilicitud resulta de la contrariedad del acto con el derecho objetivo considerado en su totalidad (Orgaz, A., "La ilicitud", ps. 17/8; Pizarro, R.D., "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", ps. 143 y ss.). En forma expresa, el art. 13.2 del Pacto de San José de Costa Rica —que ostenta jerarquía constitucional— establece que el ejercicio del derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa puede estar sujeto a responsabilidades posteriores.

Por último, quiero recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos otorga una protección especial, con relación a la prensa, cuando se trata de adolescentes (art. 13, incs. 2 y 4).

No considero necesario expedirme sobre la invocada teoría de la real malicia ya que, como he señalado en otros casos, la actora no es un personaje público.

Por lo expuesto, considero que debe confirmarse la atribución de responsabilidad establecida en el fallo apelado.

En cuanto al monto del daño moral, alegan los apelantes que se ha fijado una suma mayor a la reclamada en la demanda, lo que viola el principio de congruencia.

No comparto este razonamiento. Dicho monto fue estimado al iniciarse el litigio, a fines del año 2017, y han transcurrido algunos años. La sentencia debe evaluar el daño en la fecha más próxima a su dictado.

Por lo demás, como se ha repetido en numerosas oportunidades, no hay forma de calcular con exactitud la suma en que debe estimarse la indemnización del daño moral, ya que aquí no asume un rol de equivalencia como ocurre con el daño patrimonial, sino que procura brindar una satisfacción al damnificado sin borrar el perjuicio. Al ser así, considero que la cantidad fijada en el fallo apelado es razonable y que, por ende, los agravios de los demandantes tampoco pueden prosperar.

Por último, se quejan los demandados de que se haya aplicado la tasa activa de interés.

Pues bien, esta Sala ya tiene postura tomada sobre el tema, que ahora recordaré.

Esta Sala acepta la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho por aplicación de la jurisprudencia plenaria obligatoria. No obstante, el asunto merece algunas reflexiones adicionales.

Dispone el art. 768 del Cód. Civ. y Comercial que: "Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central".

En el caso, como sucede en todas las demandas de daños y perjuicios, no hay una tasa acordada entre víctima y responsable, y tampoco una establecida por leyes especiales. Por ende, solo resta acudir a tasas fijadas en alguna reglamentación del Banco Central.

Por otro lado, el art. 771 prevé que el juez debe valorar "el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación". Esto significa, en lo que aquí interesa, que desde el día del hecho el acreedor (víctima) se ha visto privado del capital al que tiene derecho, y que entonces se debe evaluar cuánto le hubiera costado el dinero si lo hubiera buscado en el mercado. Pero, además, la tasa debe ser importante, para evitar la indeseable consecuencia de que el deudor moroso especule o se vea beneficiado por la demora del litigio, en desmedro de la víctima.

Es sabido que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obliga-

ción asumida en origen. La jurisprudencia ha resaltado el contenido disvalioso del incumplimiento y la necesidad de desalentarlo, conceptos que conviene recordar y tener presentes (véanse consideraciones de la mayoría en el caso "Samudio"). El orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley y así lo ratifican las normas del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Cuando se asigna a las deudas en mora una tasa menor a la que abonan —con arreglo a la ley, los reglamentos en vigencia y los pactos válidos— las personas que cumplen sus obligaciones con regularidad, se desplazan las consecuencias ya apuntadas de la morosidad hacia la sociedad y, en paralelo, se beneficia a los incumplidores. Lo dicho no obsta en absoluto a la garantía de los derechos del deudor, en particular cuando, en su calidad de consumidor, se haya visto sometido a abusos que las normas protectoras imponen reparar. Son cuestiones distintas que pueden tratarse de manera independiente (Drucaroff Aguiar, Alejandro, "Los intereses en los contratos bancarios y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC 2015 —agosto—, 162).

Sentado ello, esta Sala viene advirtiendo que la tasa activa que aplicaba este tribunal no compensaba al acreedor, para quien el costo del dinero es mucho más alto.

Parece entonces que una tasa adecuada para estos casos es la que surja de aplicar dos veces la tasa activa, pues su resultado refleja el costo del dinero en el mercado para muchos usuarios.

Claro que, al ser los demandados los únicos apelantes, no puedo colocarlos en peor situación. Entonces, corresponde confirmar lo resuelto.

Por todo lo expuesto, voto para que se confirme la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios; con costas de esta instancia a los apelantes.

Los doctores *Fajre* y *Abreut de Begher*, por las consideraciones expuestas por el doctor *Kiper*, adhieren al voto que antecede.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el acuerdo transcripto precedentemente por unanimidad de votos, el Tribunal decide: I. Confirmar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravios; con costas de esta instancia a los apelantes. II. A fin de entender respecto de las apelaciones deducidas contra los honorarios regulados en la sentencia del 24/09/2020 que en este acto se confirma, cabe mencionar en primer término que, en virtud de la regla *iura novit curia*, corresponde al juzgador aplicar el derecho que habrá de regir la relación jurídica sustancial independientemente de aquella invocada o consentida por las partes. Se trata no solo de una facultad, sino del deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Por ende, y a tenor del criterio que mantiene esta Sala, los recursos de apelación se resolverán por aplicación de la ley vigente al comienzo de cada etapa en que se prestó el servicio profesional cuya retribución es motivo de apelación que, en el caso, resulta ser la ley 21.839 —con las modificaciones de la Ley 24.432— para la primera etapa, y la ley 27.423 para las restantes (CSJN, 04/09/2018, "Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", cons. 3°; íd. Esta Sala, 27/09/2018, "Pugliese, Paola D. c. Chouri, Liliana B. y otro s/ daños y perjuicios"). Por lo demás, este Tribunal ya consideraba que la base regulatoria que contempla el art. 19 de la ley 21.839 se encontraba conformada por el capital de condena y los intereses reclamados y reconocidos en la sentencia (autos "Prevención Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA c. Medina, Juan J. y otros s/ cobro de sumas de dinero" del 27/09/2011), postura que encuentra su correlato de manera expresa en la nueva ley (art. 24). También resultan similares ambas normas en la división en etapas del proceso ordinario (arts. 37 y 38 de la ley derogada, art. 29 de la vigente), al igual que las pautas subjetivas a fin de evaluar la tarea profesional en cada caso particular con la finalidad de lograr una justa retribución de la labor efectivamente desplegada por los letrados (y los auxiliares de justicia que son incluidos en la nueva norma) (art. 6 de la ley 21.839 —t.o. ley 24.432— y art. 16 incs. b a g) de la ley 27.423). En relación a lo peticionado por la demandada en la fundamentación de su recurso del día 29/09/2020, corresponde señalar en primer lugar que el art. 16 de la ley 27.423 consagra el carácter de orden público para los mínimos arancelarios establecidos en la ley, norma esta cuya constitucionalidad no fue atacada en legal tiempo y forma por el interesado (cfr. esta Sala, "Gómez, Humberto y otro c. Olazábal, Alfredo E. y otro s/ daños y perjuicios", Expte. N° 128.193/1998) y que, en principio, no puede ser dejada de lado, sin argumento válido —de carácter excepcional— y debidamente fundado, lo cual en el caso no acontece. Por otra parte, solicitó el recurrente que se morigeren los honorarios en virtud de lo establecido por el art. 13 de la ley 24.432 y 478 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Establece la citada norma en primer término que "Los jueces deberán regular honorarios a los profesionales, peritos, síndicos, liquidadores y demás auxiliares de la Justicia, por la labor desarrollada en los procesos judiciales o arbitrales, sin atender a los mon-

tos o porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales que rijan su actividad, cuando la aplicación estricta, lisa y llana de los aranceles ocasione una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder...". Si bien la norma pareciera contener una manda imperativa al juzgador, lo cierto es que en tanto importa un apartamiento de las normas arancelarias, se trata de un supuesto excepcional y por ende, su aplicación resulta ser de carácter restrictivo. Ello es así, pues si los jueces pudieran omitir discrecionalmente la aplicación de lo establecido por las disposiciones arancelarias, se permitiría que se arrogaran el papel de legisladores, invadiendo la esfera de las atribuciones de los otros poderes del Gobierno Federal al modificar los límites de las retribuciones de los profesionales que dichos poderes han establecido en el legítimo ejercicio de las facultades que les asigna la Constitución (CSJN, Fallos: 311-1641). A ello ha de agregarse que el valor del juicio no constituye la única base computable para las regulaciones de honorarios, las que deben ajustarse asimismo al mérito, naturaleza e importancia de esa labor (Fallos: 306-1265). En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, había alentado ya la falta de observancia estricta de las escalas arancelarias en procesos cuya base regulatoria alcanza un significado realmente extraordinario (grandes expropiaciones, cobro de regalías pretroleras, juicios entre los estados provinciales y el gobierno nacional; fallos 239:123, 251:516, 23/10/1957 "Gobierno Nacional c. La Prensa", LA LEY 91-1, y 04/12/1980 "Gobierno Nacional). Pero en todos estos casos, y aún en lo que hace a la aplicación de las atribuciones excepcionales que confieren los arts. 3 y 13 de la ley 24.432, los montos en juego tienen que revestir una magnitud francamente desmesurada (Carlos E. Ure - Oscar G. Finkelberg, "Honorarios de los profesionales del derecho", Lexis Nexis, 2004, ps. 492/493), lo cual ciertamente tampoco ocurre en la especie, a poco que se advierta que los montos en juego no revisten una magnitud exagerada con la tarea efectivamente cumplida valorada desde la complejidad de la pretensión que ha sido objeto de litigio, su naturaleza, la extensión y calidad de los trabajos profesionales, la importancia moral y patrimonial del asunto para las partes y el tiempo que demandó la tramitación del juicio. Concretamente y en lo que hace a la labor de los peritos, si bien es cierto que en la sentencia apelada (punto C.3), el sentenciante de grado relativizó la relación entre la publicidad que adquiera el hecho y el daño provocado, no lo es menos que se sirvió de manera directa del peritaje efectuado por el experto en comercialización como un elemento de juicio más para fijar el valor indemnizatorio. De igual modo, cabe presumir que, por el tenor de los puntos periciales, el informe contable fue una pauta más a idénticos fines, máxime cuando nada se dijo en el fallo apelado sobre el particular en el acápite referente a las costas (punto H). A mayor abundamiento, cabe decir que fue un aspecto más valorado por esta Sala para confirmar la indemnización, lo cual sella la suerte del recurso. Finalmente, cabe recordar que nuestro más Alto Tribunal interpretó que el art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, solo limita la responsabilidad del condenado en costas por los honorarios devengados, más no respecto de la cuantificación de estos (CSJN, 11/07/2019, "Latino, Sandra M. c. Sancor Coop. de Seg. Ltda. y otros s/ daños y perjuicios"; íd. 27/05/2009, "Villalba, Matías V. c. Pimentel José y otros s/ accidente - ley 9688"). En virtud de lo expuesto, la jurisprudencia ha entendido que, todas las regulaciones de honorarios deben efectuarse prescindiendo del tope que determina esta norma y aplicando el arancel local correspondiente (cfr. esta Sala, "Palacios Enrique c. Ttes. Aut. Riachuelo", Rec. 555.614; "Medina, Juan J. c. Nudo SA", Rec. 565.864; entre otros). Ello determina en definitiva el "quantum" total de honorarios de cada profesional y, de tal manera, la cuestión introducida deberá ser tratada, en su caso, en la etapa de ejecución de sentencia. En definitiva, se valorará el objeto de las presentes actuaciones y el interés económicamente comprometido resultante del capital de condena y sus intereses, la naturaleza del proceso y su resultado, etapas procesales cumplidas por cada uno de los beneficiarios y el mérito de la labor profesional apreciada por su calidad, eficacia y extensión, considerando además lo dispuesto por los artículos 1, 6, 7, 9, 19, 33, 37, 38 y cctes. de la ley 21.839 —t.o. ley 24.432, y arts. 1, 3, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 29, 52 y cctes. de la ley 27.423—. Por todo ello, al haber sido apelados únicamente por bajos y no serlos, se confirman los honorarios regulados a los letrados de la parte actora, Dres. Wilfredo Horacio Presutti y José Aristóbulo Uthurralt; como así también los del letrado de los demandados, Dr. Fernando Luis Cassani Azzurro. En cuanto a los honorarios de los peritos, se tendrá en consideración el monto del proceso conforme lo decidido precedentemente, la entidad de las cuestiones sometidas a su dictamen, mérito, calidad y extensión de las tareas, incidencia en la decisión final del litigio y proporcionalidad que deben guardar sus honorarios con los estipendios regulados a favor de los profesionales que actuaron durante toda la tramitación de la causa (art. 478 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). Por lo antes expuesto, se reducen los honorarios del perito Eduardo Pérez Carballada, y se elevan los del perito Juan Ignacio Legon, a la suma de pesos ... ($ ...) —... uma s/ Ac. 1/2021— para cada uno de ellos. Los honorarios del consultor técnico Benito de Miguel no pueden ser tratados, por no encontrarse debidamente notificado el beneficiario de la regulación en su favor. Respecto a los honorarios del mediador, esta Sala entiende que, a los fines de establecer sus honorarios, corresponde aplicar la escala arancelaria vigente al momento de la

regulación apelada (cfr. autos "Brascon, Martha G. C. c. Almafuerte SA s/ daños y perjuicios", del 25/10/2013, Exp. 6618/2007; en igual sentido, "Olivera, Sabrina V. c. Suárez, Matías D. y otro s/ daños y perjuicios", del 01/03/2016, Exp. 9288/2015, ambos de esta Sala). En consecuencia, ponderando el monto de la sentencia y lo dispuesto por el Decreto 2536/2015 Anexo I, art. 2°, inc. g), por resultar ajustado a derecho, se confirma el honorario del Dr. Carlos Guillermo Renis. Por las actuaciones cumplidas ante esta alzada que culminaran con el dictado del presente pronunciamiento, se fijarán los honorarios de los letrados bajo las pautas del art. 30 de la ley 27.423 por ser la vigente al momento de la prestación del servicio. Bajo tales parámetros se establece el honorario del Dr. Wilfredo Horacio Peressutti en la suma de pesos ... ($ ...), y los del Dr. Fernando Cassani Azzurro en la suma de pesos ... ($ ...), equivalentes a la cantidad de ... uma y ... uma, respectivamente (conforme Ac. 1/2021 de la CSJN). Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública, dependiente de la CSJN (conf. Ac. 15/13), notifíquese y, oportunamente, archívese. *— José B. Fajre. — Liliana E. Abreut de Begher. — Claudio M. Kiper.*

OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

Pretensión de abonar en pesos una obligación pactada en dólares. Invocación del art. 765 del Cód. Civ. y Com. Imposibilidad de cumplimiento. Rechazo. Condición esencial del contrato. Posibilidad de adquirir la divisa por otros medios legales.

1. — La pretensión de abonar en pesos por aplicación del art. 765 del Cód. Civ. y Com. debe rechazarse si, en oportunidad de celebrar el contrato, las partes establecieron que es condición esencial el cumplimiento de la obligación contraída en la moneda pactada —dólares estadounidenses— y manifestaron conocer los alcances del art. 1° de la ley 25.345, como así también lo referido al cepo cambiario, pues tales previsiones vinculadas al pago del precio son plenamente aplicables a la obligación de restituir y de abonar la cláusula penal.

2. — Si bien el art. 765 del Cód. Civ. y Com. confiere en realidad una facultad al deudor de liberarse abonando en pesos la deuda contraída en moneda extranjera, a la cotización vigente al momento del pago, se ha reconocido que la normativa en cuestión no es de orden público, sino supletoria de la voluntad de las partes (art. 962) y, por lo tanto, inaplicable a las obligaciones donde se pactó expresamente que la moneda extranjera era esencial para otorgar efectos cancelatorios al pago.

3. — La recurrente plantea que las normas que limitaron la adquisición de moneda extranjera en el mercado único y libre de cambios tradujeron una imposibilidad de cumplimiento de la obligación reconocida en la sentencia, pero se encuentra al alcance de la demandada adquirir los dólares pactados por otros medios legales, aun cuando resulten más onerosos.

CNCiv., sala A, 20/04/2021. - Jauregui, Diana Georgina c. Zurzolo, María Ester s/ cobro de sumas de dinero.

[Cita on line: AR/JUR/9517/2021]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

Expte. N° 21.372/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 20 de 2021.

Considerando:

I. Vienen los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución del 18 de diciembre de 2020, en tanto desestima el planteo de inconstitucionalidad y la impugnación liquidatoria efectuados.

II. En cuanto al pedido de medidas para mejor proveer, hágase saber a la peticionaria que se trata de facultades privativas de este Tribunal y que en el presente caso se consideran innecesarias a los fines de abordar el recurso interpuesto.

III. Establecido ello, es dable señalar que el memorial presentado por la apelante, en lo concerniente al primero de los agravios, no reúne los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal para constituir una crítica razonada y concreta del decisorio atacado, en razón de lo cual se declarará desierto el recurso con arreglo a lo dispuesto por el artículo 266 del citado ordenamiento.

Es que el art. 265 del Código Procesal exige que la expresión de agravios debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que la apelante considere equivocadas. De esta manera, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe a la recurrente de motivar y fundar su queja como acto posterior a la concesión del recurso, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido o las causas por las cuales el pro-

nunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial Comentado y Concordado", T. I, ps. 835/7; CNCiv., esta Sala, R. 34.061 del 18/11/1987; íd., íd., R. 137.377 del 21/12/1993; íd., íd., R. del 012496/2000/CA005 del 08/02/2020).

En efecto, "criticar" es muy distinto a "disentir". La crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de demostrar los errores fácticos y jurídicos que este pudiere contener. En cambio, disentir es meramente exponer que no se está de acuerdo con la sentencia (conf. CNCiv., esta Sala, L. 3331 del 21/12/1983; íd., íd., R. 591.755 del 13/04/2012).

Siguiendo estos lineamientos, en el escrito de fundamentación la recurrente se limita a exponer su disenso con los motivos que llevaron a desestimar el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad e inaplicabilidad en este expediente.

Es más, la propia quejosa reconoce que tiene la posibilidad de promover un proceso autónomo en el cual discutir tal planteo, lo que lleva a concluir que no se ha rebatido que esta cuestión desborda el marco de conocimiento de este proceso.

Por lo demás, tal como lo sostiene la Sra. Fiscal de primera instancia, las normas cuestionadas por la apelante estaban vigentes a la fecha en la que se dictó la sentencia definitiva de esta Sala, lo que conduce a calificar de extemporáneo al planteo en cuestión.

En síntesis, habrá de declararse desierto el recurso en lo que a este aspecto se refiere.

IV. Por otro lado, la recurrente peticiona que se trate la cuestión atinente a la moneda de pago, pretendiendo abonar la condena en pesos de conformidad con lo dispuesto en el art. 765 del Cód. Civ. y Comercial.

Al respecto, cabe señalar que en la sentencia definitiva dictada por esta Sala se condena a la demandada a restituir las sumas anteriormente entregadas en moneda extranjera por la parte actora y a abonar la cláusula penal fijada en el contrato, la cual fue morigerada judicialmente.

Por lo demás, en oportunidad de celebrarse el contrato, las partes establecieron que es condición esencial el cumplimiento de la obligación contraída en la moneda pactada —dólares estadounidenses— y que las partes manifestaron conocer los alcances del art. 1 de la ley 25.345, como así también lo referido al cepo cambiario (cfr. cláusula tercera del instrumento obrante a fs. 3/6 del expte. físico).

Tales previsiones vinculadas al pago del precio son plenamente aplicables a la obligación de restituir y de abonar la cláusula penal.

En consecuencia, en lo atinente a la invocación del art. 765 del Cód. Civ. y Comercial, corresponde expresar que —tal como ya se indicara— el pago en moneda extranjera era condición esencial para el cumplimiento de las obligaciones convenidas.

Lo expuesto, impide la aplicación de la norma prevista en el art. 765 del Código de fondo. Es que, sin perjuicio de señalar que el artículo citado confiere en realidad una facultad al deudor de liberarse abonando en pesos la deuda contraída en moneda extranjera, a la cotización vigente al momento del pago, se ha reconocido que la normativa en cuestión no es de orden público, sino supletoria de la voluntad de las partes (art. 962) y, por lo tanto, inaplicable a las obligaciones donde se pactó expresamente que la moneda extranjera era esencial para otorgar efectos cancelatorios al pago (conf. CNCiv., esta Sala, R. en Expte. 39.473/2012 del 19/11/2020; Bueres, Alberto J. "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias", T. 3, p. 270 y ss., comentarios arts. 765/766; Trigo Represas, Félix A. en Alterini, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", T. IV, p. 198 y ss., comentario arts. 765/766).

Asimismo, la recurrente plantea que las normas que limitaron la adquisición de moneda extranjera en el mercado único y libre de cambios, tradujeron una imposibilidad de cumplimiento de la obligación reconocida en la sentencia.

No obstante, conforme lo establecido por el art. 955 del Cód. Civ. y Comercial, para que se configure la imposibilidad que exima al deudor de cumplir, es necesario que la prestación haya devenido física o jurídicamente imposible, esto es, que exista una imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta (conf. CNCiv., esta Sala, R. 615.524, del 03/05/2013; Picasso, Sebastián "La singularidad de la responsabilidad contractual", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 178; Mosset Iturraspe, Jorge-Piedecasas, Miguel A. "Responsabilidad contractual", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 236; Mayo, Jorge A. "La imposibilidad de cumplimiento", en Revista Argentina de Derecho Privado y Comunitario, N° 17, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 44).

Desde tal óptica, es evidente que en la especie no se configuran los recaudos indicados, desde que —tal como ya lo ha señalado este tribunal y también lo pone de resalto el Sr. Fiscal de Cámara— se encuentra al alcance de la demandada adquirir los dólares pactados por otros medios legales, aun cuando estos

resulten más onerosos (conf. CNCiv., esta Sala, R. en expte. 39.473/2012 del 19/11/2020).

Las consideraciones expuestas conducen a la desestimación de las quejas planteadas.

Por tales consideraciones, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, se resuelve: Confirmar la resolución apelada. Con costas de Alzada a cargo de la vencida (arts. 69, párrafo primero, y 68, párrafo segundo, del Código Procesal). Notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara y a los interesados en los términos de las Acordadas 38/2013, 31/2011 y concordantes. Publíquese en el Centro de Comunicación Pública de la CSJN (conf. Acordadas 15 y 24/2013 —del 14 y 21 de agosto de 2013, respectivamente—) y oportunamente devuélvanse, haciéndose saber que en primera instancia deberá notificarse la recepción de las actuaciones y el presente fallo a los restantes involucrados si los hubiere, en forma conjunta. La vocalía N° 2 no interviene por encontrarse vacante. — *Ricardo Li Rosi. — Sebastián Picasso.*

INCENDIO EN FORMACIÓN FERROVIARIA. HECHO DEL DAMNIFICADO

Hombre que desciende y abandona el lugar saltando un portón de rejas en una zona no habilitada. Culpa de la víctima. Quiebre en la cadena causal. Rechazo de la demanda.

1. — La demanda de daños debe rechazarse, pues fue el propio actor quien se colocó de manera voluntaria e innecesaria en una situación riesgosa para su integridad física, circunstancia que le provocó daños en su persona. Luego de descender de la formación, lejos de esperar instrucciones al apartarse, buscó una salida sobre el lateral del predio y, al no encontrarla, decidió abandonar el lugar saltando un portón —no habilitado—, poniendo en riesgo su integridad física. De las filmaciones obtenidas en sede penal, se advierte que muchos de los pasajeros del ferrocarril descendieron y aguardaron al costado de las vías, por lo que no se entiende la actitud riesgosa asumida por el demandante al emprender la acción realizada.

2. — No hay ningún argumento eficaz que permita responsabilizar a la empresa de transportes por el accidente sufrido por el actor. Pues, las pruebas rendidas demuestran que se ha producido el quiebre total en la cadena causal que conduce a eximir totalmente de responsabilidad a la empresa ferroviaria demandada. Ello, ya que se ha acreditado que el accidente se produjo por la imprudencia, ligereza y precipitación adoptada por aquel en el hecho dañoso acaecido al traspasar un portón con rejas colocado justamente para evitar el tránsito de personas en el sector del ferrocarril, siendo responsable de manera exclusiva de los daños que padeciera en su cuerpo.

3. — Lo que se alega en torno al estado de pánico y de *shock* del actor al momento del incendio de la formación debe rechazarse, porque no se acreditó que al momento del hecho se encontrara en esa situación y que ello le impidiera comprender el innecesario riesgo de la acción emprendida, al pretender evadirse por un portón colocado como barrera para vedar el paso de personas. Distinta sería la situación si las heridas se hubieran producido al descender del vagón, porque dadas las circunstancias, ello podría ser entendible. Pero no lo que ocurriera mucho tiempo después, luego de haber caminado un buen rato, al encontrarse con el mencionado obstáculo para abandonar el lugar, lo cual frustra toda posible relación de causalidad adecuada con el incidente ocurrido en el convoy y la conducta adoptada por el personal.

CNCiv., sala D, 05/03/2021. - Romano, Juan Ignacio c. Ministerio del Interior y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/1610/2021]

Expediente N° 3159/2013.

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 5 de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Rodríguez* dijo:

I. La sentencia dictada por ante la anterior instancia el día 14 de septiembre del año 2020 rechazó la demanda promovida por Juan Ignacio Romano, con costas. Por último, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Dicho pronunciamiento fue apelado por la parte actora, quien expresó agravios a fs. 1011/1021.

Habiéndose corrido los pertinentes traslados, el mismo fue evacuado por la codemandada UGOMS SA y por el Estado Nacional.

Con el consentimiento del llamado de autos a sentencia de fs. 1040 las actuaciones se encuentran en condiciones para que sea dictado un pronunciamiento definitivo.

II. Agravios:

La parte actora se alza por encontrarse disconforme con el rechazo de demanda decidido en la sentencia apelada.

Aduce que "...El *a quo* —de manera desacertada—, concluyó que la responsabilidad del evento de marras recaía en el actor, cuando en realidad el Sr. Romano fue una víctima más del deplorable estado en que se encontraban los trenes que circulaban en Capital Federal y Gran Buenos Aires en el período en que ocurrió el accidente objeto de autos....".

Agrega que no puede endilgarse negligencia a la víctima del hecho dañoso, cuando la inseguridad fue generada por la propia empresa UGOMS SA. Afirma que el estrago fue causado por la gerenciadora —en su carácter de explotadora del servicio ferroviario— en razón de la graves fallas eléctricas que causaron el incendio, ya sea por acción y/u omisión y por el Estado Nacional, en tanto responsable legal del servicio, propietaria de los trenes que estaban en deplorable estado de conservación y del predio donde ocurrió el hecho dañoso.

Asevera que no había personal de seguridad de la empresa para asistir a los pasajeros, que muchos de ellos bajaron apurados, aplastándose y temiendo por sus vidas, corriendo por las vías del tren para ponerse a salvo.

Manifiesta que la empresa gerenciadora "UGOMS SA" debería haber tomado recaudos como tener megáfonos y/o altavoces para avisarle a los pasajeros la conducta a seguir ante el siniestro ocurrido, agregando que no solo no dieron aviso de cómo reaccionar ante la contingencia acaecida, sino que tampoco había señales y/o carteles de iluminación —debido al pésimo estado en que estaban los trenes—, salidas de emergencia claras, matafuegos que funcionen, etc.

Postula que no se le puede reprochar al actor haberse ido de un lugar que se estaba incendiando para luego endilgarle la responsabilidad total y absoluta del evento dañoso, ya que con ello se genera un gran desacierto. Reafirma que el accionante se comportó como cualquier otra persona normal, habiendo la mayoría optado por la misma decisión de salir corriendo del lugar del incendio, extremo que prueba lo antedicho.

Agravia también a su parte, que el *a quo* no evaluó el estado de pánico y de shock que tenían la mayoría de los pasajeros, entre ellos el actor.

En suma, asegura que la falta del deber de guarda y seguridad es la razón primordial para reprochar la responsabilidad del evento dañoso a las accionadas UGOMS SA y Estado Nacional en el hecho que nos ocupa, por lo que en definitiva requiere se haga lugar a las quejas por su parte vertidas y se admita la demanda en su totalidad.

Luego de todo ello, y en subsidio, se alza por encontrarse disconforme con que se le haya impuesto la totalidad de las costas por haber resultado vencido, por lo que requiere su modificación. Para el hipotético caso de que se confirme lo decidido en la instancia degrado, solicita que las mismas sean impuestas por su orden.

III. Responsabilidad:

a) Preliminarmente, corresponde recordar que la parte actora denunció en el escrito inicial de estas actuaciones que el día 2 de julio del año 2012, siendo las 18:50 hs. aproximadamente, se encontraba viajando como pasajero en el ferrocarril explotado comercialmente por la empresa "UGOMS SA" —ex Línea Mitre—, ramal Retiro/Mitre/Olivos, y a los pocos minutos de salir de Retiro, a la altura de la Facultad de Derecho, se apagaron las luces del tren y observó un "fogonazo" en el vagón siguiente de la formación. En esas circunstancias y ante un caos generalizado de pasajeros, abrió la ventana que tenía a su lado y saltó hacia las vías.

Agregó que no había empleados ferroviarios asistiendo a los pasajeros ni señalizaciones de seguridad que indiquen las medidas a adoptar, por lo que en estado de "shock" siguió a unas personas que caminaban hacia Retiro, buscando alguna salida sobre el costado del predio lindante con la Avda. Facundo Quiroga.

Rememoró que recién a unos 200/250 metros, a la altura de unas canchas de fútbol, visualizó un portón que únicamente tenía rejas a sus costados, por lo que se subió al mismo y saltó hacia el otro lado, advirtiendo al caer que tenía sangre y el dedo pulgar como salido de lugar, ya que se había clavado la punta de una reja en su mano derecha.

Destacó que las rejas referidas, están ubicadas dentro del predio que rodea las vías del tren, de propiedad del Estado Nacional.

Refirió que llegó a las canchas de fútbol y les solicitó a los encargados que llamaran una ambulancia, pero todas las unidades que pasaban se dirigían al lugar del incendio, siendo finalmente trasladado por su esposa al "CEMIC", donde fue intervenido quirúrgicamente y dado de alta al día siguiente del evento.

En virtud de todo ello, atribuyó la responsabilidad del hecho a las demandadas, puntualizó los daños que reclamó, fundó en derecho y solicitó se haga lugar a la demanda, con costas.

La demandada UGOMS SA al contestar la presente acción, por su lado, si bien admitió que en la fecha consignada en la demanda una formación de la Línea Mitre, ramal Retiro a Bartolomé Mitre, tuvo un accidente en las inmediaciones de la estación Retiro, negó la calidad de pasajero y las circunstancias en las que el accionante habría sufrido las lesiones por las que reclama.

En subsidio, y dada la versión de los hechos brindada por la parte actora, planteó la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, con fundamento en que este decidió auto evacuarse sin aguardar y/o respetar indicación del personal a cargo de la formación, caminó por la zona ferroviaria —lugar no habilitado para el tránsito peatonal— y salió del predio por un acceso no habilitado al efecto, actuando en forma negligente y temeraria, exponiéndose a un riesgo extremo e innecesario.

Agregó que los empleados ferroviarios indicaron expresamente a los pasajeros que permanecieran dentro de la formación, aguardando la asistencia del personal policial y del SAME. En su virtud, requirió el rechazo de la demanda perpetrada en todas sus partes, con costas.

El Estado Nacional al momento de contestar la demanda, interpuso excepción de falta de legitimación pasiva. Subsidiariamente compartió los fundamentos esgrimidos por UGOMS SA, por lo que también solicitó el rechazo de la presente acción.

b) Ahora bien, procederé a analizar los agravios, destacando que por imperio del art. 7 del nuevo Código, la normativa aplicable sería aquella vigente al tiempo de la ocurrencia del hecho. Ello es así porque es en esa ocasión en la que se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil, razón por la cual el caso será juzgado en base al Código de Vélez Sarsfield, (conf. Aída Kemelmajer de Carlucci, "La Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", ed. Rubinzal-Culzoni, doctrina y jurisprudencia allí citada).

Vale resaltar que tratándose de la traslación de personas de un lugar a otro a título oneroso, los daños que puedan sufrir durante el itinerario del transporte, por remisión del art. 1624, segunda parte del Cód. Civil, se rigen por el artículo 184 del derogado Cód. de Comercio.

Dicho plexo normativo, conforme la interpretación jurisprudencial y doctrinaria mayoritaria, establece una obligación resarcitoria de naturaleza objetiva impuesta ex-lege por razones de política en materia de transportes, para inducir a las empresas a extremar precauciones respecto al perfecto estado y funcionamiento del sistema en general y del material en particular.

En este entendimiento, se ha sostenido desde antaño que el contrato de transporte terrestre de personas contiene una tácita obligación de seguridad, por la cual el porteador no solo está obligado a llevar al pasajero a su destino, sino a conducirlo sano y salvo. Por tanto, es responsable por el incumplimiento contractual representado por cualquier daño a la vida o a la salud que sufra el viajero, de modo que constituye una responsabilidad objetiva contractual. El encuadre de la obligación del transportista como "de resultado" favorece a la víctima, pues impone la carga de la prueba a quien pretende eximirse de responsabilidad (conf. CNCiv., Sala "D", del 27/12/1996, *in re* "Quirós de Delgado, Nélida c. Ferrocarriles Metropolitanos SA").

De ahí que la responsabilidad objetiva que consagra el plexo normativo citado, no admite para excusarla la prueba de la falta de culpa del transportador, siendo que su régimen legal se identifica con el supuesto extracontractual del daño causado por el vicio o riesgo de la cosa.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enmarcado claramente el contrato de transporte público dentro de la órbita de los derechos del consumidor. Así, ha sostenido que "La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros, integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios. Ha afirmado, asimismo, que la seguridad debe ser entendida como un valor 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, ya que la incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe: la vida y la salud de sus habitantes, sosteniendo, por otra parte, 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 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.

Ello así, resulta de plena aplicación al caso el art. 5° de la ley 24.240, de acuerdo con el cual: "Las cosas y los servicios deben ser suministrados o prestados 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".

El mencionado dispositivo regula una obligación de seguridad resultado que coloca sobre las espaldas del proveedor, en este caso el transportista, razón por la cual cualquier daño que el consumidor sufra en el ámbito de la relación de consumo compromete la responsabilidad objetiva de aquel.

En verdad, la LDC delinea un sistema general de responsabilidad del proveedor, con eje en los arts. 5 y 10 bis, y en todos esos casos, la responsabilidad tiene naturaleza objetiva, lo que se compadece con el carácter de parte débil del consumidor y la finalidad tuitiva que inspiró el dictado de la ley (conf Picasso-Vázquez Ferreyra: "Ley de defensa del consumidor, Comentada y Concordada", T. 1, p. 162).

De suerte tal que, producido el daño, el proveedor que quiera liberarse de responsabilidad corre con la carga de probar (art. 377 del Código Procesal), que el cumplimiento de la obligación de seguridad se había vuelto imposible como consecuencia de un hecho que reúne los caracteres del caso fortuito.

No debe soslayarse por lo demás, que por aplicación del principio "iur novit curia", que obliga a la jueces a someter los casos a las normas jurídicas pertinentes, más allá del silencio o errónea calificación de las partes, el régimen que instaura la mencionada ley de defensa el consumidor es plenamente aplicable a la especie, dado el carácter de orden público de sus disposiciones (art. 65 de la ley 24.240).

c) En principio, considero conveniente destacar que no se encuentra controvertida la ocurrencia del accidente en la formación del ferrocarril de la Línea Mitre en la fecha y hora indicada en el libelo inicial, pero sí se encuentra negado en primera instancia el carácter de pasajero denunciado por el demandante, y la causa o hecho que le habría ocasionado las lesiones por las que reclama.

Como consecuencia de todo lo ut supra descripto, se dio inicio a la investigación fiscal C-03-43188/2012 sobre lesiones culposas que tramitó ante la Fiscalía Nacional en lo Correccional N° 3, y cuyas copias certificadas se encuentran a fs. 483/569 de esta causa civil.

En sede represiva, prestó declaración la Sra. S. C. L., quien manifestó que en julio de 2012, a las 18:30 horas aproximadamente, se encontraba en el andén del ferrocarril de la Línea Mitre de la estación Retiro, cuando se encontró con el Sr. Romano, con quien dialogó unos minutos. Afirmó que ambos ascendieron a la formación pero en vagones distintos. Y contó que, luego de descender del tren, corrió por las vías en dirección a la Facultad de Derecho, donde esperaban varias ambulancias del SAME. Por último, aclaró que no presenció el momento en el que el actor sufriera las lesiones denunciadas (cfr. fs. 504).

Con las constancias médicas obrantes en la causa penal referida, el Dr. Carlos Baistrocchi concluyó el 8 de marzo de 2013 que las lesiones que presentaba el Sr. Romano se obedecían al choque, golpe o roce con o contra objetos o superficies duras con aristas aguzadas (cfr. fs. 558).

Finalmente, con fecha 12 de marzo de 2013 se dispuso la reserva y archivo de esos obrados (cfr. fs. 559).

Por ante el juzgado de la anterior instancia, brindó testimonio el Sr. M. D. B. El deponente recordó que viajo como pasajero en el ferrocarril de la Línea Mitre al momento del siniestro en la formación.

Narró que descendió de la formación férrea e intentó pasar por las rejas que limitaban las vías pero eran muy puntiagudas, por lo que comenzó a caminar en dirección a Retiro y, a las dos cuadras, vio que un grupo de personas estaba saltando por un portón que tenía rejas con puntas.

Aclaró que fue allí donde se encontró al Sr. Romano, quien tenía sangre en su mano y se dirigía hacia unas canchas de fútbol a solicitar auxilio.

A fs. 429/432 y 443/461, se encuentran las copias de la historia clínica del actor labrada por el CEMIC, de la que surgen las atenciones médicas brindadas al Sr. Juan Ignacio Romano el 2 de julio de 2012, a las 19:51 hs. por herida grave en la mano derecha (cfr. fs. 429 y 443).

Por lo expuesto, al no discutirse la existencia del accidente y encontrándose acreditado que el accionante era pasajero del ferrocarril, se encuentra aprehendido en el supuesto del art. 184 del Código de Comercio que consagra la responsabilidad objetiva del transportador y de la restante normativa citada.

Con arreglo a la referida norma, y a los restantes dispositivos del régimen del consumidor ya explicado, la empresa demandada solo podría exonerarse de responsabilidad acreditando que el siniestro provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable.

Veamos las pruebas producidas a su respecto:

El accidente ferroviario, motivó la investigación penal sobre interrupción de las comunicaciones (N° 8178/2012), que tramitó ante el Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 8, Secretaría N° 15.

En dichas actuaciones, se encuentra el testimonio de E. A. R., personal de la Policía Federal, quien adujo que el 2 de julio de 2012, a las 18:55 hs., fue anoticiado por personal de la empresa de la Línea Mitre que una formación de tren había sido afectada por un foco ígneo, motivo por el cual permanecía detenida entre la Facultad de Derecho y ATC.

Agregó que a su llegada pudo observar una formación vacía (sin pasajeros) y junto a la misma personal de la empresa, dotación de bomberos y dos ambulancias del SAME, quienes prestaban atención médica a M. R. M., Á. T., A. C., R. A. y A. F.

Manifestó que los pasajeros descendieron del tren a las vías y se retiraron del lugar por sus propios medios, a excepción de las personas lesionadas. Comunicó que a las 20:00 horas se restituyó el servicio eléctrico en la vía ascendente, el que fue interrumpido al momento del siniestro, para prevenir daños a los usuarios que descendieron y al personal que trabajaba en el lugar (cfr. fs. 1/2).

También en la causa de referencia luce el testimonio de W. H. L. —guardatrén—, quien expresó que al advertir el siniestro, solicitó el corte del suministro eléctrico, ya que varias personas habían descendido de la formación y caminaban por la zona de vías hacia la estación Retiro.

Añadió que se dirigió hacia el lugar de donde provenía el humo con un matafuego para sofocar el foco ígneo en la formación. Luego, indicó a los pasajeros que aún se encontraban en el tren que permanecieran en su interior, ya que era peligroso descender, siendo que minutos más tarde, comparecieron personal de bomberos, policial y ambulancia del SAME (cfr. fs. 32).

El motorman, Sr. J. O. A., dijo que al observar humo y chispazos, accionó los frenos de emergencia de la formación, logrando detenerla de manera definitiva. Al instante, escuchó que se estaba solicitando el corte del suministro eléctrico.

El deponente advirtió y recordó que varias personas descendieron del ferrocarril por sus propios medios y caminaron por la zona de las vías hacia la estación "Retiro". Rememoró que sofocó el foco ígneo e indicó a los pasajeros que aún se encontraban en el tren que permanecieran allí, ya que era peligroso descender. Más tarde, asistieron al lugar personal de bomberos, policial y ambulancia del SAME (cfr. fs. 33).

A fs. 43/44 del expediente penal, se encuentra el testimonio del Sr. R. A., usuario del ferrocarril en el que ocurrió el accidente. Detalló que luego de descender del tren, personal de la Empresa llegó al lugar y guio a los pasajeros hacia una salida a la altura de ATC, donde permanecieron hasta el arribo de una ambulancia.

A fs. 73/74 de esas actuaciones, obra el testimonio del Sr. E. A. F., también pasajero del ferrocarril al momento del incidente, quien manifestó que luego del siniestro, descendió del tren y aguardó sobre las vías. Que, en esas circunstancias, arribó personal de la Empresa, quienes intentaron organizar y evacuar el lugar en forma ordenada, dirigiendo a los usuarios a un lugar seguro.

A fs. 103 del proceso penal, obra un DVD en sobre marrón que contiene dos archivos con filmaciones del accidente en la formación. De allí, se advierte que el tren detuvo su marcha por completo a las 18:47 hs. (v. min. 3:15 y 4:10), y al instante, se ve cómo los pasajeros que presumiblemente descendieron del ferrocarril, cruzan las vías y caminan en dirección al lateral del predio; mientras que otros usuarios aguardan parados al costado de la formación (v. min. 3:50 y 5:08, en adelante).

Resulta oportuno señalar que la cuestionada expresión "culpa de la víctima", en rigor, trata de una cuestión relacionada con la producción del perjuicio, con los hechos que han concurrido para posibilitarlo. Es típicamente un tema de causalidad y no de culpabilidad. El agente ha iniciado, por lo ordinario, la cadena causal, poniendo algunos eslabones orientados a dañar a una persona, luego esa misma persona agrega otros hechos, que son propios de ella, y que tienen fuerza o virtualidad para conducir el daño, interrumpiendo la cadena formada por los hechos del agente o supuesto dañador. De allí que la prueba del hecho de la víctima actúe como eximente y libere a quien, *prima facie*, aparecía como el victimario (ver Rubinzal-Culzoni: "Código Civil de la República Argentina, Explicado", T. III, p. 731, y arts. 184 del Código de Comercio y 1111 del Cód. Civil).

Llegados a esta altura no puedo más que destacar —y coincidir con el magistrado de la anterior instancia— que fue el propio actor quien se colocó de manera voluntaria e innecesaria en una situación riesgosa para su integridad física, circunstancia que en definitiva le provocó daños en su persona. Adviértase que el Sr. Romano luego de descender de la formación, lejos de esperar instrucciones al apartarse, caminó en dirección a Retiro, buscando alguna salida sobre el lateral del predio y, al no encontrarla, decidió abandonar el lugar saltando un portón —no habilitado—, poniendo en riesgo su integridad física.

Destáquese que los pasajeros A. y F., a pesar de haber sufrido lesiones a raíz del incendio en la formación (v. R.), coincidieron en que el personal ferroviario los capitaneo hacia una salida a la altura de "ATC" —A.— y que estos intentaron organizar y evacuar el lugar en forma ordenada, dirigiendo a los pasajeros a un lugar seguro —F.—.

Recuérdese que de las filmaciones obtenidas en sede penal, se advierte que muchos de los pasajeros del ferrocarril, descendieron del mismo y aguardaron al costado de las vías, por lo que no se entiende la actitud riesgosa asumida por el demandante al emprender la acción realizada.

A mayor abundamiento, resulta apropiado destacar que a los pocos minutos de ocurrido el incendio, personal de bomberos, policial y ambulancias del SAME, comparecieron al lugar y asistieron a los usuarios del servicio ferroviario (v. L., R., L., A. y A.), por lo que tranquilamente el actor pudo haber esperado el auxilio de personal calificado a sus efectos junto con los demás usuarios a los fines de salvaguardar su integridad física.

En definitiva, todo lo expuesto evidencia que más allá de las observaciones que formuló el accionante sobre las consideraciones vertidas por el Sr. Juez *a quo*, en realidad, entiendo que en el caso no hay ningún argumento eficaz que permita responsabilizar a la empresa de transportes por el accidente de autos.Pues, las pruebas rendidas demuestran que se ha producido el quiebre total en la cadena causal que conduce a eximir totalmente de responsabilidad a la empresa ferroviaria demandada. Ello, ya que se ha acreditado que el accidente se produjo por la imprudencia, ligereza y precipitación adoptada por el Sr. Romano en el hecho dañoso acaecido al traspasar un portón con rejas colocado justamente para evitar el tránsito de personas en el sector del ferrocarril, siendo responsable de manera exclusiva de los daños que padeciera en su cuerpo. Sin que obste a ello, lo que se alega en torno al estado de pánico y de shock, porque no se ha rendido prueba alguna que acredite que al momento del hecho el actor se encontrara en esa situación, y que ello le impidiera comprender el innecesario riesgo de la acción emprendida, al pretender evadirse por un portón colocado como barrera para vedar el paso de personas, y que ofrecía las peligrosas condiciones descritas. Distinta sería la situación, si las heridas se hubieran producido al descender del vagón, porque dadas las circunstancias, ello podría ser entendible. Pero no lo que ocurriera mucho tiempo después, luego de haber caminado un buen rato, al encontrarse con el mencionado obstáculo para abandonar el lugar, lo cual frustra toda posible relación de causalidad adecuada con el incidente ocurrido en el convoy y la conducta adoptada por el personal.

En lo que hace a las costas, vale recordar que el ordenamiento procesal vigente adhiere a un principio generalmente aceptado en la legislación nacional y extranjera y cuyo fundamento reside básicamente en el hecho objetivo de la derrota, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pueda haber actuado durante la tramitación del proceso, como base de la imposición de la condena en costas, puesto que quien promueve una demanda los hace por su cuenta y riesgo (Fassi-Yáñez: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", T. 1, p. 411).

El proceso constituye un instrumento que no se maneja sin lesionar el interés ajeno y cuyo peso se debe soportar si se lo ha provocado sin razón suficiente para triunfar en la pretensión sostenida. Por ello, se ha entendido que debe meritarse a) el concepto objetivo del riesgo, pues quien litiga lo hace a su peligro: b) el hecho objetivo del vencimiento, ya que si es vencido, debe reembolsar del adversario, cuyo derecho no debe resultar menoscabado por la existencia del proceso (Fassi-Yáñez: ob. cit., T. 1, p. 412).

Ello así, si bien ese principio general de imposición de las cotas no es absoluto, en la medida que no encuentro en el caso circunstancias objetivas que indiquen que ha mediado razón suficiente para litigar, siendo clara la relación de causalidad entre el daño y el hecho de la propia víctima, considero que las quejas sobre este aspecto accesorio también deben se desechadas.

Por las consideraciones efectuadas, propicio rechazar los agravios formulados por la parte actora, y en consecuencia, confirmar la sentencia de la anterior instancia en todo cuanto decide.

Los doctores *Polo Olivera* y *Barbieri*, por análogas razones a las aducidas por el doctor *Rodríguez*, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: a) Rechazar los

agravios del actor y confirmar el pronunciamiento recurrido en todo lo que ha sido materia de agravio y apelación; b) Imponer las costas de alzada al demandante por haber resultado vencido (conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial) y c) Conociendo los recursos interpuestos contra los honorarios regulados de primera instancia, cabe señalar, en virtud del principio *iura novit curia*, que, según el criterio de la mayoría del Tribunal, la ley 27.423 debe ser aplicada a toda regulación de honorarios que no se encuentre firme a la fecha de su entrada en vigencia, aun tratándose de trabajos llevados a cabo con anterioridad (conf. esta Sala, en autos "Mora, Cecilia G. c. Gaggini, Marcelo y otros s/ daños y perjuicios", 25 de septiembre de 2020). Sentado ello, teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y extensión de los trabajos realizados; las etapas cumplidas; la base regulatoria, que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 22 de la ley 27.423, se encuentra conformada por el monto reclamado en la demanda, reducido en un 30%, más sus intereses computados a la tasa activa desde la fecha del hecho hasta la de la regulación —$1.344.405—; la proporción que deben guardar los honorarios de los peritos con los de los letrados; la incidencia de su labor en el resultado del pleito; lo dispuesto por los arts. 1, 14, 16, 20, 21, 22, 29, 51 y 58 de la ley 27.423 y el valor de la UMA establecido por la Acordada N° 2/2020 de la Corte Suprema Justicia de la Nación para la fecha de la regulación y por la N° 1/2021 para la actualidad, se elevan los correspondientes al Dr. Santiago Javier Romano, letrado patrocinante de la parte actora, a ... UMA, equivalentes al día de la fecha a pesos ... ($ ...); los de los Dres. Walter Andrés Iglesias y Horacio Mohorade, letrados apoderados de la codemandada "UGOMS SA", por dos etapas del proceso, a ... UMA , en conjunto, equivalentes a pesos ... ($ ...); los de los Dres. Federico Martín Manias, Facundo Galli, Evelyn Liliana Cerviño, Julia Alejandra López y María Victoria Martínez, letrados del Estado Nacional, por las tres etapas, a ... UMA, en conjunto, equivalentes a pesos ... ($ ...); y los de la perito psicóloga Olga Palmira Totino, a ...UMA , equivalentes a pesos ... ($ ...). Se confirman, por haber sido apelados solo por altos, los del perito médico Nelson Eduardo Freis y la mediadora Dra. Miriam Rebeca Noemí Gini (conf. art. 2°, inciso g) del Anexo III del Decreto 1467/2011, modificado por Decreto 2536/2015, y valor de la UHOM a la fecha de la regulación). Por la actuación ante esta alzada, se establece la retribución del Dr. Santiago Javier Romano en ...UMA — pesos ... ($ ...)—; la del Dr. Horacio Mohorade, en ... UMA — pesos ... ($ ...)—, y la de los Dres. Federico Martín Manias, Facundo Galli y Evelyn Liliana Cerviño, en ... UMA, en conjunto — pesos ... ($ ...)— (art. 30 ley 27.423). El Dr. Gastón M. Polo Olivera deja constancia de que, pese a entender que la ley 27.423 citada no es aplicable a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (conf. doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Establecimiento Las Marías c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa" del 04/09/2018), atento la mayoría conformada en el Tribunal en torno a la cuestión, no se extenderá a su respecto.

Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Por ante mí, que doy fe. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. *— Juan P. Rodríguez. — Patricia Barbieri. — Gastón M. Polo Olivera.*

RESPONSABILIDAD DE LA LÍNEA AÉREA

Daños por incumplimiento contractual. Restitución de importes abonados, estadía de hotel y viaje en crucero. Daño moral y daño punitivo.

1. — Para que la eximente se active, debe acreditarse que tanto la conducta voluntaria o involuntaria de la víctima (cliente) como el hecho acaecido, sean causa adecuada del daño, el que, además, debe ser cierto y no imputable al demandado; en síntesis, debe acreditarse que dichos extremos revisten las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor; situación esta que no aparece cumplida. Por lo tanto, lo alegado por la línea aérea carece de entidad para eximirla de responsabilidad y no corresponde su liberación con ese sustento **[1]**.

2. — En su discurso la línea aérea predicó su conducta profesional y la buena disposición en punto a brindar todas las soluciones posibles a los usuarios de sus servicios , haciendo hincapié en que el hecho de la "cancelación del vuelo" fue fortuito, sorpresivo y ajeno a su responsabilidad; ello, amén de destacar la intransigente actitud de los accionantes, al rechazar un vuelo alternativo, que debía realizarse por una ruta aérea distinta a la programada inicialmente y con un costo adicional, pretendiendo con ello atribuir cierta "culpa" a esa decisión.

3. — Pese a no advertirse un actuar doloso por parte de las demandadas, en cuanto intención deliberada de dañar, se aprecia en su conducta, además del incumplimiento objetivo a los deberes que el orden normativo le impone (Código Aeronáutico, res. 1532/1998 MEOSP), una desaprensiva indiferencia hacia el consumidor

que lo obligó a iniciar instar judicialmente la acción para lograr el reconocimiento de su pretensión resarcitoria, en función de lo cual procede revocar lo resuelto en relación con el daño punitivo en la instancia de grado y acoger el rubro.

CCiv. y Com., Salta, sala I, 18/11/2020. - Jalif, Carlos Martín; Jalif, Mariano Augusto; Jalif, Florencia Sofía c. Latam Airlines Group SA / Lan Airlines SA s/ acciones de Ley de Defensa del Consumidor.

[Cita on line: AR/JUR/67712/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 10/12/2010, "Thisted, Guillermo Adolfo c. Aerolíneas Argentinas SA", RCyS 2011-VI, 159 AR/JUR/92426/2010.

Expte. N° 632.535/18

2ª Instancia.- Salta, noviembre 18 de 2020.

Considerando:

El doctor *Mariño* dijo:

I. Que, contra la sentencia dictada a fs. 213/219 y su aclaratoria de fs. 222, que hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por los Sres. Carlos Martín, Mariano Augusto y Florencia Sofía, todos de apellido Jalif, y condenó a la empresa aérea demandada a resarcir los daños patrimonial y extrapatrimonial reclamados, rechazando la aplicación de la multa civil (daño punitivo), las partes interpusieron sendos recursos de apelación (fs. 223 y 227), los que fueron concedidos en relación y con efecto suspensivo a fs. 226, primer párrafo, y 236, tercer párrafo, respectivamente.

A fs. 229/234 formula memorial la empresa demandada Lan Airlines SA, solicitando la revocación de la sentencia en crisis, con expresa imposición de costas a la contraria.

Afirma, en primer término, que le agravia la interpretación realizada por el *a quo* respecto de las pruebas, de la Resolución N° 1532/1998 y de la jurisprudencia invocada en el fallo, considerándolo arbitrario e inválido como acto jurisdiccional, al haberse apartado, dice, de los más elementales parámetros de la sana crítica y la razonabilidad.

Luego, manifiesta, en relación al meollo del conflicto, que la "huelga general" de los trabajadores del país (organizada por la CGT) fue programada para los días 17 y 18 de diciembre del año 2017 pero no así para el 19, día en el que debían viajar los actores; en base a ese argumento, insiste en que se trató de un hecho sorpresivo, imprevisible y ajeno a la aerolínea, considerando reunidos, así, todos los caracteres del caso fortuito o fuerza mayor (arts. 1730 y 1733 Cód. Civil y Comercial), que habilitan a eximirla de indemnizar las consecuencias dañosas derivadas de ese incumplimiento obligacional.

Por otra parte, afirma que el *a quo* interpretó de forma arbitraria y tendenciosa la Resolución N° 1532/1998 pues, a su entender, los presupuestos fácticos que determinan la operatividad de su artículo 12, esto es por "circunstancias operativas, técnicas, meteorológicas o de índole comercial", no se verificaron en el caso en análisis, no siendo procedente entonces su aplicación. Además, las razones de fuerza mayor acreditadas, según dice, impidieron la "reprogramación de vuelos" bajo los alcances establecidos en tal dispositivo legal, y enfatiza en que esta "alternativa" no es una cuestión simple y sencilla que pueda organizarse de un día para el otro, criticando que no hayan sido debidamente meritadas en la sentencia de grado, tales circunstancias. Aduce que su parte sí realizó todas las diligencias que estaban a su alcance para ofrecer a los actores un vuelo alternativo, habiéndoles propuesto, inclusive, uno disponible para el 26/12/2017, pero no quisieron aceptarlo, por lo que concluye en que no es responsable por los daños sufridos y los reclamos contenidos en la demanda.

Se agravia, también, por el acogimiento del daño moral, afirmando primeramente que el mismo no se presume y debe ser probado por quienes lo alegan, y que, por esa razón, es que considera que los actores no lograron dicho cometido en autos, no correspondiendo la indemnización determinada por el *a quo* en la sentencia atacada y resultando, en consecuencia, arbitraria también en ese punto, por carecer de fundamentación legal.

Corrido el pertinente traslado (fs. 236, pto. II), a fs. 241/244 contestan los actores, peticionando el rechazo del recurso de apelación, con costas. A su criterio, la sentenciante de grado no realizó ninguna interpretación arbitraria ni ilegítima de los hechos, pruebas y el derecho aplicable, y que no corresponde sea calificado en esa forma por la única razón de que no fue favorable a la empresa demandada.

Rebate aseverando que el supuesto de autos sí encuadra en los de responsabilidad regulados por la mencionada Resolución N° 1532/1998 —que reglamenta el transporte aéreo nacional e internacional—,

y por las normas del Cód. Civil y Comercial, además, de las de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor; agrega que, tratándose de una responsabilidad objetiva, las eximentes previstas en forma restrictiva para tal liberación, dice, no fueron probadas por la demandada, quien no acreditó la imposibilidad de cumplimiento ni su intención de cumplir, por lo que debe afrontar las consecuencias y reparar en forma integral el daño ocasionado con su conducta desaprensiva. Pone de resalto que, en el ámbito de las relaciones de consumo, tanto jurisprudencia como doctrina están de acuerdo en que la indemnización por daño moral procede "per se", resultando innecesaria su prueba específica, pero que, de todas formas, en el caso de autos, no solo aparece presumible dicho daño sino que, además, y a su entender, fue probado en forma acabada.

A fs. 237/240 fundan memorial los actores, quienes solicitan la revocación parcial de la sentencia impugnada, con imposición de costas. Se agravian, en primer término, por la forma en que discriminó el *a quo* los intereses aplicables al rubro "daño moral", habiendo establecido una tasa de interés del doce por ciento (12%) anual hasta que la sentencia quede firme y, de allí en adelante, la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina. Al respecto, afirman que tal determinación es incorrecta, amén de ser contraria a la interpretación realizada por la Corte de Justicia de Salta en el fallo "Corbalán". Critican, entonces, que habiéndose concedido el monto de la reparación conforme al reclamo de la demanda, es decir, al tiempo de la ocurrencia del daño (el 19/12/2017), correspondía que los intereses por tal rubro fueran determinados a la tasa activa general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde esa fecha y hasta el efectivo pago.

Igualmente, se agravian por el rechazo del daño punitivo, considerando que el *a quo* incurrió en una contradicción al sostener, por una parte, que la demandada incumplió con las previsiones de la Resolución 1532/1998 y que pudo haberlos trasladado al lugar de destino y no lo hizo, para concluir, luego, denegando la punición en razón de entender que la empresa no ocasionó el problema que los perjudicó ni que obró de mala fe. A su criterio, la sentenciante de grado confundió la causa del perjuicio, la fuente generadora del daño pues, el supuesto "paro general" de trabajadores, el que, además, dice, no fue acreditado en este juicio, no es el que ocasionó el daño sino que fue el propio incumplimiento contractual de la demandada, por lo que corresponde sea sancionada severamente por su inconducta, para desalentarla de continuar con esa tesitura en futuras contrataciones con otros consumidores, y así, evitar la proliferación de prácticas comerciales abusivas como la de autos.

Sustanciado el memorial, según constancia de fs. 245, la empresa demandada se presenta, a fs. 247/249, y solicita la declaración de deserción del recurso interpuesto, por entender que no cumple con los recaudos procesales necesarios, al no constituir una verdadera expresión de agravios sino, más bien, la reiteración de un alegato. Subsidiariamente, contesta aclarando que, si bien en sus agravios ya expuso una postura contraria al acogimiento del daño moral que hizo el *a quo* en autos, insistiendo aquí en su improcedencia absoluta, en esta oportunidad, le cabe rebatir la crítica de los actores apelantes, por lo que considera que la discriminación de las tasas de interés para los distintos tramos de la ejecución determinada en la sentencia, resulta ser más justa y evita el abuso del derecho por parte de los reclamantes.

Con relación al agravio por el rechazo de la imposición del daño punitivo, expresa que, en autos, quedó demostrado que su conducta nunca fue maliciosa ni con intención de dañar, y que respondió a todos los reclamos de los actores, habiendo asistido, inclusive, a la audiencia fijada por ante la Secretaría de Defensa del Consumidor, a la que no comparecieron los actores denunciantes. Enfatiza que siempre tuvo toda la disposición para brindar soluciones posibles al conflicto planteado, y, que si fracasó en sus intentos, fue por la postura intransigente y los reclamos gravemente exorbitantes e irrazonables de los actores; por esa razón es que considera que la aplicación de una multa, en esas circunstancias particulares, resultaría injusta e incausada.

Radicados los autos en esta Sala (fs. 255/256), a fs. 267/269 dictamina el Sr. Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral, aconsejando el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la empresa demandada y el acogimiento del de los actores, en mérito a las razones allí expresadas.

A fs. 272, se llaman Autos para Sentencia, providencia que se encuentra debidamente notificada (v. fs. 273/274) y consentida a la fecha.

II. Que, sendos recursos han sido interpuestos en término, conforme se coteja con las constancias obrantes a fs. 224 y vta., y 223, para el caso de la empresa demandada, y fs. 219 vta., 220 y vta., 226 vta. y 227, para el de los actores.

III. Que, liminarmente, y en virtud del pedido expreso de la demandada para que se declare desierto el recurso en trámite de la parte actora (v. fs. 247 y vta., pto.II), deviene atinado recordar que esta Sala ha sostenido, reiteradamente, la conveniencia de aplicar un criterio amplio en cuanto a la valoración de la suficiencia de los agravios, por ser el que mejor armoniza con el derecho de defensa y con el sistema de

la doble instancia (cfr. CApelCCSalta, Sala I, Fallos; 2000:654; 2013-SD:7; Tomo 2014-AI:222; AI-2016:794; AI-2019:783; SD-2020:30, 50).

En el caso, y a la luz de tales directrices, resulta —*prima facie*— que el material de agravios presentado contiene una crítica suficiente de la sentencia en crisis, que permite su examen por esta vía recursiva.

IV. Que, resulta indiscutido que el tratamiento de la cuestión traída a debate se realiza a la luz de las previsiones contenidas en la Ley 24.240, por lo que es dable recordar que "la tutela del consumidor parte de una premisa esencial: la desigualdad de las partes involucradas en la relación de consumo, la situación de debilidad de una de ellas frente a la fuerza o poderío que ostenta el otro extremo de esa relación jurídica propiciada por el mercado" (cfr. Japaze, Belén; "El deber de información", Manual de Derecho del Consumidor, 1ª ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 2009, Cap. V, p. 187).

Igualmente, se debe reparar en que el bien protegido es el derecho de quien se encuentra vinculado con un proveedor a raíz de una relación de consumo, en consideración a su característica de parte más necesitada de amparo, por lo cual, expresamente, se convalidó el principio según el cual en la interpretación de las normas debe tenerse presente la postura menos gravosa para el consumidor (arts. 1094 y 1095 Cód. Civ. y Comercial), lo que no desvirtúa por cierto la necesidad de prueba respecto de los hechos y los daños alegados por aquel en el marco de dicha relación.

En el *sub lite* los actores dedujeron acción indemnizatoria de consumo por daños derivados del incumplimiento contractual en que incurrió la empresa demandada y por la restitución de los importes abonados en concepto de pasajes aéreos, estadía en hotel (4 estrellas) en el lugar de destino, y la contratación de un crucero por el Caribe, con más las sumas reclamadas por daño moral y los intereses correspondientes, desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago; además, solicitaron la aplicación de multa civil (daño punitivo) por la inconducta desplegada por la aerolínea accionada.

El *a quo* resolvió acogiendo parcialmente la demanda y condenó a Lan Airlines SA (v. fs. 70, cuarto párr.) a pagar el equivalente actual de tres pasajes Salta/Cartagena de Indias/ Salta, en temporada alta (Navidad), cuatro días de hotel (categoría 4 estrellas) en Cartagena de Indias (Colombia) y tres pasajes en crucero por el Caribe, con idéntico recorrido al contratado por los actores, en concepto de daño patrimonial, importes que serán determinados en la etapa de ejecución de la sentencia, con más los intereses que se devenguen desde el dictado de la sentencia y hasta el efectivo pago con sujeción a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a treinta días del Banco Nación Argentina. Igualmente, la condenó al pago de la suma de doscientos mil pesos ($200.000), en concepto de daño moral, con más intereses calculados al 1% mensual desde la fecha del incumplimiento, hasta que quede firme el pronunciamiento de grado y, desde allí, hasta el efectivo pago, se aplicará la tasa activa del Banco Nación Argentina, antes señalada, imponiéndole, además, las costas del proceso.

Para así decidir, meritó que los actores habían demostrado el incumplimiento contractual en que incurrió la empresa demandada y que, por el contrario, esta, pese a haber negado su responsabilidad alegando el acaecimiento de un hecho fortuito, imprevisto, de fuerza mayor, no logró acreditar tales extremos para la eximición invocada. No obstante, sostuvo que el mero incumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa proveedora no resulta suficiente para aplicación de una multa civil, al no advertir un obrar de mala fe por parte de esta última.

V. Que, como es sabido, los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas y cada una de las argumentaciones que pongan a consideración del Tribunal, sino tan solo aquellas que sean conducentes para decidir el caso y basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. CSJN, Fallos: T. 258:308, 262:222, 265:301, 297:140, 301:970). Asimismo, el orden en el que serán tratadas las cuestiones planteadas tampoco debe guardar estricta coincidencia con el otorgado al tiempo de sustanciarse los recursos correspondientes.

En virtud de lo dicho es que se comenzará el presente análisis abordando la cuestión de la responsabilidad atribuida a la empresa demandada Lan Airlines SA, siendo que ello constituye, esencialmente, el motivo de sus agravios.

Así, del examen realizado sobre los antecedentes de la causa surge claro la existencia de un vínculo jurídico de consumo entre las partes, en el que se procura la restitución de dinero que tuvieron que desembolsar los actores para la realización de un viaje con destino a Cartagena de Indias (Colombia), que no pudo concretarse por el incumplimiento contractual en que incurrió la empresa aérea demandada, como así también el resarcimiento del daño moral sufrido en esas circunstancias; cuestión esta que resistió la demandada, invocando como eximente de su responsabilidad, el acaecimiento de un hecho imprevisible, fortuito, ajeno a su órbita de control. En líneas generales, puede decirse que la ley de Defensa del Consumidor regula lo que la Constitución Nacional denomina "relación de consumo" (art. 42), y sus disposiciones inciden no solo en las normas del Derecho civil sino,

también, comercial, procesal, administrativo, entre otras, lo que permite realizar una interpretación integradora del sistema legal protectorio.

Debe tenerse en cuenta, entonces, que con base en lo dispuesto por el artículo 40 de la mencionada ley, la responsabilidad atribuida a la contraparte del consumidor es de carácter objetiva (similar, arts. 1721, 1722 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, "factor de atribución objetivo"), por lo que, en ese caso, el deudor para eximirse de responsabilidad debe demostrar la culpa de la víctima o el hecho de un tercero por el cual no deba responder, o la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor; en definitiva, una causa ajena que interrumpa o desvíe el nexo causal, cuestión esta que, a criterio del Tribunal, no se comprobó en autos, toda vez que la empresa demandada no se ocupó de probar su postura defensiva ni aportó prueba suficiente al proceso que justifique o avale sus dichos. Para su cotejo, basta con reparar en lo resuelto en la audiencia de fs. 121/124 —puntualmente, la constancia de fs. 121 vta.—, donde se resolvió desestimar por extemporáneo el ofrecimiento de prueba que realizó la demandada a fs. 95 y vta. Por ende, no corresponde la eximición de la responsabilidad endilgada, dando lugar, a criterio de esta Sala, a que las presunciones sean valoradas en su contra.

Máxime, cuando cabe considerar aquí las previsiones del artículo 53 de la mencionada ley consumeril, en cuanto a que "Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las características del servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio". Ergo, "se trata de una verdadera imposición legal que está acorde con las modernas doctrinas del derecho procesal en cuanto a las cargas probatorias dinámicas y simultáneamente como contrapartida del art. 3 (presunción a favor del usuario) de posibilitar a la empresa su defensa conforme al precepto constitucional y de esta forma quebrar la presunción a favor del consumidor" (CCivComGualeguaychú, Sala I, 05/02/2020, *in re* "Martínez, Garbino c. Telecom Argentina SA s/ Sumarísimo", cita Online: AR/JUR/14898/2020).

Sabido es que el proveedor de servicios, como organización empresarial, es quien está en mejores condiciones de aportar pruebas, y esta premisa permite ponderar, con alta probabilidad que, en el caso particular de autos, aquel pudo acceder a toda la información atingente a la prestación de su servicio, para decidir y reorganizarse de mejor manera, y evitar "sorpresas" o "imprevistos", sobre todo si se toma en cuenta que la situación socioeconómica del país, por aquellos días, en los que, por los elementos documentales aportados (v. fs. 107/118), se presentaba como conflictiva (con medidas de fuerza de los distintos gremios nacionales) y convulsionada. Igualmente, resulta factible o previsible, suponer que si la medida de fuerza (huelga general de trabajadores) ya venía desarrollándose durante los días inmediatos anteriores a la fecha señalada, esto es el 19/12/2017 (v. fs. 111, 113), la situación podía continuar y afectar, también, la actividad comercial de ese día y que los vuelos no se llevarían a cabo con "normalidad".

En ese contexto, además, debe armonizarse la interpretación con lo normado por el artículo 1725 del mencionado código, en tanto la aerolínea demandada reviste el carácter de profesional en este tipo de relaciones jurídicas, por lo que resulta aún más difícil de generar convicción en el ánimo del juzgador, de que el "hecho" en cuestión haya sido "imponderable", a punto tal de no permitirle prevenirlo, reorganizando y reprogramando sus vuelos para dar solución a los pasajeros que ya habían comprado los billetes aéreos para esa fecha.

En su discurso la empresa predicó su conducta profesional y la buena disposición en punto a brindar todas las soluciones posibles a los usuarios de sus servicios (v. fs. 105 vta.), haciendo hincapié en que el hecho de la "cancelación del vuelo" fue fortuito, sorpresivo y ajeno a su responsabilidad; ello, amén de destacar la intransigente actitud de los Sres. Jalif, al rechazar un vuelo alternativo, ofrecido recién para fecha 26/12/2017, que debía realizarse por una ruta aérea distinta a la programada inicialmente y con un costo adicional, pretendiendo con ello atribuir cierta "culpa" a esa decisión.

Sin embargo, sabido es que para que tal eximente se active, debe acreditarse que tanto la conducta voluntaria o involuntaria de la víctima (cliente) como el hecho acaecido, sean causa adecuada del daño, el que, además, debe ser cierto y no imputable al demandado; en síntesis, debe acreditarse que dichos extremos reviste las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor; situación esta que no aparece cumplida en autos. Por lo tanto, lo simplemente alegado por la empresa carece de entidad para eximirla de su responsabilidad y no corresponde su liberación con ese sustento.

En tales condiciones, los agravios de la firma Lan Airlines SA deben ser rechazados.

VI. Que, sentada entonces la procedencia del reclamo resarcitorio, corresponde ahora analizar los agravios de los actores respecto a: (i) los intereses y la tasa aplicada a la indemnización por "daño moral", y (ii) el rechazo del daño punitivo aplicable a la empresa demandada.

VI.a.- En relación al primer agravio, se tiene que, en la sentencia condenatoria por el daño moral reclamado, se fijó la tasa de interés aplicable al crédito en el uno por ciento (1%) mensual desde la fecha del incumplimiento y hasta que quede firme dicho pronunciamiento, y desde allí, hasta el efectivo pago, se liquidará con sujeción a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

En el resolutorio en crisis no se expresaron los fundamentos por los cuales el *a quo* decidió aplicar dicha tasa, por lo que, ante el puntual agravio de los actores apelantes, corresponde aquí analizar si tal decisión resulta ajustada a derecho o no, y si corresponde o no su modificación en esta instancia ad quem.

Cabe recordar que, en materia de intereses no es posible marcar principios generales porque la solución debe adecuarse a las circunstancias de cada pleito, procurando que la decisión aparezca como la más equitativa (CACCSalta, esta Sala, Tomo 2019-SD: 138; Sala III, Tomo 2012:743). Igualmente se sostuvo que, cuando se trata de intereses judiciales (cfr. Art. 622 Cód. Civil), su determinación quedará librada a la discreción del juez y que, en cada caso, los intereses deberán ser evaluados y ha de buscarse la solución que aparezca como la más equitativa para evitar el abuso de los acreedores en pretender cobrar intereses que resulten contrarios a los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, a la vez que también enerve el de los deudores que pretendan se reconozcan intereses que, por lo bajo, envilezcan el crédito de aquellos (CACCSalta, Sala II, 2007, 1° parte: 209; 2013, 2° parte: 358; 2018-SD, 2° parte: 459)

Ahora bien, en el presente caso, y tal como lo expresaron los apelantes, debe considerarse esta cuestión de los intereses y la tasa aplicable, en los términos en que ha sido definido por nuestra Corte de Justicia, puntualmente, *in re* "Corbalán" (CJS, Tomo 206:21), en el que se dijo que: "La finalidad de la indemnización es volver las cosas al estado anterior al incumplimiento del deudor, de modo que el monto admitido por todo concepto implique la reparación integral de los daños [...] La demora en el cumplimiento genera, entonces, una pérdida adicional resarcible a título de interés que los jueces no pueden desconocer sin privar al damnificado el legítimo derecho a la reparación integral del perjuicio". En ese sentido, destacó que "la tasa de interés fijada (activa) 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".

En virtud de tales premisas y advirtiéndose que, efectivamente, en la sentencia de grado no se calculó el capital de condena por el mentado rubro de daños (daño moral) en valores actuales, sea a una fecha anterior a la sentencia o a la fecha de ella, pero que permitiese la aplicación de algún mecanismo indexatorio (en los cánones de la ley 23.928) o exento de deterioro a causa de la depreciación monetaria, la aplicación de la referida tasa activa, desde el mismo momento de la mora y hasta el efectivo cumplimiento de la sentencia, deviene necesaria y cabe su imposición en ese modo.

En definitiva, corresponde acoger el agravio formulado en ese sentido por los actores, revocándose parcialmente el punto I de la sentencia de fs. 213/219 y su aclaratoria de fs. 222, dejando establecido que los intereses para el rubro "daño moral" deberán liquidarse con sujeción a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, lo que así se resuelve.

VI.b.- En cuanto al daño punitivo hay que recordar que la ley 26.361 lo incorporó a la Ley de Defensa al Consumidor, a través del art. 52 bis, el cual dispone que "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independiente de otras indemnizaciones que correspondan...".

Para una parte de la doctrina, que podría calificarse como extremadamente tuitiva para los consumidores, de acuerdo al texto de la norma, la única exigencia para que el daño punitivo resulte aplicables sería "que el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales", lo que —al parecer, sin requerirse nada más— resultaría suficiente para que la multa pueda ser impuesta (cfr. Tinti, Guillermo P. - Roitman, Horacio, "Daño Punitivo" en 'Revista de Derecho Privado y Comunitario' 2012-1, "Eficacia de los derechos de los consumidores", p. 215, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2012).

Sin perjuicio de ello, debe destacarse que la mayoría de la doctrina es pacífica en sostener su procedencia en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, especialmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva. Así también lo tiene entendido la Corte de Justicia de Salta (cfr. CJS, 183:191).

Se entiende que la mentada multa, no tiene carácter retributivo sino disuasivo/punitivo; es decir, opera

a modo de advertencia ejemplar para evitar que el infractor cometa otros daños con su conducta antijurídica, por cuanto lo que se busca proteger, por añadidura, es el orden social, trascendiendo así el conflicto de intereses particulares (cfr. Lex Doctor, voz: "defensa al consumidor multa", *in re* "Solanas Country SA c. Sec. de Comercio e Inversiones"), en orden al efectivo resguardo del derecho genérico a no ser víctima (Zavala de González, Matilde, "Función preventiva de daños", LA LEY, 1. p.1, 03/10/2011).

En tal sentido, es criterio adoptado por esta Sala que, si bien el artículo 52 bis tiene un propósito claramente sancionatorio, su finalidad no es solo la de castigar a la demandada por una conducta grave sino también desalentarla para el futuro, vale decir que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos en el futuro (cfr. CApel.CC Salta, Sala I, Tomo 2011:280; Tomo 2016-S:251; 2017-S:145). La reprochabilidad de la conducta, su intencionalidad o el grado a que refleja su indiferencia frente a los usuarios es el punto central a tener en cuenta para la fijación de esta sanción (cfr. CJS, 175:355. CApel.CC Salta, Sala I, Tomo 2011:280; Tomo 2016-S:251; 2017-SD:109, 145, 197; 2018-SD:291; 2019-SD:143).

En autos, pese a no advertirse un actuar doloso por parte de las demandadas, en cuanto intención deliberada de dañar, se aprecia en su conducta, además del incumplimiento objetivo a los deberes que el orden normativo le impone (Código Aeronáutico, Res. 1532/1998 MEOSP), una desaprensiva indiferencia hacia el consumidor que lo obligó a iniciar instar judicialmente la acción para lograr el reconocimiento de su pretensión resarcitoria, en función de lo cual procede revocar lo resuelto en relación con el daño punitivo en la instancia de grado y acoger el rubro.

VII. Que, en consecuencia, y de conformidad a lo resuelto precedentemente, el recurso de apelación de la empresa demandada es rechazado, por no prosperar la crítica realizada al fallo atacado.

En cuanto a los agravios formulados por los actores (apelantes), en tanto son acogidos en su totalidad, corresponde revocar el punto I de la sentencia dictada a fs. 213/219 y su aclaratoria de fs. 222, dejándose establecido que los intereses para el rubro "daño moral" deberán liquidarse con sujeción a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Igualmente, se condena a la empresa demandada a abonar la suma de treinta mil pesos ($30.000.-) por daño punitivo, en el término de diez días de notificada la presente, caso contrario, se le aplicará a dicho monto los intereses computados a una tasa del 36% anual.

Todo lo antedicho es sin perjuicio de lo que efectivamente resultare en la etapa de cumplimiento de la sentencia.

VIII. Que, las costas en esta instancia se imponen a la firma comercial demandada, teniendo en consideración la especial naturaleza de la cuestión debatida (acción de consumo) y en aplicación del criterio objetivo de la derrota (art. 67 del CPCC).

IX. Que, conforme Acordada N° 12.062 de la Corte de Justicia de Salta, corresponde disponer que los honorarios a regularse a los profesionales intervinientes en la Alzada se calculen, según artículo 15 de la Ley 8035, en un cincuenta por ciento (50%) para el caso de la letrada de la parte actora, y un cuarenta por ciento (40%), para los de la demandada, sobre la base de la regulación que se efectúe en primera instancia.

El doctor *Rey* dijo:

Que, por sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.

Por ello, La Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, falla: I. Rechazando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 223 de los presentes autos. II. Haciendo lugar al recurso interpuesto por los actores a fs. 227 y, en su mérito, revocando el punto I de la sentencia dictada a fs. 213/219 y su aclaratoria de fs. 222, dejándose establecido que al monto indemnizatorio de la condena por "daño moral" deberá aplicarse la tasa de interés consignada en el Considerando VI "a" de la presente, hasta la fecha del efectivo pago, confirmándola en lo demás.

III. Condenando a la empresa demandada Lan Airlines SA (Latam Airlines Group SA) a abonar la suma de treinta mil pesos ($30.000.-) por daño punitivo, en el término de diez días de notificada la presente, caso contrario, se le aplicará a dicho monto los intereses computados a una tasa del 36% anual, conforme lo expresado en el Considerando VI "b", de la presente.

IV. Imponiendo las costas de la Alzada a la firma comercial demandada.

V. disponiendo que los honorarios de los profesionales que intervinieron en la Alzada se regulen de acuerdo a lo establecido en el Considerando IX de la presente. VI. Mandando se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos al Juzgado de origen. — *Gonzalo Mariño. — Ricardo C. Rey.*

ACCIÓN DE SIMULACIÓN

Impugnación de la compraventa realizada entre suegro y yerno. Apreciación de la prueba. Procedencia. Inicio del cómputo de la prescripción. Sentencia que emplazó a la accionante en el estado de hija del causante. Restitución de los frutos.

1. — Se encuentra probado un cúmulo de hechos que permite tener por probada, por vía presuncional, la simulación alegada por la accionante. La compraventa en revisión fue instrumentada veintinueve días después de que solicitara la realización de la prueba de ADN, a fin de evitar el reclamo judicial de filiación. Se acreditó la causa de la simulación, constituida por la voluntad del vendedor de excluir de su patrimonio el campo enajenado, a fin de privar a la accionante de sus derechos hereditarios sobre el mismo. La parte demandada ni siquiera invocó la necesidad o la conveniencia que impulsó al vendedor a enajenar, a un menor precio, un bien de gran importancia patrimonial, que constituía su principal fuente de ingresos. Tampoco probó la capacidad económica de su yerno para adquirir el inmueble **[1]**.

2. — La relación de parentesco entre las partes del acto constituye un importante hecho indiciario de la simulación, pues la gravedad de las consecuencias que acarrea la simulación ilícita, que impide a los simuladores obtener la declaración de nulidad del acto, si con ella obtienen algún beneficio, exige una gran confianza recíproca entre los partícipes de este (art. 959, Cód. Civil).

3. — El poseedor de mala fe debe restituir los frutos percibidos y los que, por su culpa, deje de percibir (arts. 2438, Cód. Civil y 1935, Cód. Civ. y Com., aplicable a partir del 01/08/2015). No pudiendo dudarse de la mala fe de los sucesores de las partes del acto simulado, a partir de la notificación de la demanda de simulación, resulta evidente que los mismos deben desde entonces los frutos a la accionante, en la proporción que a esta le corresponda sobre el inmueble objeto de la compraventa anulada.

4. — Cuentan con legitimación para ejercer la acción de simulación, todos los terceros que tengan un derecho amenazado a causa del acto simulado. En este caso, el derecho que la accionante indica como afectado por la compraventa impugnada, es el derecho a heredar en la sucesión de su padre. Para gozar de ese derecho hereditario, necesariamente tenía que estar emplazada en el estado de hija (art. 3565, Cód. Civil).

5. — No habiendo contado la actora con legitimación para accionar por simulación hasta el momento en que adquirió firmeza la sentencia que la emplazó en el estado de hija del causante, y por lo tanto, le confirió derechos hereditarios sobre el patrimonio dejado por el mismo; emerge, como forzosa consecuencia, que hasta entonces no comenzó a correr el plazo de prescripción de la acción. Sabido es que la prescripción liberatoria empieza a correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción (art. 3949, Cód. Civil). Partiendo de esta plataforma, en este caso no se operó la prescripción de la acción de simulación.

CCiv. y Com., Junín, 01/12/2020. - Stradella, Silvio Luis c. sucesores de Toscanini, Juan Mateo y otro/a s/ simulación.

[Cita on line: AR/JUR/75297/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 02/03/2015, "R., A. M. F. c. B., M. A. s/ simulación", La Ley Online, AR/JUR/2572/2015.

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expte. N° 883-2012

2ª Instancia.- Junín, diciembre 1 de 2020.

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Castro Durán* dijo:

I. A fs. 472/488 vta. el Juez titular del Juzgado de primera instancia N° 1, Dr. Fernando H. Castro Mitarotonda, dictó sentencia, por la que, previa desestimación de la excepción de prescripción opuesta por los sucesores de Juan Mateo Toscanini y por los sucesores de Miguel Ángel Máspoli, receptó la acción iniciada en contra de los mismos, por Silvia Beatriz Biasotti Toscanini, y continuada por su heredero Silvio Luis Stradella, declarando la nulidad, por simulación, de la compraventa de una fracción de campo celebrada entre Miguel Angel Máspoli y Rosa Elvira Marchioni, actuando esta última en representación de Juan Mateo Toscanini. Asimismo, condenó a los demandados a la restitución de los frutos, difiriendo la determinación

de su importe, para el procedimiento de ejecución de sentencia, importe al que deberán computársele intereses a la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a plazo fijo a treinta días, salvo en los períodos en que tenga vigencia y sea superior, que será aplicable la tasa que dicha entidad disponga para los fondos captados a través del sistema Home Banking, en su modalidad tradicional, desde la fecha de la notificación del traslado de la demanda. Finalmente, impuso las costas a la parte demandada.

II. Contra este pronunciamiento, Ofelia Mabel Toscanini, Marina Judit Máspoli, Laura Mabel Máspoli y Germán Miguel Máspoli, interpusieron apelación a fs. 498; recurso que, concedido libremente, motivó la elevación del expediente a esta Cámara.

III. Por medio del escrito electrónico de fecha 21/05/2020, los apelantes presentaron la expresión de agravios, impugnando inicialmente la desestimación de la excepción de prescripción; seguidamente, la valoración de los elementos probatorios efectuada por el sentenciante de origen, en virtud de la cual, concluyó en la existencia de la simulación; y finalmente, la condena a la restitución de los frutos.

IV. Corrido traslado de la mencionada expresión de agravios, se recibió, por medio del escrito electrónico de fecha 19/06/2020, la contestación formulada por Silvio Luis Stradella, quien, con el patrocinio letrado de la Dra. María Cristina Fascioli, solicitó la desestimación de la apelación de los demandados; luego de lo cual, se dictó el llamamiento de autos para sentencia, cuya firmeza deja a las presentes actuaciones en condiciones de resolver.

V. En tal labor, paso al tratamiento de los distintos agravios.

A) Comienzo por el tratamiento del agravio dirigido contra la desestimación de la excepción de prescripción.

a. A tal efecto, estimo útil recordar:

i. Que el sentenciante de primera instancia desestimó la excepción de prescripción opuesta por los demandados.

Para fundar tal desestimación, inicialmente expuso que en este caso resulta aplicable el plazo bienal previsto por el artículo 4030 del Cód. Civil.

Seguidamente, remarcó que, como surge de la causa "Biasotti, Silvia c. Toscanini Juan M. s/ filiación", el 12/03/2010 la actora fue emplazada como hija de Juan Toscanini; en tanto que en este proceso, la demanda fue interpuesta en fecha 07/03/2012.

Concluyó, tomando dichas fechas, en que al momento de la interposición de la demanda, la acción de simulación no estaba prescripta; porque la actora la ejerció una vez que adquirió legitimación al efecto, por medio de la sentencia de filiación.

Finalmente, agregó que si bien es cierto que la actora pudo haber iniciado antes la acción de simulación, también lo es que la prescripción no empezó a correr hasta el nacimiento de dicha acción.

ii. Que los apelantes, patrocinados por la Dra. Bibiana Isabel Ferrero, impugnaron tal decisión.

Expusieron que el inicio del plazo de la prescripción de la acción ejercida en autos, no debe computarse a partir de la sentencia de filiación, sino desde el 25/04/2008, fecha en que la actora, en el juicio de filiación, tildó de simulado el acto jurídico impugnado.

Continuaron diciendo que el plazo de prescripción previsto en el artículo 4030 del Cód. Civil, que es aplicable a la acción ejercida por los terceros, comienza a correr desde que el interesado hubiese sostenido que el acto era simulado.

Afirmaron que no caben dudas de que la actora, desde el 25/04/2008, tenía conocimiento del carácter ficticio que le atribuyó en autos, a la compraventa impugnada.

Adujeron que, en su defecto, el plazo bienal de prescripción comenzó a correr desde la muerte del causante, ocurrida el día 18 de Junio de 2006. Sostuvieron que la accionante, como hija extramatrimonial del causante, tenía derechos que, aunque litigiosos, la habilitaban para accionar paralelamente por filiación y simulación, ya que tenía un interés eventual en la declaración de nulidad de la compraventa, porque la misma entrañaba un peligro para esos derechos.

Agregaron que, de acuerdo a la doctrina legal emanada de la Suprema Corte de Justicia, la acción de simulación se acuerda a cualquier persona que tenga interés en su declaración, ya sea por la afectación de un derecho actual o eventual.

Finalizaron manifestando que la sentencia apelada no es una derivación razonada del derecho vigente, dado que el sentenciante dijo lo que la ley no dice, haciendo una interpretación arbitraria de las normas aplicables.

b. A fin de resolver este agravio, cabe señalar preliminarmente que bien ha estado el sentenciante de origen en aplicar al presente caso, las normas del Cód. Civil derogado; puesto que, según la parte demandada, la totalidad del plazo requerido para la extinción de la acción, habría transcurrido durante la vigencia

de dicho cuerpo legal (art. 2537 Cód. Civ. y Comercial).

Sentado ello, estimo conveniente recordar que cuentan con legitimación para ejercer la acción de simulación, todos los terceros que tengan un derecho amenazado a causa del acto simulado.

En este caso, el derecho que la accionante indica como afectado por la compraventa impugnada, es el derecho a heredar en la sucesión de su padre.

Para gozar de ese derecho hereditario, necesariamente tenía que estar emplazada en el estado de hija (art. 3565 Cód. Civil).

La sentencia que hizo lugar a la pretensión de reclamación de filiación extramatrimonial, se erigió en el título de estado de hija del causante (art. 254 Cód. Civil); motivo por el cual, solo a partir de que la misma adquirió firmeza, la accionante pudo ser considerada heredera, con sus derechos de tal, amenazados. Antes de ese momento, solo tenía una expectativa que no contaba con el respaldo de la acción de simulación.

Por lo tanto, no habiendo contado la actora con legitimación para accionar por simulación hasta el momento en que adquirió firmeza la sentencia que la emplazó en el estado de hija del causante, y por lo tanto, le confirió derechos hereditarios sobre el patrimonio dejado por el mismo; emerge, como forzosa consecuencia, que hasta entonces no comenzó a correr el plazo de prescripción de la acción. Sabido es que la prescripción liberatoria empieza a correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción (art. 3949 Cód. Civil).

Partiendo de esta plataforma, concluyo en que en este caso no se operó la prescripción de la acción de simulación.

Llego a esta conclusión, considerando que la sentencia emitida el 12/03/2010 que emplazó a la accionante en el estado de hija de Juan Mateo Toscanini, adquirió firmeza el 29/03/2010 (ver cédulas de fs. 119/120 y 121/122); en tanto que la demanda que dio origen al presente proceso fue presentada el 07/03/2012 (ver cargo de Receptoría general de expedientes de fs. 23 vta.); razón por la cual, resulta indudable que para esta última fecha no habían transcurrido los dos años que el artículo 4030 del Cód. Civil establecía para la prescripción de la acción de simulación.

Por ello, la desestimación del agravio en tratamiento se impone (arts. 2537 Cód. Civ. y Comercial; 254, 3565, 3949 y 4030 Cód. Civil).

B) Paso ahora al tratamiento del agravio dirigido contra la valoración de la prueba que desembocó en la declaración de nulidad por simulación, de la compraventa impugnada.

a. A tal efecto, estimo útil recordar:

i. Que el sentenciante de primera instancia concluyó en que la compraventa impugnada fue simulada.

Arribó a tal conclusión, haciendo hincapié en que dicha compraventa fue celebrada el 13/01/2006, poco tiempo después de que la actora comunicara, mediante acta notarial, su intención de ser reconocida como hija de Juan Mateo Toscanini, y en la antesala del inicio del proceso de filiación, promovido el 11/09/2006.

Siguió diciendo que estas fechas demuestran la *causa simulandi*, constituida por la voluntad del mencionado Toscanini de desprenderse del bien de mayor valor económico de su patrimonio, para transferírselo al marido de su hija.

Agregó que la relación familiar entre los contratantes, suele ser un indicio importante para descubrir la simulación ilícita.

Expuso que la falta de seriedad del acto, también resulta de la ausencia de recursos económicos del adquirente y de la inexistencia de pagos realizados mediante transferencias bancarias; careciendo de eficacia probatoria las manifestaciones efectuadas en la escritura, porque resultan unilaterales.

Resaltó que el precio de la compraventa se pactó en la suma de U$S 300.000; en tanto que de la pericia de tasación resulta que el valor del campo en cuestión era de U$S 430.000, en diciembre de 2004, y de U$S 490.000, en enero de 2006.

Señaló que Toscanini falleció apenas seis meses después de la venta cuestionada; a lo que añadió finalmente que la demandada no aportó elementos probatorios suficientes para formar convicción acerca de la licitud del acto sospechado.

ii. Que los apelantes impugnaron tal decisión, basando su crítica recursiva en los siguientes argumentos:

- los pagos no se acreditaron mediante transferencia bancaria, porque no era necesario, ya que su realización consta en la escritura de compraventa que, como tal, está investida de suficiente valor probatorio legal;

- el poder especial para vender contenido en la escritura pública de fecha 31/12/2004, fue otorgado por

Juan Mateo Toscanini a su esposa, un año antes de la comunicación, por acta notarial, de la intención de la actora ser reconocida como hija de aquel; fecha en que el poderdante tenía plena libertad de vender sus bienes a quien quisiera;

- el sentenciante, para anular el acto, erróneamente tuvo en cuenta la fecha de la escritura traslativa de dominio, 13/01/2006, sin advertir que el poder antecedente de la misma, fue otorgado con anterioridad a ella;

- el sentenciante soslayó la relevancia probatoria de dicho poder especial otorgado, con efecto "post mortem", para vender el inmueble en cuestión al comprador indicado, por el precio fijado y en las condiciones de pago señaladas;

- resulta errónea la conclusión extraída por el sentenciante acerca de que la "causa simulandi" quedó demostrada con la notificación fehaciente de la intención de la actora de ser reconocida como hija de Toscanini y el posterior inicio del proceso de filiación; porque la operación impugnada estaba hecha con anterioridad, según consta en el poder especial conferido el 30/12/2004;

- no está prohibida la venta de los bienes al yerno; por lo que el juez no puede decir lo que la ley no dice, ni tomar dicha relación de parentesco como indicio de la irrealidad de la compraventa;

- tampoco constituye indicio alguno que Toscanini haya vendido el bien de mayor valor; porque no existe obstáculo legal alguno para realizar esa venta;

- dicha venta se concretó con las respectivas entregas de dinero en presencia del escribano actuante, no habiéndose realizado las entregas posteriores, porque, al fallecer primero Toscanini y luego Máspoli, la hija del primero y esposa del segundo, se convirtió en acreedora y deudora simultáneamente;

- el sentenciante no tuvo en cuenta el hecho notorio de que los argentinos tienen su dinero en paraísos fiscales, en cajas de seguridad, en títulos o en su casa; dato que visibiliza el error interpretativo acerca del pago del precio; pago que no era necesario efectuar mediante transferencia bancaria; ya que el comprador lo hizo con dinero en efectivo que disponía fuera del circuito financiero;

- el sentenciante tampoco tuvo en cuenta que el comprador no era un "seco" (textual en la expresión de agravios), pese a que en la demanda, la actora reconoció que el mismo era propietario, por herencia, de aproximadamente cuarenta hectáreas de campo y arrendaba a su hermana, otras cuarenta hectáreas;

- tampoco el sentenciante tuvo en cuenta que el certificado pedido por el escribano actuante, es anterior al acta notarial del 15/12/2005, según resulta de la plancha registral que data del 25/11/2005;

- el sentenciante priorizó el valor de los informes de fs. 440/442, no obstante la mayor relevancia que tiene la pericia hecha por el tasador designado en autos;

- la diferencia existente entre el precio pactado y el tasado, se justifica sobradamente, si se tiene en cuenta la relación familiar existente entre comprador y vendedor, que aventa un interés de lucro por parte de este último.

b. A fin de resolver este agravio, comienzo por señalar que en el presente caso resulta aplicable el Cód. Civil actualmente derogado, porque el mismo regía en la fecha de la celebración de la compraventa en revisión, la que debe ser evaluada de acuerdo a la legislación por entonces vigente (art. 7 Cód. Civ. y Comercial). Sentado ello, considero útil mencionar que la simulación se presenta como vicio de los actos jurídicos, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para emitir conscientemente una declaración de voluntad ficticia, con un propósito de engaño (art. 955 Cód. Civil).

En este caso, de los términos de la demanda surge claramente que la accionante sostiene que el acto jurídico impugnado entraña una simulación absoluta e ilícita, por tratarse de una compraventa ficticia, que le causa perjuicio, porque la despoja de sus derechos hereditarios sobre el inmueble enajenado (arts. 956 y 957 Cód. Civil).

En claro este punto, corresponde mencionar que la accionante, aunque reviste la calidad de heredera del vendedor, debe ser considerada como una tercera ajena al acto impugnado, ya que ella alega haber sido perjudicada por el mismo (conf. Guillermo Alberto Borda, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Tomo II, p. 367; y Julio C. Rivera, "Instituciones de Derecho Civil", T. II, p. 867).

Categorizada la accionante como tercera, queda exenta de las limitaciones establecidas para las partes del negocio impugnado, tanto en lo relativo a la imposibilidad de beneficiarse con la anulación del mismo, como en lo concerniente a la presentación del contradocumento (arts. 959 y 960 Cód. Civil). Con respecto al contradocumento, dado que el mismo está destinado a quedar en secreto entre las partes del acto simulado, los terceros generalmente no pueden valerse de él para ofrecer una prueba directa de la simulación; motivo por el cual, cuando ellos accionan, no se les exige el acompañamiento de este instrumento, admitiéndose con amplitud la prueba de presunciones.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia tiene resuelto que "...la prueba de la simulación que pueden aportar los terceros, no tiene la limitación que el contradocumento impone a las partes, teniendo a su favor todos los medios probatorios posibles, porque se encuentran en desventaja con respecto a las partes, de allí que se les permita ofrecer el dicho de testigos, y cualquier elemento presuncional que pueda llevar a la convicción del juzgador estar en presencia de un acto ficticio..." (sent. del 23/4/2003, recaída en Ac. 83.100 "Rivadulla, Lelia y ot. c. Píccolo, Aquiles y ot. s/ simulación y revocatoria en subsidio").

A la luz de estas pautas, paso a evaluar las constancias de autos.

En primer lugar, cabe resaltar que no está discutido que la compraventa en cuestión, fue celebrada entre Juan Mateo Toscanini y Miguel Angel Máspoli; quienes estaban unidos por una cercana relación de parentesco, ya que eran suegro y yerno, respectivamente.

Es unánimemente admitido que la relación de parentesco entre las partes del acto, constituye un importante hecho indiciario de la simulación, pues la gravedad de las consecuencias que acarrea la simulación ilícita, que impide a los simuladores obtener la declaración de nulidad del acto, si con ella obtienen algún beneficio, exige una gran confianza recíproca entre los partícipes del mismo (art. 959 Cód. Civil).

En segundo lugar, no puede soslayarse que la compraventa en revisión fue instrumentada 13/01/2006 (ver escritura pública N° 3 de fs. 372/376), veintinueve días después de que la accionante solicitara fehacientemente que Juan Mateo Toscanini accediera voluntariamente a la realización de la prueba de ADN, a fin de evitar el reclamo judicial de filiación (ver fs. 225/228, acta notarial de fecha 15/12/2005).

Es cierto que el 31/12/2004 el vendedor le otorgó un mandato a su esposa, para que la misma venda, en su representación, a Miguel Ángel Máspoli, la fracción de campo en cuestión, por un precio de U$S 300.000 (ver escritura pública N° 285 de fs. 370/371).

Para valorar la relevancia de este mandato, resultan trascendentes las declaraciones testimoniales vertidas en la causa de filiación unida por cuerda. En dicha causa, Alberto Oscar Cremona, cuando se le preguntó si conocía al padre de la actora, respondió tajantemente "...el padre, a no dudar, era Toscanini..." (ver fs. 34, resp. a la 6ª preg., el entrecomillado encierra copia textual).

Elda Bercelli dijo que conoció a la madre de la accionante, que se llamaba Alicia, a lo que agregó que "...vivió todo el noviazgo y la oposición del padre de Toscanini para que "Quito" Toscanini se case con Alicia...Quito se fue con su familia a Arribeños, al campo que se le dio al padre, la declarante lo sabe porque ella siguió la misma suerte, ya que a su padre también le asignaron un campo en Arribeños...Cuando la dicente y su familia se fueron a Arribeños, cuando su padre venía de visita a Wheelwright, Quito le pedía que visitara a los Biassotti, a Alicia y a su hija, y cuando su papá regresaba a Arribeños, le contaba a Quito como era Silvia y cuanto se parecía a él, que tenía como él, el meñique torcido..." (ver fs. 34/vta., resps. a las pregs. 5ta y 10ma, el entrecomillado encierra copia textual).

Con estos testimonios, queda en claro que en Whellwrigt era de público conocimiento que el padre de la accionante era Juan Toscanini y que, obviamente, él también lo sabía (art. 384 y 456 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En virtud de esta circunstancia, es posible que hubiera llegado a conocimiento de Toscanini, la decisión de la accionante de reclamar su filiación paterna, aún antes de que la misma le hiciera conocer en forma fehaciente tal decisión.

Por otra parte, cabe resaltar que Toscanini otorgó, por medio de escritura pública, un poder especial a su esposa, para que esta oportunamente firme, en su representación y en favor de Miguel Ángel Máspoli, la escritura traslativa de dominio de la fracción de campo en cuestión.

En la escritura por la que confiere ese mandato, Toscanini dejó expresa constancia de que ese mismo inmueble ya había sido vendido al indicado comprador.

Entonces, estando ya concretada la venta, llama la atención que no se hubiera instrumentado directamente la escritura traslativa de dominio; sino que, en su lugar, se otorgara un mandato para escriturar, y que finalmente la mandataria extendiera dicha escritura, luego de la comunicación fehaciente de la voluntad de la accionante de reclamar su filiación paterna.

No parece convincente el diferimiento de la escrituración para el momento en que estuvieran concretados los dos primeros pagos parciales del precio (ver cláusula 2 de la escritura N° 285), dado que esos dos primeros pagos sumaban un importe de U$S 50.000, y estaba convenido, siempre según los dichos del mandante, que el pago del saldo de precio de U$S 250.000, iba a ser garantizado con una hipoteca sobre el inmueble (ver cláusula 3 de la escritura N° 285).

En tercer lugar, tengo por revelada la causa de la simulación, constituida por la voluntad de Toscanini

de excluir de su patrimonio el campo enajenado, a fin de privar a la accionante de sus derechos hereditarios sobre el mismo.

Vale recordar al respecto, que la llamada *causa simulandi* es un elemento revelador de significativa importancia, dado que le da una justificación a la simulación (conf. Julio César Rivera, obra y tomo previamente citados, ps. 867/869).

Contrastando con la diligente actividad probatoria de la actora, aparece la pasividad de la parte demandada.

En primer lugar, no puede soslayarse que la parte demandada ni siquiera invocó la necesidad o, al menos, la conveniencia que impulsó a Toscanini a enajenar, a un menor precio que el que tenía por entonces (ver pericia de tasación de fs. 431/vta), un bien de gran importancia patrimonial, que constituía su principal fuente de ingresos.

De las constancias de la causa, no surge ningún motivo que pudo haber llevado a Toscanini a vender la fracción de campo; como, por ejemplo, que necesitaba el dinero para adquirir otro bien, viajar, disfrutar los años que le restaran por vivir, etc.

La falta de explicación de la causa móvil del acto, es también un indicio de la simulación del mismo (conf. Julio César Rivera, obra y tomo previamente citados, p. 873).

En segundo lugar, cabe resaltar que la parte demandada no probó que los pagos de $45.000 (equivalentes a U$S 14.851) fueron hechos mediante sendas transferencias bancarias de fechas 3 y 13 de enero de 2006, tal como manifestaron el vendedor y el comprador ante el escribano interviniente en la escritura traslativa de dominio, cuya intervención confiere autenticidad a la manifestación de aquellos de que los pagos se hicieron por tal vía, mas no de que las transferencia bancarias hayan sido realmente realizadas (art. 993 Cód. Civil).

Del mismo modo, la intervención del escribano autorizante confiere autenticidad al hecho de que en el acto formalizado en la escritura, el comprador entregó al vendedor la suma $61.503 en dinero efectivo.

Pero dicha autenticidad se refiere solamente al hecho de la entrega del dinero, sin alcanzar a la circunstancia de que esa entrega haya sido realmente la ejecución del pago del precio; motivo por el cual, no puede descartarse que la entrega de dinero ante el escribano, haya sido un aspecto más de la simulación de la compraventa (art. 993 Cód. Civil).

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que la parte demandada tampoco probó la capacidad económica de Máspoli para adquirir el inmueble en cuestión. Ninguna prueba produjo acerca de la actividad productiva del mismo, ni de los ingresos que con ella obtenía.

Al respecto, resulta útil recordar que, si bien la carga probatoria de la simulación recae sobre quien la alega, la parte demandada no puede limitarse a la simple negativa de los hechos invocados por la contraria; sino que, debe ofrecer y producir los medios necesarios para demostrar la sinceridad del negocio cuestionado, por virtualidad del principio de las cargas dinámicas de la prueba, que tiene especial relevancia en la materia (conf. Guillermo Alberto Borda, obra y tomo citados previamente, p. 367; y Julio C. Rivera, obra y tomo citados previamente, p. 868).

En conclusión, tengo por probado un cúmulo de hechos que, por su precisión, gravedad y concordancia, se erigen en indicios no desvirtuados, cuya valoración conjunta en el marco conformado por las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al acto en revisión; permite tener por probada, por vía presuncional, la simulación alegada por la accionante (art. 163 inc. 5° Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Como forzoso corolario de todo lo expuesto, se impone la desestimación del agravio en tratamiento (arts. 7 Cód. Civ. y Comercial; 955, 956, 957, 959, 960 y 993 Cód. Civil).

C) Finalmente, me ocuparé del agravio dirigido contra la condena a la restitución de los frutos.

a. A tal efecto, estimo útil recordar:

i. Que el sentenciante de primera instancia sostuvo que, en virtud de los efectos de la pretensión, corresponde acceder a la solicitud de los frutos, desde el día de la notificación de la demanda de simulación, y por el porcentaje correspondiente al carácter ganancial del bien.

Finalmente, difirió la determinación del importe adeudado para la etapa de la ejecución de sentencia.

ii. Que los apelantes impugnaron la condena a la restitución de los frutos desde la fecha de la notificación de la demanda de simulación, exponiendo que detentan la posesión del predio rural de buena fe, ejercitando su derecho de propiedad en forma compatible con la naturaleza del mismo, como así también de los frutos industriales que produce su explotación.

Asimismo, se agraviaron porque en la sentencia no se determinó su derecho a debitar de las liquida-

ciones, los gastos que demandó la explotación del campo, como tampoco la obligación de la actora, de reembolsar los impuestos, tasas y contribuciones correspondientes.

b. A fin de resolver este agravio, encuentro útil remarcar que el poseedor de mala fe debe restituir los frutos percibidos y los que, por su culpa, deje de percibir (arts. 2438 Cód. Civil y 1935 Cód. Civ. y Comercial, aplicable a partir del 01/08/2015).

No pudiendo dudarse de la mala fe de los sucesores de las partes del acto simulado, a partir de la notificación de la demanda de simulación (art. 2361 Cód. Civil y 1935 Cód. Civ. y Comercial), resulta evidente que los mismos deben desde entonces los frutos a la accionante, en la proporción que a esta le corresponda sobre el inmueble objeto de la compraventa anulada.

Por otra parte, el reembolso de los gastos explotación y cargas fiscales, deberá ser tratado en la ejecución de sentencia, etapa para la que el sentenciante de origen difirió, sin agravio alguno, la determinación del importe de los frutos adeudados.

Peor lo expuesto precedentemente, este agravio tampoco puede prosperar (arts. 2361, 2438 Cód. Civil y 1935 Cód. Civ. y Comercial).

VI. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada (arts. 7, 1935, 2537 Cód. Civ. y Comercial; 254, 955, 956, 957, 959, 960, 993, 2362, 2438, 3565, 3949 y 4030 Cód. Civil); con costas de alzada a la apelante (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Los doctores *Volta* y *Guardiola*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Castro Durán* dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso: —artículo 168 de la Constitución Provincial—, estimo que corresponde: I. Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs. 498, y consiguientemente, confirmar la sentencia de fs. 472/488 vta. (arts. 7, 1935, 2537 Cód. Civ. y Comercial; 254, 955, 956, 957, 959, 960, 993, 2362, 2438, 3565, 3949 y 4030 Cód. Civil). II. Las costas de Alzada se impone a la parte demandada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial); difiriendo la regulación de honorarios correspondiente para la oportunidad en que estén determinados los de primera instancia (art. 31 LH).

Así lo voto.

Los doctores *Volta* y *Guardiola*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso —artículos 168 de la Constitución Provincial y arts. 266, 267 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: I. Desestimar el recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs. 498, y consiguientemente, confirmar la sentencia de fs. 472/488 vta. (arts. 7, 1935, 2537 Cód. Civ. y Comercial; 254, 955, 956, 957, 959, 960, 993, 2362, 2438, 3565, 3949 y 4030 Cód. Civil). II. Las costas de Alzada se impone a la parte demandada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial); difiriendo la regulación de honorarios correspondiente para la oportunidad en que estén determinados los de primera instancia (art. 31 LH). Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de origen. — *Ricardo M. Castro Durán. — Juan J. Guardiola. — Gastón M. Volta.*

PRIVACIÓN DE USO DEL AUTOMOTOR

Reparación por fallas. Procedencia de la indemnización por indisponibilidad del vehículo.

1. — El solo hecho de que el accionante se haya viso privado de la posibilidad de usar su vehículo —que a poco más de un año presentaba fallas de tal gravedad que hicieron necesario el cambio completo del motor— durante casi cuatro meses hace presumir un daño que merece ser indemnizado, y en nada conmueve lo dicho, que tal privación haya sido consecuencia de una reparación "satisfactoria" realizada durante el periodo de garantía, ni que la misma se haya cumplido dentro del plazo previsto.

2. — En materia de privación de uso, la carga probatoria no apunta a la demostración de la configuración del daño en sí mismo, que surge de la mera indisponibilidad, sino que resulta importante para determinar su cuantía. Ahora, la omisión de dicha prueba, de ninguna manera puede llevar al rechazo de la pretensión, sino a la aplicación de lo dispuesto por el art. 165, Cód. Proc. Civ. y Com., que somete su determinación al prudente arbitrio judicial.

CCiv. y Com., Salta, sala II, 18/11/2020. - Raspa, Mirta Graciela c. Autosol SRL; Volkswagen Argentina SA s/ acciones Ley de Defensa del Consumidor.

[Cita on line: AR/JUR/67715/2020]

COSTAS

Se imponen a los demandados.

Expediente N° 612712/17

2ª Instancia.- Salta, noviembre 18 de 2020.

El doctor *Aranibar* dijo:

1°) Vienen estos autos para resolver los recursos de apelación interpuestos a fojas 380 y 389 por los codemandados Autosol SRL y Volkswagen Argentina SA, respectivamente, en contra de la sentencia de fojas 371/376 vuelta que hizo lugar parcialmente a la demanda y los condenó, de manera concurrente, a abonar a la actora la suma de $23.200 en concepto de privación de uso, con mas intereses y costas.

Para así decidir, el juez *a quo*, en base al principio *iura novit curia*, consideró que la actora al reclamar una indemnización por gastos de trasporte estaba solicitando se repare el daño sufrido por privación de uso del automotor durante el período de reparación. Sostuvo que de las constancias del expediente surge que el día 7 de agosto de 2017 el automóvil no arranco y ese mismo día lo llevo a la concesionaria para que lo repararan. Que el día 8 de septiembre de 2017 inicio el reclamo ante la Secretaria de Defensa del Consumidor y que el 1° de diciembre de ese mismo año se le informó que se encontraba reparado, por lo que no pudo contar con el vehiculo durante 116 días y estimó razonable la suma diaria reclamada ($200).

En cuanto a las costas entendió que existiendo vencimientos parciales y mutuos, las correspondientes a este rubro estarían a cargo de las demandadas.

El recurso de apelación deducido por Autosol SRL fue concedido a fojas 381 y fundado mediante la presentación del escrito de expresión de agravios de fs. 382/387 vta.

Sostiene que, en este caso, el señor juez de grado omitió referirse a la concurrencia de los presupuestos requeridos para que nazca el deber de indemnizar un daño.

Se agravia por entender que se hizo lugar al rubro privación de uso sin que exista ningún elemento tendiente a acreditar la procedencia del mismo. Señala también que no existe certeza acerca de los supuestos daños reclamados.

Por último manifiesta que, al producirse el inconveniente técnico en el vehiculo de la actora, le ofreció otro vehículo de similares características en comodato, mientras durara la reparación.

Mantiene cuestión constitucional y solicita que se haga lugar al recurso planteado.

A fojas 401/404 la actora contesta los agravios de Autosol SA y solicita el rechazo del recurso por las razones que expone, con costas.

Mediante escrito de fojas 394/398 vuelta procede a expresar agravios el recurrente Volkswagen Argentina SA. Señala que resulta arbitraria la afirmación del magistrado en el sentido que la privación de uso del automotor durante el tiempo que razonablemente puede insumir los arreglos comporte un daño resarcible, cuando en realidad es un tiempo acordado para realizar los trabajos que sean necesarios. Sostiene que cualquier reparación demanda tiempo y que es por eso que se prevé un plazo máximo dentro del cual deber realizarse; que recién vencido el mismo podría hablarse de un incumplimiento.

Asevera que no se encuentra agregada una sola constancia que permita siquiera inferir que la parte actora hubiera incurrido en gasto alguno durante los días que el automotor estuvo en reparación y que, sin embargo, arbitraria e injustificadamente se fijaron $200 por día. Por último manifiesta que dicho rubro, a lo sumo, podría prosperar por treinta y dos días que fue el tiempo que se demoró en reparar el vehiculo.

Cuestiona la imposición de costas y mantiene la reserva de caso federal.

Corrido traslado a la actora, esta contesta mediante escrito de fojas 407/410 solicitando el rechazo del recurso planteado.

Corrido vista al Ministerio Publico Fiscal, a fojas 434/435 vta. dictamina el doctor Eduardo Sylvester, Fiscal ante la Corte N° 1 a cargo de la Fiscalía de Cámara Civil y Comercial.

A fojas 436 pasan autos a despacho para sentencia, providencia que se encuentra firme.

2°) En forma previa al tratamiento de los agravios, cabe mencionar que "Como principio los jueces no están obligados a seguir paso a paso todas las alegaciones de las partes, ni ponderar toda la prueba producida sino solo las que juzgue necesarias para la concreta solución del pleito (art. 386 párrafo 2° Cód. Proc. Civ. y Comercial). La ausencia de análisis de cada una de las pruebas y elementos aportados por las partes no es de mérito para revocar una sentencia" (CApel.CC Salta, Sala II, fallo 1993, p. 151), lo que coincide con lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia quien decidiera que el tribunal no está obligado a ponderar una por una todas las pruebas agregadas a la causa, sino las que estime conducentes para

fundar el fallo, siendo suficiente que haya hecho merito de los elementos de juicio que considere adecuados para sustentarlo (LA LEY, 1975-B, 760).

3°) La ley de Defensa del Consumidor crea un microsistema tendiente a proteger a la parte más débil de la relación de consumo. Con la reforma constitucional del año 1994, se incorpora el artículo 42 que establece "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno" otorgando así, jerarquía constitucional al principio protectorio del usuario o consumidor (LA LEY, 1999-B, 271 y ss.). El artículo 43, 2° párrafo de la Constitución Nacional, reconoce legitimación para deducir acciones que hagan a los derechos que protegen a usuarios y consumidores, a cualquier afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines, registradas conforme a la ley. Una norma similar contiene el artículo 52 de la ley 24.240, en cuanto faculta a los consumidores y usuarios a iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

El capítulo IV del titulo I de la ley 24.240, "Cosas Muebles No Consumibles", se refiere básicamente al tema de la garantía. Dentro de este capítulo, el articulo 17 brinda al consumidor distintas alternativas para el caso de que la reparación que se realice dentro del marco de la garantía resulte insatisfactoria, y en el último párrafo establece que "En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder".

En su escrito de presentación la actora (haciendo uso de la opción prevista en el inciso b del citado articulo) solicita la devolución de la suma de dinero que abonara por la adquisición de su vehiculo argumentando que el mismo presentaba defectos de fabricación y que la reparación efectuada resultó insatisfactoria. También solicita una indemnización por distintos los daños que dice haber sufrido.

Mediante sentencia de fojas 371/376 vuelta, se rechazó la demanda deducida en cuanto a la devolución de la suma abonada y los rubros daño punitivo y lucro cesante, haciendo lugar al reclamo por privación de uso. Los dos primeros puntos no fueron motivo de apelación por ninguna de las partes razón por la cual se encuentran firmes.

En este caso, la relación de consumo que vincula a las partes no se encuentra cuestionada y el objeto de la apelación gira alrededor de la condena que se le impusiera a los demandados en concepto de privación de uso por el tiempo durante el cual la actora no pudo disponer de su vehiculo.

La privación de uso consiste en la imposibilidad material de utilizar el rodado y el consecuente daño que se causa al titular del bien.

El articulo 52 de la ley 24.240 establece que "sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados...".

De las constancias de autos surge:

- Que en el mes de junio de 2016 la actora adquirió un vehiculo 0 Km marca Volkswagen, modelo Gol Trend 1.6 en la concesionaria Autosol SRL.

- Que en fecha 7 de agosto de 2017 (cuando el automóvil aún en encontraba en garantía) la actora, por problemas de funcionamiento, depositó el mismo en el tallare de la concesionaria demandada.

- Que como consecuencia de los desperfectos presentados, hizo falta el cambio completo del motor de la unidad.

- Que en fecha 1 de diciembre de 2017 Autosol SRL le informo a la actora que el vehículo se encontraba en perfectas condiciones y podía ser retirado.

De esta manera tenemos que, a poco mas de un año de haber adquirido un vehiculo cero kilómetro y por fallas de tal gravedad que hicieron necesario el cambio completo del motor, el actor se vio privado del uso del mismo por casi cuatro meses.

Resulta lógico pensar que quien adquiere un automóvil nuevo aspira a que durante los primeros años ese rodado funcione sin mayores inconvenientes, requiriendo solo de un mantenimiento mínimo. Es de suponer también que el consumidor que decide hacer una importante erogación para tener su propio auto lo hace para satisfacer alguna necesidad (laboral, de esparcimiento, transporte, etc.) y que la imposibilidad de usarlo le genera, además de molestias o incomodidades, ciertos gastos.

Se ha sostenido que "De ordinario, la indisponibilidad del vehiculo determina la producción de un daño emergente, lo que se verifica cuando se demuestra o es presumible que el damnificado ha debido recurrir a medios de trasporte sustitutivos para reemplazar la función que desempeñaba el vehiculo propio. En suma, la privación del uso del vehiculo importa un daño emergente presumido (las erogaciones para el transporte que debe hacer el damnificado ante la imposibilidad de utilizar su propio medio)" (cfr. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, T. 1,

Daños a los automotores, Hammurabi, Buenos aires, 1989, vol. 1, ps. 92-93). En igual sentido la jurisprudencia tiene dicho que "la sola privación de uso de un automotor representa para su dueño un perjuicio indemnizable; no resultando necesaria su acreditación, ya que en principio, quien tiene y usa un automotor lo hace para llenar una necesidad, presunción que es harto fundada y torna aplicable lo dispuesto en el art. 165 del Código Procesal" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "González Medina, Rosalino C. c. Peugeot Citroen Argentina SA y otros", 29/12/2005, La Ley Online).

De esta manera entiendo que el solo hecho de que el accionante se haya viso privado de la posibilidad de usar su vehiculo durante casi cuatro meses hace presumir un daño que merece ser indemnizado. En nada conmueve lo antes dicho que tal privación haya sido consecuencia de una reparación "satisfactoria" realizada durante el período de garantía, ni que la misma se haya cumplido dentro del plazo previsto en el "Plan de Asistencia Técnica. Garantía", por lo que la crítica sobre el punto debe ser desestimada.

En su tercer agravio, Autosol SRL sostiene que, cuando se produjo el inconveniente técnico y durante el tiempo que insumiera la reparación, ofreció a la actora en comodato otro vehiculo de similares características. A lo largo del proceso la recurrente no aportó material probatorio en tal sentido y si bien, al responder a la posición número 5 (fs. 169), la señora Raspa reconoce tal ofrecimiento, manifiesta que el mismo fue hecho "después de tres meses", cuando ya se había hecho la denuncia ante la Secretaria de Defensa del Consumidor.

De la misma manera, a fojas 397, Volkswagen Argentina SA se agravia por entender que el tiempo durante el cual la actora no pudo disponer de su vehiculo fue menor al fijado en la sentencia (116 días), ya que en la audiencia de fecha 8 de septiembre se le informó que el rodado se encontraba reparado y a su disposición.

Analizando la prueba producida tenemos que no existe constancia de ninguna audiencia celebrada en esa fecha y, por el contrario, del acta agregada a fojas 153 surge que recién en la audiencia de fecha 1 de diciembre de 2017, la apoderada de la concesionaria informo a la actora que la unidad se encontraba a su disposición.

Esta recurrente también cuestiona el monto de $200 diarios fijado en la sentencia como indemnización por la privación de uso.

En materia de privación de uso, la carga probatoria no apunta a la demostración de la configuración del daño en sí mismo, que surge de la mera indisponibilidad, sino que resulta importante para determinar su cuantía. Ahora, la omisión de dicha prueba, de ninguna manera puede llevar al rechazo de la pretensión, sino a la aplicación de lo dispuesto por el art. 165 Cód. Proc. Civ. y Comercial, que somete su determinación al prudente arbitrio judicial. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido que "La privación de uso de un vehículo importa siempre un perjuicio económico para su dueño, lo que debe ser indemnizado, no siendo impedimento para ello la falta de elementos probatorios, pues se presume que quien tiene y usa un vehículo lo hace para llenar una necesidad. Ante la falta de prueba sobre el monto del perjuicio la determinación queda librada al prudente arbitrio judicial" (0.000290818, Cepeda, Enrique H. c. Segali, Luís M. s/ sumario, CCCM Sala 3, San Juan, San Juan; 27/05/2011; Rubinzal Online; RC J 13.827/2011).

En base a lo antes dicho, entiendo que el monto indemnizatorio fijado en la instancia anterior para este rubro no resulta descabellado y, por el contrario, aparece como justo y razonable.

Por último se agravia Volkswagen Argentina SA por el hacho de que se le impusieran las costas correspondientes al rubro privación de uso argumentando que, al no existir conducta reprochable de su parte, la demanda debió rechazarse en su totalidad.

Atento que los agravios vertidos por el recurrente no lograron conmover la condena que le fuera impuesta en la instancia anterior, resulta ajustado a derecho que cargue con las costas por dicha condena.

4°) Las costas de esta instancia, se imponen a los demandados por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 67 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

El doctor *Lávaque* dijo:

Por compartir sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede.

Por ello, La Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial,

I. Rechaza los recursos de apelación interpuestos por los demandados Autosol SRL y Volkswagen Argentina SA y, en consecuencia, confirma la sentencia recurrida en lo que fuera materia de agravios. II. Impone las costas de esta instancia a los demandados. III. Ordena que se registre, notifique y baje. *— Leonardo Rubén Aranibar. — Alejandro Lávaque. — Laura Alejandra Pinsault.*

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. PRUEBA

Fallecimiento. Sobreseimiento en sede penal. Prueba pericial. Daño moral padecido por el hermano de la víctima.

1. — Al estar en juego un factor de atribución objetivo, no pesa sobre la parte actora la carga de demostrar la culpabilidad del agente dañoso, sino que es la demandada quien, para eximirse de responsabilidad, debe probar la ruptura del nexo causal, esto es, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder civilmente o el caso fortuito. Por otra parte, en el caso, la víctima efectuó el cruce por la esquina como indica el art. 38 de la ley 24.449.

2. — Nada obsta a la procedencia del reclamo que el conductor demandado hubiese sido sobreseído en sede penal.

3. — El art. 64 de la ley 24.449 presume responsable de un accidente al que carecía de prioridad de paso o cometió una infracción relacionada con la causa de este, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los que, aun respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron.

4. — A pesar de que en nuestro sistema el peritaje no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que haya llegado, en tanto no adolezca de errores manifiestos, o no resulte contrariado por otra probanza de igual o parejo tenor.

5. — En relación con el requerimiento del hermano de la víctima, no puede dudarse que la repentina muerte de una adolescente de dieciséis años en un accidente de tránsito ha provocado un ostensible daño moral a su hermano de doce años que vivía con ella, aun cuando no sea su heredero forzoso como dice la letra del art. 1078 del Código Civil. En el caso, negar la existencia de un perjuicio extrapatrimonial jurídicamente relevante importaría contrariar, a mi juicio, el derecho a la reparación de rango constitucional.

6. — No parece sostenible que pueda admitirse el resarcimiento por daño moral por la muerte provocada de una mascota o por filtraciones o humedades en un edificio y no así el generado por el fallecimiento de una hermana con la que se vivía.

CNCiv., sala G, 21/04/2021. - C. S. S. y otros c. M. N. S. A. y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/9218/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. N CIV 87562/2007

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 21 de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Carranza Casares* dijo:

I. La sentencia

El 14 de abril de 2005, cerca de las 19, en la intersección de las calles Virrey Vértiz y Echeverría de esta ciudad, el colectivo Mercedes Benz ... de la línea ... de M. N. SA, conducido por H. M. V. embistió a E. S., a raíz de lo cual al poco tiempo falleció.

Sus padres C. S. S. y W. W. H., junto con su hermano, entonces menor de edad, M. S., promovieron el presente juicio en el que se dictó la sentencia que condenó al conductor y a la empresa de transporte mencionados al pago de $567.300 al primero, $567.300 a la segunda y $288.600 al tercero, todo ello más intereses y costas.

II. El recurso

El fallo fue apelado por la sociedad demandada que presentó su memorial a fs. 632/634, cuyo traslado fue contestado a fs. 636/637.

Cuestiona la responsabilidad atribuida al expresar que no se probó la conducta culposa de su parte, que el chofer fue sobreseído en la causa penal y que la aparición de la peatona fue imprevista; la incapacidad psíquica de los progenitores por considerarla reversible con el tratamiento; y el daño moral reconocido al hermano por no estar probado y no estar él legitimado para reclamarlo.

III. Ley aplicable

Aclaro, ante todo, en relación a este proceso que ha insumido una larga tramitación, que en razón de la fecha en la que tuvieron lugar los hechos fundamento del reclamo, no corresponde la aplicación retroac-

tiva de la normativa de fondo del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Cód. Civil), sin que se advierta, ni menos aún se haya demostrado, que la aplicación de las nuevas disposiciones pudiesen conducir a un resultado diverso al arribado.

IV. La responsabilidad

El pronunciamiento ha encuadrado correctamente el presente en el supuesto de la parte final del segundo párrafo del art. 1113 del Cód. Civil (ver arts. 1753, 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Por lo tanto, al estar en juego un factor de atribución objetivo, no pesa sobre la parte actora la carga de demostrar la culpabilidad del agente dañoso, sino que es la demandada quien, para eximirse de responsabilidad, debe probar la ruptura del nexo causal, esto es, la culpa de la víctima o la de un tercero por el que no debe responder civilmente o el caso fortuito (1).

La apelante aduce que el chofer fue sobreseído en el proceso criminal y que esta decisión hace cosa juzgada.

Ante todo, destaco que en nada obsta a la procedencia del reclamo que el conductor demandado hubiese sido sobreseído en sede penal, desde que la cuestión ya ha sido resuelta por el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital del 2 de abril de 1946, Amoruso, Miguel G. y otra c. Casella, José L.", al dejar sentado que: "El sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria del procesado recaída en el juicio criminal, no hace cosa juzgada en el juicio civil, el primero en absoluto y la segunda respecto a la culpa del autor del hecho, en cuanto a su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados" (ver art. 1777 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En similar sentido ha expresado la Corte Suprema que la autoridad de cosa juzgada reconocida por el art. 1103 del Cód. Civil a la sentencia penal absolutoria (en el presente, sobreseimiento) queda limitada a la materialidad de los hechos y a la autoría, pero sin comprender las valoraciones subjetivas que hacen a la apreciación de la culpa por lo que llevada la cuestión a los estrados de la justicia civil, puede indagarse —en la medida en que la culpa civil es distinta en grado y naturaleza de la penal— si no ha mediado de parte del procesado una falta o culpa civil que lo responsabilice pecuniariamente (2).

La diferencia que el ordenamiento legal admite entre ambas decisiones responde a la dispar finalidad de ambos sistemas, a las diversas reglas procesales en juego y a la distinta concepción de la antijuridicidad, que en materia penal está tipificada, mientras que en el ámbito civil puede ser genérica (3).

La demandada, además, ha invocado como eximente que la aparición de la víctima resultó un obstáculo imprevisto o muy difícil de sortear y ha manifestado que no se probó culpa de su parte.

Esto último, la necesidad de acreditar la culpa, no se condice con el sistema de responsabilidad objetiva regulado en la normativa citada. No es necesario decir nada más al respecto.

Por otra parte, como bien destaca el magistrado y no ha sido refutado, la víctima efectuó el cruce por la esquina como indica el art. 38 de la ley 24.449 (los peatones transitarán, en zona urbana, en las intersecciones, por la senda peatonal). El perito ingeniero ha señalado, asimismo, que en el lugar existía senda peatonal (fs. 303 vta.).

Tampoco puede discutirse que era el transeúnte quien contaba con la prioridad de paso, desde que, conforme el art. 41 de la citada ley de tránsito, la tienen "los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón".

En similar sentido, el decreto 779/1995 anexo 1, reglamentario del citado art. 41 dispone que "al aproximarse un vehículo a la senda peatonal, el conductor debe reducir la velocidad. En las esquinas sin semáforo, cuando sea necesario, deberá detener por completo su vehículo para ceder el paso a los peatones".

De igual modo no es materia de controversia que el colectivo en tales circunstancias embistió a quien cruzaba caminando (no se alega que corriese) la calle por la esquina.

Estos elementos me inducen a coincidir con el juez de la causa en cuanto a que no está probado un factor eximente de responsabilidad, pues la víctima en modo alguno ha sido un "obstáculo" imposible de sortear.

Reafirma esta conclusión lo previsto en el art. 64 de la ley 24.449 en cuanto presume responsable de un accidente al que carecía de prioridad de paso o cometió una infracción relacionada con la causa del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los que, aun respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron.

Tal norma también dispone que "el peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito", lo cual en el caso se halla realzado debido a

que el embestidor se trataba de un profesional que estaba al mando de un rodado de gran porte (4).

En este sentido el art. 39, inc. b) del citado cuerpo legal dispone que "Los conductores deben: ... En la vía pública, circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito...".

Ha dicho esta Sala que ni la habilitación conferida por el semáforo (no lo había en el lugar), ni la indicación por parte de la autoridad para hacerlo, liberan al conductor de su obligación de mantener atención privilegiada, respecto del tránsito de los peatones, no debiendo vacilar en detener la marcha ante el menor atisbo de irrupción por parte de aquellos, y evitando realizar maniobra alguna que le impida la visión en el lugar o que obligue a los transeúntes a eludirlo a riesgo de fracasar en el intento de hacerlo (5).

No puedo soslayar, asimismo, que la Corte Suprema ha expresado que para que la culpa de la víctima tenga la aptitud de cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio a que alude dicha disposición debe aparecer como única causa del daño, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (6).

Por todo lo dicho, postulo la confirmación de la responsabilidad adecuadamente atribuida a la empresa demandada.

V. Los daños

En la determinación de los daños, como es criterio de esta Sala, tampoco he de aplicar el Cód. Civ. y Com. de la Nación por no encontrarse vigente al tiempo de configurarse el perjuicio constitutivo de la responsabilidad (cf. art. 7 del citado cuerpo legal y 3 del Cód. Civil) (7).

a. Incapacidad

Este tópico, enmarcado en el derecho a la salud y a la integridad, cuenta con soporte constitucional.

El derecho a la salud está reconocido en los arts. 41 y 42 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22) entre ellos, el art. XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ver asimismo el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Y el derecho a la integridad física está contemplado en el art. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ver asimismo el art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Tal como lo ha expresado el máximo tribunal federal en múltiples oportunidades, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (8).

El perito psicólogo en su dictamen de fs. 493/520 dijo que el padre presentaba un trastorno por estrés postraumático crónico, de carácter moderado, que se hallaba expresado clínicamente por la denominada reacción vivencial anormal neurótica depresiva, grado III y le generaba una incapacidad del 22%; en tanto que a la madre, con un trastorno similar, le asignó una incapacidad del 26%.

La apelante cuestiona esta partida porque califica la incapacidad de reversible y manifiesta que el tratamiento aconsejado habrá de mitigar o hacer desaparecer la secuela.

La eficacia probatoria del dictamen ha de estimarse de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal), teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, las observaciones formuladas y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 477 del citado cuerpo legal).

A pesar de que en nuestro sistema el peritaje no reviste el carácter de prueba legal, si el experto es una persona especialmente calificada por su saber específico y se desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que haya llegado, en tanto no adolezca de errores manifiestos, o no resulte contrariado por otra probanza de igual o parejo tenor (9).

Aun cuando las conclusiones del dictamen pericial no obligan a los jueces en la ponderación de la prueba, para prescindir de ellas se requiere, cuanto menos, que se les opongan otros elementos no menos convincentes (10). Si no se observan razones que

desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio (11).

Ello es lo que ocurre en el caso pues las impugnaciones formuladas por la demandada a fs. 528/529, sin aval de profesional en la materia, que también versaron sobre la reversibilidad de las secuelas, fueron suficientemente respondidas por el experto a fs. 532/538 al explicar que los daños psicológicos de los demandantes eran permanentes y que la incapacidad se hallaba consolidada, sin que la apelante se haga cargo de tal contestación en esta instancia.

Por lo demás, advierto que la partida atinente al tratamiento psicoterapéutico apunta a los aspectos reversibles de las afecciones, y a la prevención de ulteriores deterioros (12).

Consecuentemente, postulo no disminuir el importe asignado en la sentencia.

b. Daño moral al hermano

En relación con el requerimiento del hermano de la víctima admitido por el magistrado y cuestionado por la demandada, como lo expresado en otra oportunidad (13), estimo que no puede dudarse que la repentina muerte de una adolescente de dieciséis años en un accidente de tránsito, ha provocado un ostensible daño moral a su hermano de doce años que vivía con ella (fs. 346 y 354 del principal y fs. 1 del incidente de beneficio de litigar sin gastos), aun cuando no sea su heredero forzoso como dice la letra del art. 1078 del Cód. Civil.

Más allá de que ello surge del curso natural y ordinario de las cosas (cf. art. 901 del Cód. Civil y arts. 1726 y 1727 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), se encuentra también corroborado por los testimonios de fs. 420 ("no sabíamos cómo hacer para reponerlo" y de fs. 421 ("estaba devastado", "estaba como medio perdido").

En el caso, negar la existencia de un perjuicio extrapatrimonial jurídicamente relevante importaría contrariar, a mi juicio, el derecho a la reparación de rango constitucional.

Este derecho se encuentra contemplado en los arts. 17 (derecho de propiedad) y 19 (no dañar a otro) de la Constitución Nacional y en tal carácter ha sido reconocido por la Corte Suprema (Fallos: 308:1118 y 1160; 320:1996; 325:11).

La limitación del citado texto legal infraconstitucional, es difícil de comprender si se piensa que conduciría a que, si en un accidente de tránsito en el que participa un colectivo o un taxi muere un pasajero y un peatón, solo los hermanos del primero (por aplicación el art. 522 del Cód. Civil) tendrían derecho a la reparación de su perjuicio extrapatrimonial y no los del segundo (por el art. 1078).

Y decididamente no parece sostenible que pueda admitirse el resarcimiento por daño moral por la muerte provocada de una mascota o por filtraciones o humedades en un edificio y no así el generado por el fallecimiento de una hermana con la que se vivía. Hasta podría ocurrir que en un mismo accidente de tránsito falleciesen el perro de una persona y su hermana, y según la letra de la ley solo se reparase el padecimiento ocasionado por el deceso del animal.

De allí que, a mi entender, no ha de admitirse como una reglamentación razonable del aludido derecho constitucional la imposibilidad de reclamar una indemnización en supuestos como el presente (art. 28 de la Constitución Nacional).

En tal sentido, destaco que el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación reconoce el derecho a una indemnización por daño moral a quienes convivían con el fallecido recibiendo trato familiar ostensible.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) en su art. 5 prescribe que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; en su art. 21 que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de una indemnización justa; y en su art. 63 prevé la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de un derecho o libertad protegido por la Convención.

Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que la muerte de una persona ocasiona un daño inmaterial a los miembros más cercanos de su familia, particularmente a aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima, entre los cuales ubica a los hermanos. E inclusive ha afirmado "el Tribunal presume que la muerte de una persona ocasiona a sus padres y hermanos un daño inmaterial" (cf. Bulacio c. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, n. 78; ver asimismo, Juan Humberto Sánchez c. Honduras, sentencia del 7 de junio de 2003, n. 156; Las Palmeras c. Colombia, sentencia del 26 de noviembre de 2002, n. 55; Trujillo Oroza c. Bolivia, sentencia del 27 de febrero de 2002, n.57; entre otras).

Vale decir que el control de constitucionalidad (arts. 31 y 43 de la Constitución Nacional) y el de convencionalidad (Almonacid Arellano c. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006 n. 124 y 125; Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, n. 128), indican que ha de

admitirse el reclamo de los hermanos de la víctima fatal del accidente.

No se trata, entonces, de que los jueces desconozcan lo que las mayorías del Congreso han resuelto, sino de que no prevalezca la decisión del legislador por sobre la del constituyente.

Similar solución han adoptado la sala C ("Lima c. Agon", de 19/12/2013), sala F ("B. L. A. c. L. M. A.", del 22/10/2013), sala H ("Martín c. Parucci", del 17/06/2014), sala J ("Soria c. Gatti", del 12/04/2012), sala K ("G. P., G. R. c. Casa Balda SACAIeI", del 11/11/2013), y sala L ("C. T., L. c. G. D., B. J.", del 22/02/2016).

A la luz de lo expuesto, postulo no reducir los $288.600 establecidos en la sentencia.

VI. Conclusión

En su mérito, después de examinar los argumentos y pruebas conducentes, propongo al acuerdo confirmar el pronunciamiento apelado, con costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal).

Los doctores *Bellucci* y *Polo Olivera* votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el doctor *Carranza Casares.*

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: I. Confirmar el pronunciamiento apelado, con costas de esta instancia a la demandada vencida. II. Se difiere la regulación de honorarios para una vez que se lleve a cabo la de primera instancia. III. Devueltas que sean las actuaciones se proveerá lo pertinente a fin de lograr el ingreso de la tasa judicial (arts. 13 y conc. de la ley 23.898). IV. Se deja constancia que la publicación de esta sentencia se encuentra sujeta a lo establecido por el art. 164, segundo párrafo, del Código Procesal. Regístrese, notifíquese a las partes en el domicilio electrónico denunciado, conforme lo dispone la ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la Acordada 24/2013 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. — *Carlos A. Carranza Casares. — Carlos A. Bellucci. — Gastón M. Polo Olivera.*

(1) Fallos: 321:3519; CNCiv., esta Sala, L.468.763, del 16/02/2007 y sus citas

(2) Fallos: 319:2336; 325:1787; 326:3096; 331:2603; M31-XXXVII Molina Alejandro A. c. Provincia de Santa Fe del 20/12/2011.

(3) Fallos: 308:1160 y 1118; 320:1996; 325:11 y art. 1717 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(4) CNCiv. esta Sala en L.618.970 del 26/06/2013 y sus citas.

(5) CNCiv., esta Sala, L. 468.763, del 16/02/2007; ídem, L. 465.666, del 27/03/2007; íd., Expte. 94.631/2010, del 17/05/2016.

(6) Fallos: 317:1921; 319:2511; 321: 700, 1462, 3519; 324: 1344; 327:5224, entre muchos otros.

(7) CNCiv., esta Sala, CIV/11380/2012/CA1, del 18/08/2015 y numerosos precedentes a partir de entonces; ver doctrina del fallo plenario "Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu SA", del 21/12/1971, en LA LEY 146, p. 273; y en similar sentido CNCiv., Sala E, Expte. 101.221/07, del 15/07/2016; ídem sala F, Expte. 13.793/12; íd., sala I, Expte. 25.837/10, del 11/12/2015.

(8) Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318:1715; 320: 1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874.

(9) Fallos: 331:2109.

(10) Fallos: 321:2118.

(11) Fallos: 329:5157.

(12) CNCiv., esta Sala L. 450.661, del 13/03/1997; L. 471.881, del 22/05/2007 y L. 472.341, del 17/09/2007.

(13) CIV/42228/2005/CA1, del 16/09/2016.

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA

Transporte público de pasajeros. Obligación de seguridad. Prueba testimonial. Constancias de la pronta atención médica. Incapacidad sobreviniente. Prueba pericial. Gastos terapéuticos. Daño moral. Daño punitivo. Oponibilidad de la franquicia.

1. — El transportador es responsable por el daño que sufran los pasajeros durante el viaje, en razón del deber de seguridad que le impone el contrato, en virtud del cual debe transportar o conducir a la persona sana y salva al lugar convenido. Y si algún daño sufre durante el transporte, nace la obligación de indemnizarla por parte del porteador, sin que pueda exonerarse alegando y probando que no hubo culpa de su parte o de sus dependientes o subordinados.

2. — La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con

lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios.

3. — La fuerza probatoria de un testigo está vinculada con la razón de sus dichos y, en particular, con las explicaciones que pueda dar acerca del conocimiento de los hechos a través de lo que sus sentidos percibieran.

4. — Las constancias de la pronta atención médica, como el tipo de lesión constatada sumada a la prueba testimonial e informativa, configuran hitos o indicios que, si bien apreciados en forma aislada carecen del sentido final que se le pretende otorgar, entrelazados entre sí trasuntan en la presunción de que el accidente existió, lo que sella el destino del agravio formulado por la demandada a ese respecto.

5. — La incapacidad sobreviniente está representada por las secuelas o disminución física o psíquica que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento; produciéndose entonces para la misma un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta al reanudar sus actividades habituales y a establecerse su imposibilidad de asumirlas y cumplirlas adecuadamente.

6. — En materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial resulta de particular trascendencia en lo que se refiere a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama, el informe del experto no es una mera apreciación sobre la materia del litigio sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos.

7. — La circunstancia de que el dictamen del perito no tenga carácter de prueba legal no importa que el juez pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del idóneo, por lo que la desestimación de las conclusiones a las que arribara ha de ser razonable y motivada, siendo imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado.

8. — A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por incapacidad sobreviniente, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socioeconómicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Solo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación.

9. — Los gastos terapéuticos son resarcibles cuando, acorde con la índole de la lesión, sea previsible la necesidad de realizar o proseguir algún tratamiento curativo o gasto que permita afrontar las necesidades psicofísicas, residiendo lo fundamental en demostrar que el tratamiento es necesario para mitigar la incapacidad.

10. — Para que la lesión estética sea valorada en forma autónoma, debe tratarse de una desfiguración física que tenga la cierta posibilidad de repercutir patrimonialmente, porque claramente incida en las posibilidades económicas del lesionado, en función de la importancia de la afección y de la naturaleza de las actividades que desarrolla.

11. — El monto del resarcimiento del daño moral debe permitir procurarse un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, criterio que jurisprudencialmente se viene aplicando de manera inveterada por nuestros tribunales.

12. — Los daños punitivos son excepcionales, pues proceden únicamente frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño.

13. — Resulta improcedente la pretensión indemnizatoria del daño punitivo, en tanto que no puede considerarse que el accionar de la demandada haya sido doloso, malicioso u objetable por haber incurrido en culpa grave, por lo que no se encuentran configurados los recaudos de admisibilidad necesarios para acoger la multa civil en análisis, que reitero es de carácter excepcional y de naturaleza restrictiva.

14. — Según la res. 39.927 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, la franquicia no es oponible a las víctimas de siniestros en los seguros obligatorios.

15. — La franquicia y la inoponibilidad, pueden coexistir de manera pacífica, toda vez que ello de ninguna manera interfiere en la relación jurídica primigenia, entablada entre aseguradora y asegurador; sino que, por el contrario,

supone mantener los efectos del acto jurídico "entre las partes", sin perjuicio de su ineficacia frente al tercero —damnificado-víctima del accidente de tránsito— sujeto protegido por el sistema, en el caso concreto, permitiendo, posteriormente, acción de repetición de lo pagado a la aseguradora contra el asegurado.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Caída de colectivo.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $500.000

Daño psicológico: Tratamiento psicológico: $57.600

CNCiv., sala J, 20/04/2021. - Ale Pezo, Aurelia Concepción c. Sosa, Pablo y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte).

[Cita on line: AR/JUR/9204/2021]

COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. N° 15.470/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 20 de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la doctora *Scolarici* dijo:

I. La sentencia de primera instancia dictada con fecha 28 de Diciembre de 2020 admitió la demanda incoada, con costas. En consecuencia condenó a Pablo Daniel Sosa y a Dota SA de Transporte Automotor a abonar a Aurelia Concepción Ale Pezo, la suma de pesos novecientos quince mil ($915.000), con más sus intereses a liquidarse en la forma dispuesta en el considerando IV, haciendo extensiva la condena, a la citada en garantía, Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros, en los términos del art. 118 de la ley 17.418, imponiendo las costas a la demandada sustancialmente vencida (art. 6 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Contra el decisorio apela y expresa agravios la parte actora a fs. 709/716 y la demandada y citada en garantía a fs. 718 y fs. 719/737 respectivamente. Corridos los pertinentes traslados de ley, lucen a fs. 740/749 y a fs. 754/760 los respondes de la partes a sus contrarias.

En el marco de las Acordadas 31/20 y concs. de la CSJN se dictó el llamamiento de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

II. Motiva el inicio de las presentes actuaciones el accidente padecido con fecha 9 de marzo de 2015, aproximadamente a las 18:00 hs., cuando la actora, después de salir de su trabajo para dirigirse a su domicilio, tomó el colectivo 128, para luego hacer combinación con la línea 28, con destino a Puente la Noria.

Manifiesta que abonó con su tarjeta sube y se sentó en el asiento del medio de la última fila. Que el colectivo sobrepasó una loma de burro u otro obstáculo a excesiva velocidad, lo que ocasionó que su cuerpo se elevara, llegando a tocar con su cabeza el techo del colectivo, para luego caer de cola, con todo su peso sobre el asiento, saliendo luego despedida hacia adelante para terminar en el piso.

Indica que previo descenso del resto de los pasajeros el chofer del colectivo la trasladó —según cree— a la Unidad de Pronta atención de Villa Fiorito, donde un médico indicó que no podían atenderla porque no funcionaba el equipo de rayos, que el chofer se dirigió a Puente de la Noria donde la línea finaliza el recorrido y pretendió que desde allí se fuera al hospital por sus propios medios, por lo que decidió comunicarse con la Sra. Ninfa, persona de su relación que vive cerca de esa terminal de ómnibus, quien se hizo presente en el lugar con el hijo de la accionante, y que finalmente la trasladaron al Hospital Penna en el mismo colectivo.

III. Como previo y antes de entrar en el tratamiento de los agravios deducidos cabe precisar que el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 aprobado por la ley 26.994 contempla de manera expresa lo relativo a la "temporalidad" de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7° sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las consecuencias son los efectos, —de hecho o de derecho que reconocen como causa, una situación o relación jurídica por ende

atento que en los presentes obrados la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior, corresponde analizar la cuestión a la luz de la misma, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable.

IV. Agravios

Los cuestionamientos de la parte actora giran sustancialmente en torno a lo que considera una ligera y equívoca interpretación de las pericias psicológicas y médica, apartándose de los hechos probados y de la realidad económico social, fijando un insuficiente monto de condena en concepto de incapacidad sobreviniente y daño moral, que no logra la reparación integral del daño. Asimismo, la recurrente solicita se fije una partida para el tratamiento kinesiológico, y gastos de traslado por los tratamientos futuros recomendados, como por el daño estético padecido, fundando su queja asimismo, en la desestimación del daño punitivo y tasa de interés fijada en el decisorio.

A su turno, la demandada y citada en garantía cuestionan que se hubiere tenido por acreditado la existencia del siniestro invocado en la demanda y la calidad de pasajera de la actora, en base a una única declaración testimonial y a la atención médica supuestamente recibida en el Hospital General de Agudos J. M. Penna y la historia clínica remitida del Sanatorio Fenochietto; toda vez que dichos medios probatorios no resultan ser suficientes, ni eficaces por sí mismos para acreditar el siniestro invocado por la accionante en el libelo de inicio.

Subsidiariamente se agravian las accionadas por la admisión y montos otorgados en el rubro incapacidad sobreviniente (daño físico y psíquico y tratamiento) y daño moral, como por el monto asignado al rubro gastos sin recibos.

Asimismo cuestionan las quejosas que no se hubiese tenido presente la franquicia opuesta oportunamente, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de esta Excma. Cámara de Apelaciones solicitando en esta instancia la oponibilidad de la franquicia a la parte actora como la tasa de interés activa fijada en el decisorio apelado.

Finalmente solicitan sean descontadas la sumas de una eventual condena en sede laboral en autos "Ale Pezo, Aurelia C. c. Experiencia ART SA (Actual Expert ART SA) s/ accidente - ley especial" (Expte. N° 17.764/2017).

V. Responsabilidad

Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enmarcado claramente el contrato de transporte público dentro de la órbita de los derechos del consumidor. Así, ha sostenido que "La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio (anterior), debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios (incorporado en la actualidad al art. 1289 inc. C) del Cód. Civ. y Comercial vigente).

Ha afirmado también que la seguridad debe ser entendida como un valor 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, ya que la incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe: la vida y la salud de sus habitantes, sosteniendo, por otra parte, 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" (conf. CSJN, 22/04/2008, "Ledesma, María L. c. Metrovías SA", Fallos: 331:819; LA LEY, 2008-C, 562 y 704).

Incumbe al actor la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (CSJN, Fallos: 313:1184; 316:2774; 321:1462; 322:139; 323:2930 y 327:5082).

El transportador es responsable por el daño que sufran los pasajeros durante el viaje, en razón del deber de seguridad que le impone el contrato, en virtud del cual debe transportar o conducir a la persona sana y salva al lugar convenido. Y si algún daño sufre durante el transporte, nace la obligación de indemnizarla por parte del porteador, sin que pueda exonerarse alegando y probando que no hubo culpa de su parte o de sus dependientes o subordinados (Conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 319).

De ahí que, frente al caso concreto, luego de sentar los principios que deben regir la solución de una litis dada, el juzgador debe comenzar por analizar en primer lugar si se dan los requisitos necesarios para que funcionen las presunciones de causalidad y responsabilidad establecidas en el entonces vigente art. 184 del Cód. de Comercio derogado, ello importará inicialmente la demostración de la calidad de pasajero. La segunda prueba a cargo de la víctima consistirá en

probar que los daños han sido experimentados mientras era transportada, o sea, la relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño.

A partir de la producción de ambas pruebas, entrará a jugar la posición procesal del transportador, en cuanto a la eventual demostración de haberse producido la ruptura del nexo causal, esto es, caso fortuito, culpa de la víctima o la de un tercero por quien la demandada no deba responder.

Sentado ello y para analizar los presupuestos de la responsabilidad civil, es indispensable determinar si las consecuencias imputadas fueron producidas por la acción u omisión de la demandada, vale decir, la existencia misma del hecho y la relación causal cuya demostración incumbe a la actora en todos los casos, no como un vínculo solamente posible, sino la efectiva comprobación de la atribución del daño al hecho (conf. Goldemberg, A. "La relación de causalidad en la responsabilidad civil" ps. 45 y ss.), inclusive en supuestos en que se consagran presunciones objetivas de responsabilidad. (Conf. CNCiv., Sala A, 04/05/2009, "Auge, Luis M. y otro c. Coordinación Ecológica Metropolitana SE (CEAMSE)".

Ahora bien, tal como señalara la sentencia apelada la demandada luego de efectuar la negativa de práctica de los hechos denunciados, manifestó que en las circunstancias de tiempo y lugar indicados la unidad circulaba a escasa velocidad por la calle Necol de esta ciudad, y sin que le ocurriera percance de tránsito alguno la actora le comunicó al chofer que tenía dolores de cintura por lo que detuvo la unidad y por razones de humanidad ofreció llevarla al Hospital Penna.

Destacan las accionadas que la demandante fue la única persona que dijo haberse lesionado y le atribuyen la culpa en forma exclusiva porque viajaba sin tomarse de pasamano alguno.

A fin de acreditar el reclamo indemnizatorio efectuado en los presentes se cuenta con la declaración testimonial de la Sra. N. C. D. cuyo testimonio luce registrado en el sistema informático Lex 100 (documentos digitales) la misma depuso haber concurrido el día del hecho a la terminal de colectivos La Noria de la línea 28, cuando fue avisada por el hijo de la actora que esta, había sufrido un accidente, hallando a la accionante dentro de la unidad "torcida de dolor sin poder hablar", si bien no fue testigo presencial del accidente, dio cuenta en forma detallada de como encontró a la actora dentro del colectivo y los sucesos que culminaron con su atención hospitalaria, extremos reproducidos en el pronunciamiento apelado, al que me remito brevitatis causae.

En cuanto a los cuestionamientos efectuados en torno a la prueba testimonial ofrecida, cabe señalar que la fuerza probatoria de un testigo está vinculada con la razón de sus dichos y, en particular, con las explicaciones que pueda dar acerca del conocimiento de los hechos a través de lo que sus sentidos percibieran. Recordando que en el proceso formativo de su convicción, el Juzgador solo excepcionalmente puede lograr una certeza absoluta sobre la forma en que sucedieron los hechos, pero ha de bastar para fundar su decisión haber alcanzado una certeza o convicción moral, entendiendo por esta el grado sumo de probabilidad acerca de la verdad, tras el examen de la prueba aportada (Conf. CNCiv., esta Sala, 14/12/2020, Expte. N° 14.845/15 "Albornoz, Hernán C. c. Transportes Lope de Vega SA s/ daños y perjuicios", entre otros muchos).

En virtud de ello, no encuentro signos de mendacidad, incoherencias o contradicciones en su relato, que de algún modo permitan descalificar o disminuir su credibilidad, máxime cuando tampoco existen elementos probatorios en la causa que contraríen sus afirmaciones, las que por otro lado coinciden con los hechos narrados por la accionante en su pretensión inicial.

Asimismo, cabe señalar las constancias médicas adjuntadas a la causa a saber: a fs. 141 copia del libro de guardia del Hospital Gral. de Agudos J. M. Penna donde consta la atención brindada a Aurelia Concepción Ale Pezo el día del accidente en el servicio de traumatología (folio 270) y a fs. 184/368 copia del expediente labrado por la ART como consecuencia del siniestro donde constan las prestaciones médicas recibidas por la actora.

A fs. 368 vta. Experta ART informa que consta en sus registros la denuncia por accidente laboral de la actora con fecha 09/03/2015 y que el mismo fue registrado bajo el N° 918496 indicando las clínicas donde recibió atención médica.

A fs. 370/375 se acompaña historia clínica remitida por el Sanatorio Fenochietto donde se efectuara la intervención quirúrgica requerida.

A su vez y de conformidad a las constancias certificadas que surgen de las actuaciones recibidas ad-effectum videndi "Ale Pezo, Aurelia C. c. Experiencia ART SA (Actual Experta ART SA) s/ accidente - ley especial (Expte. N° 17.764/2017)" en trámite ante el Juzgado Nacional del Trabajo N° 43, surge copia del "certificado de asistencia médica" expedido por el jefe de unidad de guardia del Hospital Penna en el que consta la atención de la actora en el servicio de urgencias el día 09/03/2015 (folio 270) como la pericia médica efectuada por el Dr. Mariano Segovia.

En virtud de ello entiendo, al igual que la distinguida sentenciante de grado, que el plexo probatorio referenciado, autoriza a tener por probado el acaecimiento del hecho en los términos que fuera iniciada la presente demanda.

En el terreno de la apreciación de la prueba, el juzgador puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado (Conf. CNCiv., esta Sala, 11/03/2010, Expte. 114.707/2004 "Valdez, José M. c. Miño, Luis A. daños y perjuicios", 24/06/2010, Expte. N° 34.099/2001, "Ruiz Díaz, Secundino y otro c. Guanco, Víctor M. y otros s/ daños y perjuicios", entre otros muchos).

Hemos sostenido reiteradamente que las constancias de la pronta atención médica, como el tipo de lesión constatada sumada a la prueba testimonial e informativa, configuran hitos o indicios que si bien apreciados en forma aislada carecen del sentido final que se le pretende otorgar, entrelazados entre sí trasuntan en la presunción de que el accidente existió, lo que sella el destino del agravio formulado por la demandada a ese respecto (Conf. CNCiv., Sala C, 26/09/2007, "Vergara, Domingo R. c. Transporte Automotor Plaza SACI línea 61 y otro s/ daños y perjuicios", idem, Sala D, 29/10/2009, Expte. N° 84.675/2005, "Boero, Norma B. c. Línea de Colectivos 56 Dota SA y otro s/ daños y perjuicios", idem, id., 15/03/2011, Expte. N° 111.963/2006, "Lobo, Rosana B. c. Domínguez, Héctor F. y otros s/ daños y perjuicios", 09/04/2015, Expte. N° 74.509/2009, "Hiena Libertad c. Argos Mutual de Seguros del Transporte Público de pasajeros y otros s/ daños y perjuicios", idem, Expte. N° 13.309/2008 06/08/2020, "Ortega Maidana, Elva R. c. Maldonado Miret, Demetrio y otros s/ daños y perjuicios").

En virtud de las consideraciones vertidas y teniendo en cuenta que la recurrente no ha aportado ningún elemento idóneo a los efectos de acreditar la fractura del nexo causal, los cuestionamientos intentados en su queja de ningún modo desvirtúan, la correcta apreciación de la prueba efectuada en el fallo en crisis, por lo que propicio al Acuerdo su confirmación.

Dilucidada la cuestión relativa a la atribución de responsabilidad he de avocarme a los agravios efectuados por las partes en relación con los rubros indemnizatorios.

VI. Rubros Indemnizatorios

A) Incapacidad sobreviniente

La protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentra respaldada en tratados internacionales que integran el sistema constitucional en función del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre las cuales podemos citar al art. 21 p. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el art. 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad, física, psíquica y moral (Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada", T. II, p. 110, Ed. Ediar) El derecho al resarcimiento y a la reparación del daño se encuentra incluido entre los derechos implícitos (art. 33 CN) especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como el art. 17 y el 41 CN refieren casos específicos (CNCiv., Sala L, 15/10/2009, "L., S. y otro c. Hospital Británico y otro s/ daños y perjuicios", ED, 09/02/2010, N° 12.439, id., esta Sala, 10/08/2010, Expte. N° 69.941/2005, "Gutiérrez, Luis A. y otro c. Luciani, Daniela C. y otros s/ daños y perjuicios").

Estos principios fueron receptados en el nuevo ordenamiento sobre la base de la doctrina y jurisprudencia ya elaboradas y teniendo en mira, precisamente, la incorporación de las normas de rango constitucional y convencional.

Así, el art. 1737 da una definición genérica y abarcativa del concepto de daño: hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En particular, el art. 1738 determina que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, el art. 1740 Cod. Civ. y Comercial establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

En concreto, el art. 1746 del nuevo texto legal establece pautas para la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, total o parcial, admitiendo la presunción de la existencia de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten ra-

zonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

Como se señalara, aun cuando esta normativa no se aplique al caso de autos, que será analizado conforme a la ley vigente al momento del hecho dañoso, condensa los criterios ya aceptados en la materia.

La incapacidad sobreviniente está representada por las secuelas o disminución física o psíquica que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento; produciéndose entonces para la misma un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta al reanudar sus actividades habituales y al establecerse su imposibilidad —total o parcial— de asumirlas y cumplirlas adecuadamente. La incapacidad económica —o laborativa— sobreviniente se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias..." (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; "Tratado de la responsabilidad civil", LA LEY, Bs. As., 2006, vol. "Cuantificación del Daño", p. 231 y ss.).

El peritaje médico obrante en autos (ver fs. 508/509) efectuado por médico traumatólogo Dr. Ricardo Gottlieb, indica que la actora presentó traumatismo de columna dorsolumbar, aplastamiento de vertebra dorsal D12, disminución del diámetro del conducto raquídeo y aplastamiento vértebra lumbar L3 en la forma que se relata en la demanda. Agrega que la resonancia magnética realizada el 14/12/2015 corrobora estas lesiones en relación con el accidente en autos.

Señala asimismo que si bien la actora, presenta procesos degenerativos de tipo artrósico en columna cervical y lumbar no están relacionados con el accidente en autos.

Indica que fue inmovilizada con corset en columna dorsolumbar durante 1 año y kinesiología durante 15 días previo a la operación. La cirugía realizada: Osteosíntesis artrodesis de columna dorsolumbar desde D9 a L2 y fijación con 5 tornillos; luego de la cirugía, utilizó 6 meses de corset y realizó kinesiología.

Presenta como secuelas dolor en columna dorsolumbar, limitación de la flexión dorsolumbar, en relación con el accidente en autos.

Determina la incapacidad traumatológica según Baremo de los Dres. Altube y Rinaldi: Fractura de columna dorsal operada sin compromiso medular ni radicular con deformación moderada: 20%, artrodesis de columna dorsolumbar en posición funcional: 15%: Fractura estable de cuerpo vertebral lumbar sin compromiso medular ni radicular con acuñamiento: 10%, cicatriz longitudinal lineal de 25 cm en columna dorsolumbar: 5%; incapacidad parcial y permanente: 50%.

En el responde a la impugnación efectuada por las accionadas, el experto señala a fs. 590 que la resonancia magnética realizada informa que el aplastamiento dorsal 12, disminución del diámetro del conducto raquídeo y aplastamiento lumbar de vertebra L3; indica que estas patologías no son degenerativas, artrósicas. A los pacientes con patología artrósica se le indica ejercicios para mejorar la movilidad de su columna, pero no les indica corset ni cirugía.

Manifiesta que la incapacidad se determina exclusivamente por las lesiones ocurridas en el accidente en autos: Fractura de vértebra dorsal D12, L3, artrodesis de columna y cicatriz ratificando en un todo el dictamen presentado.

En el responde al pedido de explicaciones de fs. 649 y 659 el experto puntualiza a fs. 660, que a raíz del accidente ocurrido el 09/03/2015 la accionante presentó fractura aplastamiento de vértebra D12 y acuñamiento de L3 con disminución del diámetro del conducto raquídeo, informe de la resonancia magnética. Las fracturas por aplastamiento y acuñamiento se producen por compresión longitudinal más flexión difusa. Lesionan el disco intervertebral. El primer tratamiento es la inmovilización con corset como fue realizado en la actora y que presentó parestesias (adormecimiento) en miembro inferior derecho y dolor continuo en columna dorsolumbar que no mejoraba con la inmovilización con corset y la realización de kinesiología. Por ello, se procedió a la intervención quirúrgica, (reducción y osteosíntesis) esta se realiza en muchos casos haya o no complicaciones neurológicas para evitar el reposo prolongado y conseguir una rápida rehabilitación. Reiterando que las fracturas vertebrales por compresión aplastamiento, no son de origen degenerativo artrósico.

Desde el punto de vista psicológico la Lic. Lorena Iñiguez (fs. 523/531) indica que el evento accidental ha representado en la vida de la actora un hecho de características violentas, irruptivas, inesperadas en el cual esta ha visto en peligro su integridad física y enfrentándola a una experiencia de muerte. Estos elementos constituyen un evento de características traumáticas, que la actora ha debido enfrentar, sin contar con adecuadas estrategias de afrontamiento, constituyéndose como una experiencia traumática. De la evaluación realizada es posible afirmar que la actora en el momento de la evaluación presenta un cuadro psíquico signado por la depresión y la ansiedad.

De acuerdo a las distintas técnicas trabajadas se estiman indicadores reactivos que permiten incluir su cuadro según nomenclatura del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos M,DSM IV como un F43.10 - Trastorno por Stress Postraumático moderado que le corresponde un porcentaje de incapacidad psíquica integral del 20%.

Cabe reiterar que, en materia de procesos de daños y perjuicios, la prueba pericial resulta de particular trascendencia en lo que se refiere a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama, el informe del experto no es una mera apreciación sobre la materia del litigio sino un análisis razonado con bases científicas y conocimientos técnicos.

Esta Sala ha sostenido reiteradamente que la circunstancia de que el dictamen no tenga carácter de prueba legal no importa que el juez pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del idóneo, por lo que la desestimación de las conclusiones a las que arribara ha de ser razonable y motivada, siendo imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado. (Conf. C. N. Civ., esta Sala, 10/12/2009, Expte. N° 76.151/94, "Taboada, Carlos D. c. Lizarraga, Luis M.", idem, id., 06/07/2010, Expte. 93.261/2007, "Godoy Muñoz, Pedro c. Villegas, Víctor H. y otros s/ daños y perjuicios"; id., id., 23/06/2010, Expte. N° 59.366/2004, "Berdier, Tristán M. c. Snitovsky, Luis y otro s/ daños y perjuicios", id., id., Expte. N° 30.165/2007, "Ybalo, Oscar R. c. La Primera de Grand Bourg SA Línea 440 s/ daños y perjuicios", entre otros muchos).

Nuestro Máximo Tribunal ha señalado que, aunque los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos constituyen un elemento importante a considerar, no conforman una pauta estricta que el juzgador deba seguir inevitablemente, ya que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las demás consecuencias que afectan a la víctima (CSJN, Fallos: 310:1826, idem, 11/06/2003, "Cebollero, Antonio R. y otros c. Córdoba, Provincia de", Fallos: 326:1910).

Es decir que, para establecer el quantum de la indemnización por incapacidad sobreviniente, debe considerarse la incidencia del hecho dañoso, cualquiera sea su naturaleza, en relación con todos los aspectos de la personalidad de la víctima, tanto en lo laboral como en lo social, en lo psíquico como en lo físico.

A los fines de establecer el monto que debe resarcirse por este concepto, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de la víctima, así como las familiares y socio-económicas, sin que el grado de incapacidad comprobado científicamente por el perito médico, traduzca, matemáticamente, una cierta cuantía indemnizatoria. Solo constituye un parámetro de aproximación económica que debe ser conjugado con las múltiples circunstancias vitales que contribuyen a definir razonablemente el monto de la reparación (conf esta Sala, Expte. N° 76.151/94 "Taboada, Carlos D. c. Lizarraga, Luis M. s/ daños y perjuicios" del 10/12/2009; idem, 27/08/2010 Expte. 34.290/2006 "Fridman, Hernando c. Escalada, Héctor D. y otro s/ daños y perjuicios", idem., id., 09/09/2010, Expte. 24.068/2006, "Agüero, Fernán G. y otro c. Arriola, Fernando L. y otros s/ daños y perjuicios", entre otros).

En el mismo sentido, hemos sostenido que deben ponderarse las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta circunstancias particulares como su edad, sexo, condiciones socio-económicas, actividad laboral anterior, incidencia real de las lesiones en su actividad actual, etc.

Por ende, lo que realmente resulta de vital importancia es el modo en que las secuelas afectan a la víctima para desarrollar los diversos actos de la vida cotidiana, considerando tanto la faz laboral como la vida de relación del individuo, ya que la "indemnización en sede civil tiende a la integralidad" (SCJM, 09/08/2010, "Leiva, Rubén D. en J° 81.963/31.663 Leiva Rubén D. c. Monte-Negro Martínez, Miguel Ángel p/ daños y perjuicios s/ inc.").

En virtud de ello acreditada la incapacidad física de carácter parcial y permanente, con características de daño cierto y perdurable, teniendo en cuenta entidad de las lesiones padecidas y las secuelas que dan cuenta los dictámenes antes referidos, ponderando la edad a la fecha del hecho (52 años) soltera, dos hijos, que se desempeñaba en tareas de servicio doméstico, es que propongo al Acuerdo confirmar el monto resarcitorio fijado en la instancia de grado (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

B) Tratamiento Psicológico

Cuando el perito determina que el trastorno mental que presenta su examinado amerita un tratamiento por especialistas, indicándolo al juez, el damnificado puede percibir ese monto, como un rubro más del resarcimiento, incluso en el caso de que decida no hacer ningún tratamiento, y cargar con el peso de su malestar.

Así lo ha entendido nuestra Corte Suprema al sostener que: "en cuanto al tratamiento psicológico acon-

sejado, a razón de una sesión semanal durante un año, se trata de un gasto que debe ser indemnizado, por cuanto supone erogaciones futuras que constituyen un daño cierto indemnizable (art. 1067 del Cód. Civil)" (CSJN, 28/05/2002, "Vergnano de Rodríguez, Susana B. c. Buenos Aires, Provincia de y otro", Fallos: 325:1277). En virtud de ello, es imprescindible recurrir a la prudente estimación del juez para cuantificar este rubro (art. 165 del Código Procesal), por lo que tomando en consideración todos los aspectos de la cuestión, entiendo que se configura en el caso el supuesto clásico previsto en el art. 165 tercer párrafo del Código Procesal, al disponer que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto (Conf. CNCiv., esta Sala, 10/12/2009, Expte. N° 76.151/94, "Taboada, Carlos D. c. Lizarraga, Luis M. s/ daños y perjuicios", idem, 27/08/2010, Expte. 34.290/2006, "Fridman, Hernando c. Escalada, Héctor D. y otro s/ daños y perjuicios", idem, id., 10/08/2012, Expte. N° 69.941/2005, "Gutiérrez, Luis A. y otro c. Luciani, Daniela C. y otros s/ daños y perjuicios", idem, id., Expte. 26.176/2006, "Molinari, Elena del Carmen c. Empresa de Transporte de Derudder Hnos. SRL (Flechabus) s/ daños y perjuicios").

En el caso, la pericia recomienda el inicio de un tratamiento psicológico individual de un año de duración y frecuencia semanal, para ayudar a la actora a reelaborar las consecuencias psíquicas que le ha ocasionado el accidente y le brinde las herramientas necesarias para un mejor restablecimiento en su vida.

En virtud de ello y dentro del marco fáctico de los presentes, propongo al acuerdo fijar la suma de pesos cincuenta y siete mil seiscientos ($57.600) para resarcir el presente rubro en análisis (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

C) Tratamiento Kinesiológico

Sabido es que los gastos terapéuticos son resarcibles cuando, acorde con la índole de la lesión, sea previsible la necesidad de realizar o proseguir algún tratamiento curativo o gasto que permita afrontar las necesidades psicofísicas, residiendo lo fundamental en demostrar que el tratamiento es necesario para mitigar la incapacidad.

Sostuvo también nuestro Máximo Tribunal, que "frente a la certeza de los gastos que el demandante deberá afrontar en los términos que surgen de los peritajes aludidos (art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), corresponde que estos sean resarcidos por el responsable según lo que dispone el art. 1086 del Cód. Civil, para cuya determinación cabe atenerse a las estimaciones realizadas en los mencionados dictámenes" (CSJN, *in re* "Pérez, Fredy F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", Fallos: 318:1598). (Conf. CNCiv., esta Sala, 14/09/2010, Expte. 105.902/2004, "Rodríguez, María C. c. Monzón, Rubén M. y otros s/ daños y perjuicios", idem, 29/10/2010, Expte. N° 39.724/2005, "Barcelo, Carlos O. c. Aranguez, Miguel Ángel y otros s/ daños y perjuicios", idem, id., Expte. N° 41.538/2018, 18/08/2020, "Alderuccio, Nicolás R. c. Transporte Ideal San Justo SA y otro s/ daños y perjuicios" entre otros muchos).

Atento que en el presente caso si bien el experto manifestó que con kinesiología y ejercicios en columna dorsolumbar se puede mejorar parcialmente y temporariamente la sintomatología, no indicó en forma expresa el requerimiento de tratamiento futuro alguno, en consecuencia propongo al Acuerdo desestimar el agravio incoado al respecto.

D) Daño Estético

En cuanto al daño estético cabe recordar que el mismo comprende el detrimento padecido en cualquier parte del cuerpo humano que es costumbre mostrar o exhibir, o bien, el que se trasluce al exterior, en la medida que lo menoscaban o afean, el disminuir su armonía, su perfección o su belleza.

En lo que se refiere al daño estético la Corte Suprema ha señalado que "no es autónomo respecto al material o moral, sino que integra uno y otro o ambos según el caso" (CSJN, 27/05/2003, "Sitjá y Balbastro, Juan R. c. La Rioja, Provincia de y otro", Fallos: 326:1673; idem, 29/06/2004, "Coco, Fabián A. c. Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos: 327:2722). Así, puede repercutir patrimonialmente cuando incida en las posibilidades económicas de la persona lesionada, o bien conformar solo una afección moral, por los sufrimientos y mortificaciones que la propia fealdad incorporada provoca en la víctima (conf. Llambías, J. J. "Tratado de Derecho Civil-Obligaciones", T. II-B, p. 364, N° 5; Zannoni, E., "El daño en la Responsabilidad Civil", p. 160, N° 45; CNCiv., esta Sala, 24/06/2010, Expte. N° 34.099/2001, "Ruiz Díaz, Secundino y otro c. Guanco, Víctor M. y otros s/ daños y perjuicios", idem, id., 15/09/2011, Expte. N° 7684/2005, "Sanguineti, Elza R. c. Coto CICSA y otros s/ daños y perjuicios", entre otros).

Cabe señalar que para que la lesión estética sea valorada en forma autónoma, debe tratarse de una desfiguración física que tenga la cierta posibilidad de repercutir patrimonialmente, porque claramente incida en las posibilidades económicas del lesionado, en función de la importancia de la afección y de la naturaleza de las actividades que desarrolla (CNCiv., Sala A, 11/09/2007, "G., R. V. c. Salinas, Félix R. y otros", La Ley Online, R/JUR/5570/2007).

En el caso de autos el experto determinó la existencia de una cicatriz longitudinal lineal de 25 cm en la columna dorsolumbar asignándole un 5% de incapacidad, sin embargo no surge de las probanzas obrantes en la causa que aquel menoscabo, signifique un daño económico o patrimonial indirecto ni influya en las posibilidades patrimoniales de la víctima, por lo que corresponde desestimar la queja incoada, sin perjuicio de su consideración en el tratamiento de las Consecuencias no Patrimoniales.

E) Gastos sin recibo

Cuestionan las accionadas el monto fijado para la presente partida comprensivo de gastos médicos, farmacéuticos y de transporte.

Reiteradamente se ha pronunciado este Tribunal en el sentido de que para que proceda la reparación de este tipo de daños no es necesaria la existencia de prueba fehaciente, sino que en atención a la entidad de las lesiones se puede presumir su extensión, mas ante la falta de prueba acabada, la estimación debe hacerse con suma cautela, máxime cuando la víctima recurrió a los servicios de instituciones públicas, como ocurre en la especie, sin olvidarnos igualmente que ninguna obra social ni institución pública cubre por completo estos gastos.

En el caso, considero que la cantidad fijada en el decisorio resulta ajustada a los gastos que razonable debió realizar la víctima para atender los traslados y gastos farmacéuticos presumiblemente realizados como consecuencia del accidente, por lo que propongo al acuerdo su confirmación (art. 165 del Código Procesal).

F) Consecuencias no Patrimoniales

Con respecto a los agravios vertidos por las partes en torno a la cuantía del "daño moral", actualmente denominado consecuencias no patrimoniales —contempladas en el art. 1741 del Cód. Civil y Comercial— las que se producen cuando existe una consecuencia lesiva de naturaleza espiritual, aun cuando la norma no resulte aplicable a este ilícito, puede ser tomada como pauta doctrinaria orientativa de su cuantificación.

Desde una concepción sistémica —en donde la Constitución constituye el vértice o núcleo— el Derecho tutela intereses trascendentes de la persona, además de los estrictamente patrimoniales. (Tobías, José W, "Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral" LA LEY, 1993-E, 1227 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 33; CNCiv., esta Sala, 25/02/2010, Expte. N° 87.802/2000 "Valdez, Sandra N. c. Urbano, Alberto D. y otro s/ daños y perjuicios", idem., id., 15/04/2010, Expte. 114.354/2003, "Rendon, Juan Carlos c. Mazzoconi, Laura E. s/ daños y perjuicios", entre otros).

Este instituto se aplica cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. Dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales.

Con atinado criterio se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio, el daño moral lesiona lo que el sujeto "es" (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, T. 4, ps. 103, 1143 y "El concepto de daño moral", JA, del 06/02/1985; CNCiv., esta Sala, 23/06/2010, Expte. 26.720/2002, "Pages, Mariano J. c. Laudanno, Andrés F. y otros s/ daños y perjuicios", idem, id., 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 "Rendon, Juan Carlos c. Mazzoconi, Laura E. daños y perjuicios"; entre otros).

Por lo demás, es dable señalar, que la procedencia y determinación de este daño no está vinculada a la existencia o entidad de los perjuicios materiales, pues media interdependencia entre tales rubros, que tienen su propia configuración (conf. Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. I, p. 13, Ed. Abeledo-Perrot; CSJN., 06/10/2009, "Arisnabarreta, Rubén J. c. EN (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento"; idem, 07/11/2006, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c. Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios", Fallos: 329:4944, id., 24/08/2006, "Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros c. Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 329:3403, id., 06/03/2007, ORI, "Mosca, Hugo A. c. Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:563, entre muchos otros).

Asimismo, el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación *in fine* establece que "el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" delimitando la actividad jurisdiccional y acentuando sus funciones reparatorias.

En otras palabras, el monto del resarcimiento debe permitir procurarse un placer que compense o sustituya el displacer sufrido, criterio que jurisprudencialmente se viene aplicando de manera inveterada por nuestros tribunales.

En cuanto a su valuación, cabe recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que: El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurar satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido.

Señaló nuestro Máximo Tribunal que "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. 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) (Conf. CNCiv., Sala A, 17/07/2014, "R. M. B. c. Banco Supervielle SA s/ daños y perjuicios" del voto del Dr. Sebastián Picasso; cita: MJ-JU-M-88578-AR | MJJ88578 | MJJ88578).

El criterio fijado por la actual legislación de fondo, aun cuando el hecho sea anterior a su vigencia, impone que la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme dicha pauta orientadora.

En virtud de ello, ponderando las circunstancias fácticas que rodearon el accidente, las lesiones padecidas como la necesidad de intervención quirúrgica practicada y el uso de corset, como la existencia de una cicatriz longitudinal lineal de 25 cm en la columna dorsolumbar y demás afecciones que debió padecer la reclamante durante el tiempo que duró su recuperación es que propongo al acuerdo elevar a quinientos mil ($500.000) el monto fijado en la instancia de grado (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

G) Gastos de traslado por los tratamientos futuros

Reclama la parte actora una partida para afrontar los gastos de traslado de los tratamientos recomendados.

Cabe señalar que en los presentes fue concedida únicamente una partida por tratamiento psicológico recomendado.

En este aspecto, he de puntualizar que la misma procura establecer el costo que habrá de afrontar el actor para hacer frente al tratamiento como un rubro más del resarcimiento, incluso en el caso de que decida no hacer ningún tratamiento, y cargar con el peso de su malestar.

Sin embargo y si bien el actual derecho de daños debe tender a resarcir integralmente al damnificado y tratar de colocarlo en la misma situación que tenía con anterioridad al hecho ilícito, no debe perderse de vista que el inicio del tratamiento como la elección del profesional es resorte exclusivo del accionante, por lo que no corresponde ser indemnizado en base a un monto no acreditado. (art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Sabido es que el daño resarcible debe ser cierto actual y no meramente hipotético o conjetural por lo que no habiéndose acercado elemento alguno que permita cuantificarlo, no encuentro razones que autoricen a establecer una partida independiente, por el presente ítem en análisis por lo que propongo al acuerdo desestimar la petición.

F) Daño Punitivo

Se agravia la parte actora por el rechazo del reclamo en concepto de daño punitivo.

Al respecto, cabe señalar que 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, ps. 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).

El daño punitivo, como pena ejemplificadora no tenía apoyatura legal en nuestro sistema civil hasta la sanción de la ley 23.361 que incorporo el Art 52 a la ley de defensa del Consumidor (24.240).

Es en el Derecho del Consumidor donde por primera vez se consagra legislativamente la figura del "daño punitivo". A partir de la reforma de la ley 24.240 formulada por la ley 26.361, queda incorporado el artículo 52 bis que dispone: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b de esta ley".

Por su propia naturaleza los daños punitivos no buscan reparar el perjuicio causado al consumidor, sino imponer una sanción ejemplar al autor de la conducta antijurídica. Sanción que, para algunos, tiene el carácter de una multa civil, y para otros, de una típica sanción propia del Derecho Penal. De lo que no cabe duda es que no tiene naturaleza resarcitoria (Roberto Vázquez Ferreyra, "La naturaleza de los daños punitivos", en Revista de Derecho de Daños - 2011-2- Daño Punitivo, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., ps. 103/4).

En esta inteligencia, se ha afirmado que solo habrán de proceder frente a la existencia de daños graves ocasionados a consecuencia de un grave menosprecio por los derechos individuales o colectivos como así también en los casos en los que existen ilícitos lucrativos.

En igual sentido, la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que los punitive damages se conceden para sancionar al demandado por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar a acciones del mismo tipo (Lovece, Graciela De los daños punitivo s a la sanción pecuniaria en el Proyecto de Código, LA LEY del 2 de agosto de 2012, página 1; idem, CNCiv., Sala H, 19/04/2018 "C. Y. E. c. Laboratorios Andrómaco SAICI s/ daños y perjuicios" Cita: MJ-JU-M-110836-AR | MJJ110836 | MJJ110836).

A través de esta teoría se pretende la aplicación, en ciertos casos, de penas privadas, por encima de los importes que se establezcan en concepto de reparación por daños y perjuicios asignándolas ya sea al propio damnificado, al Estado, o a organismos de bien público. Lo que se pretende es castigar a quien ha actuado de modo desaprensivo, a fin de que en el futuro no actúe en forma similar. Por ende, desempeñarían una doble función, ya que por un lado serían una forma de prevención especial, por cuanto quien es pasible de la sanción obviamente no volverá a incurrir en la misma inconducta, en tanto que también sería una forma de prevención general, ya que los demás integrantes de una sociedad determinada, al ver la imposición de la multa, evitarán cometer la misma inconducta (Conf. Fernández Madero, Jaime, "Los daños causados al medio ambiente", LA LEY, 2004-A, 1456; CNCiv., esta Sala, 04/05/2010, N° 28.910/2003 "Colombo, Aquilino M. c. De Rosso, Héctor E. s/ daños y perjuicios", ídem, 20/09/2019, Expte. N° 77.996/2014, "García, Lía C. y otro c. Laboratorios Andrómaco SAICI s/ daños y perjuicios" entre otros).

Su finalidad no es solo la de castigar a la demandada por una conducta grave, sino también desalentarla en el futuro, vale decir, que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares. De tal modo, la introducción de los daños punitivos implica reconocer que la responsabilidad civil, al lado de su función típica que sin dudas consiste en reparar, también puede y debe cumplir finalidades complementarias a los fines de la prevención y punición de ciertas conductas. La función de prevención que tiende a disuadir a los proveedores de bienes o servicios respecto de la adopción de conductas perjudiciales para los consumidores, sean estas episódicas o se presenten de modo constante y permanente (C. Com., Sala F, 20/11/2018, "Filomeno, Sebastián A. c. Cervecería y Malhería Quilmes SA s/ ordinario" Cita: MJ-JU-M-116251-AR | MJJ116251).

Para importante doctrina (Zavala de González, Pizarro y Vallespinos) la función punitiva es útil pues permite sancionar a quien causa daños intencionalmente con el propósito de obtener una ventaja o provecho, y resulta de aplicación únicamente cuando la reparación del perjuicio se muestra insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad ya que subsiste un beneficio derivado directamente del ilícito (Conf. CNCiv., esta Sala, 23/11/2017, Expte. N° 58.267/2013, "Méndez, Lisandro A. c. Empresa Monte Grande SA y otro s/ daños y perjuicios").

Sin perjuicio de ello 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 pu-

nitivos 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).

Así, jurisprudencialmente se ha entendido que esta clase de sanción solo resulta aplicable para casos de particular gravedad (CNCom., Sala D, 28/06/2012, "Errico, Néstor O. c. Galeno SA"; ídem, Sala C, 11/07/2013, "P. G., M. C. y otro c. Nación Seguros de Vida SA s/ ordinario", Abeledo-Perrot N° AR-7JUR749971/2013) y en los que, por ejemplo, dicho comportamiento hubiese importado beneficios económicos al responsable (culpa lucrativa) (CNCom., Sala A, 09/11/2010, "Emagny SA c. Got SRL y otro"; idem., 26/04/2011, "Fasan, Alejandro c. Volkswagen SA de ahorro para fines determinados"), advirtiéndose que esos beneficios se hubieren producido de no haber accionado el asegurado en defensa de sus derechos (Conf. CNCom., Sala F, 07/04/2016, "Dell'Oca, Gastón c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", Cita: MJ-JU-M-100617-AR | MJJ100617 | MJJ100617).

En la doctrina nacional parece haber consenso en afirmar que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable y cualquier actuación meramente negligente o culpable no dará lugar a la multa prevista en el art. 52 bis de la LDC (ver, López Herrera, E., "Los daños punitivos", p. 17 y ss., ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008; Cám. Nac. Comercial, Sala F del 10/05/2012, en autos "Rodríguez, Silvana A. c. Compañía Financiera Argentina SA s/ sumarísimo"; Cám. Fed. Civil y Comercial, Sala II, 27/08/2019, causa N° 48.430/15, CIJ. ídem, CNCiv. esta Sala,18/08/2020, Expte. N° 74.455/2012, "Patiño, Rubén D. y otro c. Telefónica de Argentina SA s/ daños y perjuicios" entre otros).

En el caso de autos habré de compartir los fundamentos esgrimidos por la Sra. Jueza de la anterior instancia, por los que resulta improcedente la pretensión indemnizatoria por este concepto, en tanto que no puede considerarse que el accionar de la demandada haya sido doloso, malicioso u objetable por haber incurrido en culpa grave, por lo que no se encuentran configurados los recaudos de admisibilidad necesarios para acoger la multa civil en análisis, que reitero es de carácter excepcional y de naturaleza restrictiva.

En virtud de las consideraciones expuestas propongo al acuerdo la desestimación de los agravios en cuanto al tema.

VII. Tasa de Interés

Cabe recordar que la indemnización resulta un equivalente del daño sufrido y el interés compensa la demora en su reparación al no haber el responsable cumplido inmediatamente con su obligación de resarcir. Se trata entonces de una estimación "actual" que el juez de grado ha tenido en cuenta para sopesar la variación patrimonial de la prestación debida, considerando para ello que estamos ante una indemnización de daños que, lejos de resultar una obligación "dineraria" en la que se adeuda un quantum y resulta insensible a la variación del poder adquisitivo, importa una verdadera obligación "de valor" en la que se debe un quid y, por tanto, sí admite o reconoce las alteraciones sufridas por el poder adquisitivo (Casiello, Juan, Méndez Sierra, Eduardo, "Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual", LA LEY, 28/08/2003, p. 1;) Sabido es que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen, ya que el orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley.- Ahora bien, conforme la jurisprudencia y doctrina mayoritaria imperante en el fuero la tasa que corresponde aplicar desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago del capital de condena, es la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero *in re,* "Samudio de Martínez, L. c. Transportes Doscientos Setenta SA", salvo que su aplicación, en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia, pueda implicar como un efecto no querido, un resultado contrario y objetivamente injusto, produciendo una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.(Conf. CNCiv., esta Sala, 10/08/2010, Expte. N° 69.941/2005 "Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c. Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios" entre otros muchos).

En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un "enriquecimiento indebido" único supuesto fáctico que justificaría apartarse del principio general (Conf. CNCiv., esta Sala, 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 "Rendon, Juan Carlos c. Mazzoconi, Laura E.", ídem, 24/02/2017 Expte. N° 51.917/2009, "Suárez, Adriana S. y otro c. Flecha, Manuel E. y otros s/ daños y perjuicios".

A mi juicio, no obran en la causa constancias que acrediten que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir, si así fuera e importara una situación excepcional que se aparta-

ra de la regla general referida ya que la misma debe ser probada por el deudor en forma clara en el ámbito del proceso (cf. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), circunstancia que no se verifica en los presentes (CNCiv. esta Sala, 13/06/2019, Expte. N° 31.025/2010, "Pachinotti, Mirtha H. y otro c. Carpio Guzmán, David y otros s/ daños y perjuicios", idem, 14/06/2019, Expte. N° 35.196/2017, "Scapula, Leonardo M. c. De Marco, Lucio y otros s/ daños y perjuicios", idemm id., 14/06/2019, Expte. N° 46.914/2013, "Enrico, Mario M. y otros c. Valko, Andrea E. y otros", idem, id., 12/07/2019, Expte. N° 44.145/2014, "Pérez, Noelia S. c. Giménez, Walter A. y otros s/ daños y perjuicios", idem, id., 28/08/2019, Expte. N° 16.215/2016, "Palma, José L. y otro c. Canteros, Gustavo J. y otro s/ daños y perjuicios"), por lo que cabe desestimar los agravios al respecto y confirmar lo dispuesto en el decisorio de grado.

En cuanto a la solicitud de la accionante en torno al tema en examen, además de los fundamentos ya expuestos, cabe agregar que lo solicitado no se halla previsto en el art. 768 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y que, por otra parte, el art. 303 (t.o. ley 27.500) del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, impide apartarse del fallo plenario precedentemente citado —a cuyos fundamentos remito en homenaje a la brevedad—, por lo que considero que corresponde su desestimación (Conf. CNCiv., esta Sala, 02/09/2020, Exp. N° 55.866/2013 poner fecha "Braga, Graciela D. c. Centro de Enfermedades Respiratorias Infantiles (CERI) s/ daños y perjuicios", idem, 09/10/2020, Expte. N° 10.681/2014, "Quijano Baigorria, Cristina M. c. Caicoya, Alfredo L. A. L. y otro s/ daños y perjuicios", idem, id., 20/10/2020, Expte. N° 62.707/2017, "Torrilla, Elías K. A. c. Ferro, Ariel D. s/ daños y perjuicios", id., id., 16/12/2020, Expte. N° 24.788/2018, "Costilla, Ramón H. y otro c. Ruiz, Sebastián s/ daños y perjuicios", id., id., 18/03/2021, Expte. N° 38.337/2016, "Tuya, Gabriel H. y otros c. Tevez, Germán A. s/ daños y perjuicios" entre otros).

VIII. Oponibilidad de la Franquicia

La sentencia de grado dispuso que la franquicia invocada en base al contrato de seguro no le resulta oponible a la víctima conforme la doctrina plenaria en autos "Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte SA y otro s/ daños y perjuicios" (considerando VI *in fine*) lo que motivó el agravio de la citada en garantía.

Este Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que no se puede dejar de hacer mérito de la trascendencia moral e institucional de los fallos del Máximo Tribunal, así como la afectación que su falta de acatamiento provoca en la certidumbre de los derechos litigiosos y en la celeridad y economía procesal, dejando a salvo nuestro diverso criterio personal en esta materia específica. Ello así, por cuanto si bien es cierto que la Corte Suprema solo decide en los casos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para otros análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquella (conf. doctrina de Fallos: 25:364, id., 13/03/2007, "Autolatina Argentina SA c. Dirección General Impositiva", Fallos: 330:704, y muchos otros).

El Máximo Tribunal, antes y después del dictado del plenario "Obarrio" por esta Excma. Cámara, mantuvo como doctrina uniforme y reiterada que la citada en garantía debe responder en estricta conformidad al art. 118 de la ley 17.418 (ver antecedentes detallados, entre otros, en pronunciamientos de esta Sala, Expte. N° 94.400/07, "Lucero Idizarri, Roberto A. c. Modo SA y otros s/ daños y perjuicios", del 29/08/2013, Expte. N° 69.479/2006, "Mujica, Jorge I. c. Juan B. Justo SATCI s/ daños y perjuicios", del 11/09/2013, Expte. N° 100.671/09, "Palacios, Laura V. c. La Primera de San Isidro SACEI y otros s/ daños y perjuicios", del 23/09/2013, Expte. N° 88.446/2010, "Gómez, Estela c. Transportes La Perlita SA y otros s/ daños y perjuicios", del 08/10/2013).

En su nueva integración, *in re* "Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro", (06/06/2017, Fallos 340:765) resolvió —por mayoría— que en el caso de un accidente de tránsito no hay fuente jurídica que justifique que la aseguradora se haga cargo de la indemnización más allá de los límites establecidos en el contrato, el cual no puede perjudicar a la víctima, pero tampoco puede beneficiarla más allá de los términos y de lo dispuesto en la normativa aplicable.

Sin embargo, en la actual normativa este aspecto ha sido expresamente modificado por la propia Superintendencia de Seguros de la Nación, mediante Resolución N° 39.927 (BO 18/07/2016), disponiendo que: la franquicia no es oponible a las víctimas de siniestros en los seguros obligatorios (Cláusula 2 Anexo II dispone que "...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 (10) días de efectuado el pago....").

El art. 68 de la ley 24.449 delega en cabeza de la Superintendencia de Seguros de La Nación (SSN), ente autárquico dependiente del Poder Ejecutivo, con funciones de contralor y autoridad en materia aseguradora, la facultad de reglamentar las condiciones respecto del seguro en cuestión.

Ello ha llevado a considerar, según un sector de la doctrina, que de acuerdo a la normativa legal vigente (art. 68 de la Ley 24.449; Resolución N° 39.927 y complementarias), las franquicias de los seguros obligato-

rios de automotores son inoponibles a las víctimas de los siniestros, y que atento a que son legalmente considerados como consumidores, por directa aplicación del art. 7° del Cód. Civ. y Comercial, dicha inoponibilidad es retroactiva, debiendo aplicarse a los juicios que se encuentran actualmente en trámite (Sobrino, Waldo Augusto, "Regreso con gloria del fallo plenario 'Obarrio' respecto a la inoponibilidad de la franquicia de acuerdo a la Resolución N° 39.927 de la SSN (Julio de 2016)" www.saij.gob.ar, Id SAIJ: DACF170270, publicado el 19/06/2017).

En efecto, en los propios considerandos de dicha Resolución N° 39.927, se señala como fundamento de su dictado "Que teniendo en cuenta la obligatoriedad dispuesta por sus leyes específicas para las coberturas de Responsabilidad Civil tanto para los Vehículos Automotores y/o Remolcados como los Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros, esta Superintendencia de Seguros de la Nación ha procedido a dictar condiciones únicas y uniformes, las cuales se encuentran previstas en los Anexos del Punto 23.6. inciso a. 1) y a. 2) respectivamente, del Reglamento General de la Actividad Aseguradora... Que en otro sentido en la cobertura de Responsabilidad Civil de Vehículos Automotores destinados al Transporte Público de Pasajeros, se eleva el límite de la Franquicia o Descubierto Obligatorio disponiendo que la Aseguradora asumirá el pago y posteriormente el Asegurado le reembolsará el importe correspondiente".

Ninguna duda cabe, entonces, que el régimen legal vigente establece con toda claridad que —sin perjuicio de mantener la validez de la franquicia pactada entre las partes, al establecer la obligación de reembolsar— los terceros damnificados se encuentran legitimados para reclamar a la aseguradora el pago completo del resarcimiento que les corresponda. Dicho en otros términos, ya no es posible seguir sosteniendo la oponibilidad a quienes no han sido parte en estos contratos de seguro.

En palabras de Del Río, ambos institutos, franquicia e inoponibilidad, pueden coexistir de manera pacífica, toda vez que ello de ninguna manera interfiere en la relación jurídica primigenia, entablada entre aseguradora y asegurador; sino que, por el contrario, supone mantener los efectos del acto jurídico "entre las partes", sin perjuicio de su ineficacia frente al tercero (damnificado-víctima del accidente de tránsito) sujeto protegido por el sistema, en el caso concreto, permitiendo, posteriormente, acción de repetición de lo pagado a la aseguradora contra el asegurado. Esta ha sido la solución establecida en los sistemas jurídicos más avanzados (Ej.: Unión Europea). (Del Río, Jeremías, "La franquicia en el transporte automotor "Obarrio c. Cuello" y la reforma de la Ley N° 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor ¿Evolución de la responsabilidad civil?", Revista Colegio de Abogados de La Plata - Número 75, Fecha: 02/04/2012 Cita: IJ-LXIV-519). (Conf. CNCiv. esta Sala, Expte. N° 2287/2016, 26/06/2019, "Serrano, Domingo G. c. Transporte Automotor Plaza SACI Línea 133 interno 610 s/ daños y perjuicios", ídem, 11/09/2019, Expte. N° 60.913/2010; id. "Fernández Bárbara, Daniela c. Amoroso, Pablo A. y otros s/ daños y perjuicios"; id. Expte. N° 47.644/2015: "Bordon, Agustín c. Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros y otros s/ daños y perjuicios" del 02/10/2019).

Por ello, propongo al Acuerdo, la desestimación de los agravios formulados respecto al tema en estudio.

IX. Deducción de sumas percibidas de la ART.

Cabe señalar que el artículo 39, inc. 4 de la ley 24.557 que reconoce en cabeza del damnificado el derecho a percibir la indemnización del tercero responsable de acuerdo a los preceptos de la ley civil, pero debe deducirle, en su caso, el valor de las prestaciones que perciba o deba recibir del empleador o su aseguradora.

Es decir deberá determinarse la procedencia del reclamo en sede civil, pero si se registrara un pago efectuado en virtud de lo dispuesto por la Ley de Riesgos del Trabajo, a fin de evitar un enriquecimiento injustificado, a las sumas que se determinen deberá restársele las sumas percibidas en su caso.

Ello así, por cuanto concordantemente el inciso 5° del mismo artículo dispone que la ART o el empleador autoasegurado según corresponda podrán repetir del responsable del daño causado, el valor de las que hubieran abonado, otorgado o contratado. (Conf. CNCiv., esta Sala, 28/06/2013, Expte. N° 32.252/2009, "Aguayo, Tamara V. c. Nuevos Rumbos SA y otros s/ daños y perjuicios", idem, Expte. N° 70.660/2010, "Correa, Natalia C. c. Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia s/ daños y perjuicios").-

X. Conclusiones:

A tenor de las consideraciones vertidas en el presente voto propongo al acuerdo:

I. Modificar parcialmente la sentencia recurrida, estableciendo la, suma de pesos quinientos mil ($500.000) por las consecuencias no patrimoniales y la suma de pesos cincuenta y siete mil seiscientos ($57.600) por el tratamiento psicológico recomendado (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

II. Establecer que a las sumas resarcitorias admitidas habrá de descontarse las prestaciones percibidas

o a percibir de conformidad con lo estipulado por la Ley de Riesgo de Trabajo.

III. Determinar la cobertura del seguro conforme a los términos del acápite VIIII.

IV. Confirmar todo lo demás que decide y que fuera materia de apelación y agravios, con costas de Alzada a las accionadas en virtud del principio objetivo de la derrota y del de reparación integral y plena (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

V. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

El doctor *Caia* y la doctora *Verón* adhieren al voto precedente.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal resuelve: I. Modificar parcialmente la sentencia recurrida, estableciendo la, suma de pesos quinientos mil ($500.000) por las consecuencias no patrimoniales y la suma de pesos cincuenta y siete mil seiscientos ($57.600) por el tratamiento psicológico recomendado.(art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). II. Establecer que a las sumas resarcitorias admitidas habrá de descontarse las prestaciones percibidas o a percibir de conformidad con lo estipulado por la Ley de Riesgo de Trabajo. III. Determinar la cobertura del seguro conforme a los términos del acápite VIIII. IV. Confirmar todo lo demás que decide y que fuera materia de apelación y agravios, con costas de Alzada a las accionadas en virtud del principio objetivo de la derrota y del de reparación integral y plena (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). V. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. VI. Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/2013 art. 4°) y oportunamente devuélvase. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici. — Maximiliano L. Caia.*

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CONSORCIO

Responsabilidad del consorcio por los daños originados en partes comunes. Privación de uso. Daño moral.

1. — Los daños que pudiera sufrir uno de los consorcistas, tanto en relación con otro propietario, como al consorcio mismo, dan lugar a responsabilidad de fuente contractual. Es así que se encuentra comprometida la responsabilidad del consorcio de propietarios cuando se trata de daños originados en partes comunes, pues de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 2°, 3°, 8° y concordantes de la ley 13.512, una de las obligaciones primarias que surgen de esta relación jurídica es la reparación y el mantenimiento por parte del consorcio de las partes comunes, de modo que el incumplimiento de dicho deber hará nacer en el consorcio la obligación de resarcir los daños producidos en consecuencia.

2. — La mera circunstancia de que el consorcio hubiera enviado a la accionante cartas documento no constituye razón suficiente para desconocer su deber de reparar las deficiencias existentes en las partes comunes del edificio e indemnizar los perjuicios derivados de ese incumplimiento.

3. — En función del incumplimiento de larga data por parte del consorcio, no puede considerarse como una concausa relevante, con entidad para exonerarlo total o parcialmente de responsabilidad, un episodio consistente en un inquilino que dejó la canilla abierta durante once horas.

4. — La privación de uso, en tanto ítem o partida del daño patrimonial, supone por sí misma un perjuicio indemnizable, en el sentido de que su sola existencia determina la configuración del daño, porque se presume que el titular de una cosa la posee para utilizarla, y que con ello cubre una necesidad u obtiene alguna ventaja.

5. — Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima a fin de establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo.

6. — Es procedente la indemnización del daño moral, debido a las profundas molestias que supone para cualquier persona la circunstancia de ver seriamente deteriorado su inmueble, tras reiteradas inundaciones, sin poder ocuparlo ni utilizarlo conforme a su destino durante más de ocho años.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Filtraciones.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $350.000

Daño patrimonial

Daño emergente: $680.686,89

Daños varios: Privación de uso: $500.000

CNCiv., sala L, 20/04/2021. - M. M. R. c. Cons. de Prop. Montevideo 1153/57 s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/9215/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

INTERESES

Hasta el dictado de la sentencia se aplica la tasa del 8% anual, y luego, se aplica la tasa activa.

Expte. N° 43.068/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 20 de 2021.

La doctora *Iturbide* dijo:

I. En la sentencia dictada a fs. 394/407, el señor juez de primera instancia admitió la demanda promovida por M. R. M. contra el consorcio de propietarios de la calle Montevideo N° 1153/1157 de esta ciudad, condenando a este último a pagar a la actora la suma de $106.491,47, con más sus intereses y las costas procesales.

Contra dicha decisión expresaron agravios el consorcio demandado y la accionante a fs. 420/428 y a fs. 432/435, respectivamente, los cuales fueron replicados a fs. 442/446 y a fs. 449/452.

Por otra parte, este Tribunal resolvió admitir el replanteo de prueba respecto de la pericial de arquitectura, y a fs. 471/493 se incorporó al expediente el informe efectuado por la Arq. A. C. A. El dictamen fue impugnado por la demandada a fs. 496/501, y a fs. 504 constan las respuestas a tales cuestionamientos.

Finalmente, luego de la clausura del período probatorio decretada por esta Sala el 25/02/2021, ambos litigantes hicieron uso de su derecho de alegar en esta instancia, y con fecha 15/03/2021 se dispuso el llamado de autos a sentencia, resolución que se halla firme y consentida, por lo cual las actuaciones se encuentran en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo.

II. Antecedentes del caso

Según lo expuso la actora al promover la demanda, la Sra. M. es propietaria del departamento sito en el piso ... del edificio de la calle ... de esta ciudad, desde el 8 de junio de 2006. Afirmó que a mediados de diciembre de 2012 empezaron a producirse las primeras y reiteradas filtraciones que imposibilitaron el uso de la unidad. Relató también que el día 12 de diciembre de 2012, personal dependiente del consorcio "rompió todo su baño" al realizar tareas para arreglar una pérdida de agua, y que el 15 de enero de 2013, por pinchaduras en los caños, se produjo una intensa filtración de agua proveniente del techo del departamento del piso superior. Ello provocó la inundación de la unidad por primera vez y generó graves daños en el piso, en las paredes y en el techo del inmueble.

La accionante continuó señalando que en la asamblea de copropietarios del mes de julio de 2013 se dispuso como prioridad la reparación de su departamento porque estaba inhabitable, y que las reparaciones realizadas por el consorcio fueron parciales, ya que no incluyeron la del piso de madera que fue seriamente afectado por las filtraciones.

Posteriormente, en enero de 2014, la propiedad de la Sra. M sufrió una nueva inundación completa como consecuencia del mal arreglo de la columna o bajada de agua del edificio, y el 9 de febrero, en una nueva oportunidad, se inundó el departamento por pinchaduras en los caños de la unidad superior.

En definitiva, la demandante promovió el presente proceso a fin de obtener del accionado la indemnización de los daños y perjuicios causados por los hechos referidos, según fueron detallados en los ítems resarcitorios plasmados en el escrito de inicio.

III. La sentencia de primera instancia

Como lo adelanté en el considerando I, mi colega de la instancia anterior admitió la demanda y condenó al consorcio accionado a abonar a la Sra. M la correspondiente reparación por daños y perjuicios, pues consideró acreditados, en este caso concreto, los requisitos de la responsabilidad civil.

IV. Los agravios

Al verter sus quejas en esta instancia, la demandante criticó la suma fijada por el señor juez *a quo* para el daño emergente y para el daño moral, como así también el rechazo de los rubros "privación de uso íntegro y debido del inmueble" y "alquiler de inmueble sustituto".

Por su parte, el consorcio de propietarios se quejó por la responsabilidad que le fue atribuida en el fallo apelado, por los daños materiales y el daño moral y, por último, por el modo en que fueron impuestas las costas del proceso.

V. Aplicación de la ley en el tiempo

Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, cabe aclarar que, como la relación jurídica que motiva este pleito tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, habrá de ser juzgada —en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas— de acuerdo al sistema normativo vigente a la época del hecho, interpretado, claro está, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país, porque así lo impone una correcta hermenéutica en respeto a la supremacía constitucional (esta Sala, "Echeverría, Naiara B. c. Guerra, Claudio A. y otros s/ daños y perjuicios", 17/03/2016, Expte. N° 87.204/2012; "Cahe, Viviana E. c. Medela, Jorge A. y otro s/ cumplimiento de contrato", 26/04/2016, Expte. N° 38.543/2013; "Daix, Odina E. c. Cencosud SA s/ daños y perjuicios", 12/05/2016, Expte. N° 59.298/2011; entre muchos otros).

VI. La configuración y la distribución de la responsabilidad civil en el caso

De manera liminar, corresponde encuadrar jurídicamente la relación que existe entre el consorcio de propietarios demandado y la actora, titular de la unidad funcional mencionada en el considerando II, como un vínculo de naturaleza contractual que al momento en que ocurrieron los hechos se hallaba regido por la ley 13.512 de propiedad horizontal y el reglamento de copropiedad y administración.

Por consiguiente, los daños que pudiera sufrir uno de los consorcistas, tanto en relación a otro propietario, como al consorcio mismo, dan lugar a responsabilidad de fuente contractual. Es así que se encuentra comprometida la responsabilidad del consorcio de propietarios cuando se trata de daños originados en partes comunes, pues de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 2, 3, 8 y concordantes de la ley 13.512, una de las obligaciones primarias que surgen de esta relación jurídica es la reparación y el mantenimiento por parte del consorcio de las partes comunes, de modo que el incumplimiento de dicho deber hará nacer en el consorcio la obligación de resarcir los daños producidos en consecuencia (esta Sala, "Torres María Susana c. Cons. de Prop. Amenábar 3116 y otros s/ daños y perjuicios derivados de la propiedad horizontal", Expte. N° 28.948/2008; ídem, "Lanfranchi Tizeira, Héctor E. y otro c. Consorcio de Propietarios Sánchez de Bustamante 2624/2628 s/ daños y perjuicios", Expte. 9807/2012; entre muchos otros).

En la misma orientación se ha pronunciado calificada doctrina, la cual comparto, en el sentido de que los consorcios de copropietarios litigan activa y pasivamente, y multiplicidad de sentencias los condenan a cumplimentar diversas prestaciones. Ocurre que las acciones en las que reiteradamente se ven involucrados los consorcios son aquellas en las cuales se reclaman reparaciones a partes comunes que afectan a las unidades, muy especialmente las provenientes de filtraciones y humedades. La responsabilidad en la mayoría de aquellos casos es claramente contractual pues la relación que une a las partes se desprende de las cláusulas insertas en el reglamento de copropiedad y administración (Highton, Elena I., Propiedad Horizontal y prehorizontalidad, Derechos reales, Vol. 4, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 549).

Por otra parte, el consorcio impugnó la solución dada al caso por el magistrado de la instancia anterior, sobre la base de dos fundamentos.

En primer lugar, imputó responsabilidad a la propia actora, porque esta no habría colaborado para que el accionado pudiera realizar las reparaciones solicitadas en su unidad.

En segundo término, pretendió atribuir dichos daños a la Sra. T. G., dueña del departamento del piso ... del edificio, a quien citó como tercera en este juicio, ya que los perjuicios en el inmueble de la accionante fueron causados los días 15 y 16 de octubre de 2015, como consecuencia de la negligencia de los ocupantes de la unidad del ..., quienes al abandonar el inmueble, dejaron abiertas las canillas de la cocina durante un corte de luz, y al restablecerse la energía eléctrica por la noche, taponada la bacha de la cocina, se produjo un desborde incesante de agua por el lapso de 11 horas aproximadamente, ocasionando importantes filtraciones a los pisos inferiores, a la planta baja e incluso al hueco del ascensor.

Adelanto que no habré de compartir ninguno de dichos planteos.

A fin de pronunciarme de ese modo, en primer término tendré en cuenta que en las actuaciones caratuladas "M. M. R. c. Cons. de Prop. Montevideo 1153/57 s/ prueba anticipada", Expte. N° 17.868/2015 que en este acto tengo a la vista, está agregado el informe aportado por la perita arquitecta designada de oficio, F. M. C. (ver fs. 136/149). En dicha pieza, la especialista refirió haber visitado el inmueble de la actora el día 3 de julio de 2015, y constatado la existencia de "...daño en los pisos (al ingresar al hall de entrada el mismo se hundió). Observando que los laterales es-

taban totalmente sueltos de las paredes, siendo realmente peligroso. Ver fotos 4, 5, 6, 7. En las paredes se observa: caída de revoque, aglobamiento de la pintura. En el hall de comunicación del comedor al dormitorio está el caño de bajada al descubierto, foto 8. Baño: escombros en la bañera. Como así también un orificio en el techo donde se podía ver (si no hubiese sido tapada desde el piso superior con una bolsa de cemento) el departamento de arriba. Como así también se observa que se han cortado hierros. Fotos 10 (sic). Cocina: en el techo se observan manchas amarillentas alrededor de los caños de bajada. Foto 11" (fs. 143/144).

A su vez, la Arq. C. concluyó en que "al analizar los daños observados en la totalidad del departamento, la presencia de cambio del caño de bajada, que aún está descubierto, las manchas en el techo, paredes y el estado del piso, se infiere que es porque el mismo (sic) ha sufrido los efectos del agua, en cantidades importantes y por un tiempo prolongado, para producir dichas averías en la unidad (...) El estado del inmueble más allá de su antigüedad demuestra que el mismo ha sido maltratado en buen grado y que para poder ser habitado se deben realizar obras, de distintos rubros. Ya que así denota un peligro. Como anuncié anteriormente que al caminar los pisos se hundían (...) Por los signos del gran deterioro que se observa en su totalidad se infiere que los mismos fueron causados por la presencia de agua, por un tiempo prolongado. Que permitió que la misma fuera absorbida por la madera (se evidencia por las manchas negras del mismo) (sic)" (fs. 143/144).

Es cierto que el artículo 477 del Código Procesal encomienda a los jueces estimar la fuerza probatoria del dictamen pericial teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa, actividad que no constituye un procedimiento mecánico, pues ello implicaría, en definitiva, dar a los peritos la facultad de fallar, quedando limitado el contenido de la sentencia a una suerte de homologación (Fajre, José B., "Prueba pericial", en Díaz Solimine, Omar L. (dir.), La prueba en el proceso civil, Buenos Aires, LA LEY, T. 1, p. 356 y ss.).

Sin embargo, no encuentro razones de peso para apartarme en este caso de lo informado por la Arq. C., al ponderar sus conclusiones en el marco de las facultades que me confieren los artículos 386 y 477 del Código Procesal, habida cuenta de que la pericia ha sido sólidamente fundada en consideraciones propias de la disciplina de la experta, y que los cuestionamientos efectuados a fs. 152/154 fueron contestados de manera completa, detallada y precisa a fs. 158/159. Tal como lo ha expresado la jurisprudencia de este Fuero, que comparto, el hecho de que el dictamen no tenga carácter de prueba legal no importa que el juez pueda apartarse arbitrariamente de la opinión fundada del idóneo. Antes bien, la desestimación de las conclusiones a las que arribara ha de ser razonable y motivada, resultando imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o inadecuado uso que el experto hubiera hecho de sus conocimientos científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (CNCiv., Sala J, 10/12/2009, Expte. N° 76.151/94, "Taboada, Carlos D. c. Lizarraga, Luis M.").

Pues bien: llegado a este punto de mi razonamiento, comparto con el primer juzgador la conclusión de que el demandado no ha acreditado la culpa de la víctima en la causación de los daños cuya reparación reclamó en este proceso (arg. art. 1111 del Cód. Civil). Es que la mera circunstancia de que el consorcio hubiera enviado a la accionante las cartas documento glosadas a fs. 94 y 96 del expediente sobre prueba anticipada, no constituye razón suficiente para desconocer su deber de reparar las deficiencias existentes en las partes comunes del edificio e indemnizar los perjuicios derivados de ese incumplimiento, sin perjuicio de que, además, esas misivas datan del 7 de agosto y del 29 de agosto de 2014 respectivamente, mientras que los hechos que originaron los daños en el inmueble de la actora comenzaron en diciembre de 2012 y en enero de 2013 (son consistentes, en ese sentido, la versión de los hechos brindada por la Sra. M. y las conclusiones a las que arribó la Arq. C. y que a las que ya me referí con anterioridad).

A su vez, como lo adelanté anteriormente, no comparto la postura del consorcio en cuanto pretendió exonerarse del deber de indemnizar a la actora por el hecho de un tercero por quien no debe responder.

En efecto, no ignoro que de la declaración testimonial de la Sra. M. C. M. (ver fs. 258/259 de este expediente) surge que en el año 2015 se produjo una inundación por "una negligencia de un inquilino del 4° piso que dejó una canilla abierta", cayendo una importante cantidad de agua durante 11 horas y media desde el cuarto piso hasta la planta baja, lo que provocó los graves daños en su departamento que, además, resultan del acta de constatación obrante a fs. 280/281 de este expediente, labrada por la escribana S. T. E.

Sin embargo, resulta a mi juicio insoslayable la circunstancia de que el departamento de la accionante presentó muy importantes daños, a punto tal que fue inhabitable, con mucha anterioridad a la última inundación de 15 y 16 de octubre de 2015, y por una causa exclusivamente imputable a la demandada. En otras palabras, en función del incumplimiento de larga data por parte del consorcio al que ya me he referido,

no puede considerarse como una concausa relevante, con entidad para exonerarlo total o parcialmente de responsabilidad, el episodio acontecido en 2015 en el inmueble del 4° "D", de titularidad de la Sra. G. Resulta lógico arribar a esa conclusión, no solo porque así lo indica el curso natural y ordinario de las cosas (arg. art. 901 del Cód. Civil), sino también porque dicho extremo surge de la pericia efectuada por la Arq. C. a la que ya me he referido.

Finalmente, y en la misma línea de razonamiento, comparto la jurisprudencia que se ha pronunciado en el sentido de que para discernir la conexión causal exigible para la reparación de los daños a cargo de un consorcio de propietarios debe atenderse a las entidad y a las características de las filtraciones y humedades (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín, Sala Segunda, "Ciallella, Cesar E. y otro/a c. Pailhes, Gabriela F. y otro/a s/ daños y perjuicios", 20/02/2018), las que en este caso concreto conducen a sostener la existencia de un vínculo causal idóneo y exclusivo entre los daños reclamados por la Sra. M. y la conducta imputada al consorcio accionado.

En virtud de lo expuesto, arribo a la conclusión de que corresponde rechazar el agravio de la demandada y atribuir al consorcio la responsabilidad civil que le fuera endilgada en este litigio concreto, lo que así propongo decidir al Acuerdo de Sala.

VII. El alcance de la responsabilidad civil

1. Aclaración preliminar

Al presentar la demanda, la actora reclamó la suma de $517.913 "y lo que en más o en menos surja de las probanzas que se rindan en autos..." (fs. 90). Ello evidencia que la Sra. M. ha realizado, al momento de promover la acción, una mera estimación sujeta a las pruebas a producirse durante el transcurso del proceso y al criterio de los magistrados que hubieran de resolver la controversia, por lo que no vulnera el principio de congruencia la imposición de una condena por un monto mayor al allí señalado.

2. Daños materiales

Sin perjuicio del valor probatorio del informe aportado por la Arq. C. en el expediente N° 17.868/2015 a los efectos de juzgar acreditada la existencia de daños en el inmueble de la actora con anterioridad a la inundación del 15 y 16 de octubre de 2015, en este punto de mi voto me sujetaré a las conclusiones de la pericia llevada a cabo por la Arq. A. a fs. 471/493, la cual valoro no solo en los términos de los arts. 386 y 477 del Código Procesal, dado su elevado grado de detalle y de fundamentación técnica, sino también teniendo en cuenta que dicho informe resulta mucho más reciente (la inspección de la unidad de la actora por parte de la experta tuvo lugar el 28 de diciembre de 2018), y por ende refleja el quantum de esos daños materiales a través de valores considerablemente más cercanos a la realidad actual.

Así, la Arq. A. afirmó textualmente que "todos los ambientes fueron afectados por filtraciones y/o inundaciones, a partir del 2012, durante 6 años no se realizaron arreglos de paredes y cielorrasos filtrados (...) Los sectores más deteriorados en un departamento dos ambientes compartimentado en ambientes pequeños, donde pérdidas desde la cocina afectan el hall de acceso, escritorio y comedor y el núcleo baño afecta el pasillo y dormitorio, es decir todo el departamento presenta en mayor o menor medida el mismo daño. El piso también está todo deteriorado, en mayor o menor medida, está inutilizado, se rompe y agujerea, se reduce a polvo, por ser madera antigua que ha sido reiteradamente mojada" (fs. 490).

Más adelante, al responder al punto de pericia "dbis", relativo a "las verdaderas afectaciones de la unidad al instante de la pericia", la especialista afirmó que "debido a las filtraciones continuadas repetidas, 15/01/2013, 31/01/2014, 09/02/2014, que humedecieron la estructura resistente de sostén a través de las paredes mojadas, caída de agua desde el cielorraso al piso, y por la superficie del piso parquet. Las consecuencias del paso de agua a través del entrepiso tiene sus efectos, como la destrucción de la madera debilitada por la pudrición, la zona de apoyo afectada es vigas sobre muros, localizada en la superposición muro de carga con pérdida de estabilidad estructural de la madera, acortamiento de la madera al secarse y pérdida de superficie de apoyo, no apoyarían con suficiente anclaje las viguetas en el muro, por pérdida de largo y espesor útil resistente" (fs. 490 vta./491).

Finalmente, como corolario de su pormenorizado informe, la especialista designada de oficio en segunda instancia enumeró y cuantificó cada uno de los daños producidos en el departamento de la Sra. M., tanto los que ya fueron reparados por la propietaria como los pendientes de reparación, cuya suma arroja un total de $475.008,30 (fs. 493 vta.).

Si a ello se adiciona, según lo señalado por la Arq. A. a fs. 493 vta. *in fine*, un incremento del 10% por gastos de obra (tal es el porcentaje intermedio entre el 8% y el 12% indicados por la perito), más el 10% en concepto de beneficio, 21% por IVA e ingresos brutos y 2,3% como gastos varios y por limpieza final, se arriba a un monto final de $680.686,89.

En virtud de todo lo expuesto, dejo sentado mi voto en el sentido de rechazar la queja de la demandada y

admitir la de la accionante en este punto, elevando el resarcimiento a cargo del consorcio, en concepto de daños materiales, a la suma de $680.686,89, a valores vigentes a la fecha de dictado del presente pronunciamiento.

3. Privación de uso íntegro y debido del inmueble y alquiler de inmueble sustituto

A fin de dar respuesta a estas quejas vertidas por la demandante, tomaré como punto de partida, una vez más, el informe pericial aportado por la Arq. A., y en este aspecto de mi voto interesa destacar que la experta señaló que "ya antes de la situación del 4° "D" del 15 o 16/10/2015, sucedió que al mojarse el piso y mantener agua, reiteradas veces en mayor 15/01/2013, 31/01/2014, 09/02/2014 o menor medida (sic), intensamente lavado y por horas, una parte que no filtró se absorbió aumentando el grosor y luego al secarse se contrajo separando el machimbre, el piso dejó de cumplir la función para la cual fue colocado antes de esta última inundación. Se encuentra en un estado que hace inhabitable el departamento al no poder agregar ningún peso al mismo, en partes ya ha llegado a un estado último de putrefacción, se deshace al tocarse, en otras partes se ven separadas sus juntas abiertas sin el machimbre al desaparecer la espiga o lengüeta de unión entre tablillas, permitiría el paso de líquido hacia el cielorraso de la planta inmediata inferior" (fs. 492 vta.).

A su vez, el hecho de que el departamento de la actora se hallaba inhabitable con anterioridad a la inundación de octubre de 2015 surge de la pericia presentada por la Arq. C. en el expediente seguido entre las mismas partes sobre prueba anticipada, al que ya me referí anteriormente y al que me remito por razones de brevedad.

Pues bien: la privación de uso, en tanto ítem o partida del daño patrimonial, supone por sí misma un perjuicio indemnizable, en el sentido de que su sola existencia determina la configuración del daño, porque se presume que el titular de una cosa la posee para utilizarla, y que con ello cubre una necesidad u obtiene alguna ventaja. De allí que su indisponibilidad, en tanto significa el cercenamiento de la posibilidad de acceder a tales intereses a través de la utilización de la cosa, da cuenta de un daño *in re ipsa*, captado en la misma naturaleza de la lesión. Según las razones de la experiencia común y "el curso natural y ordinario de las cosas" (art. 901 del Cód. Civil), se impone la conclusión de que la privación de uso del inmueble constituye, en sí misma, la evidencia de un daño efectivo, salvo que la demandada hubiera aportado prueba en contrario, lo que en este caso no ha ocurrido (conf. Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, T. 1, Buenos Aires, Hammurabi; conf. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "Laporte, Nélida c. González, Nelson R. s/ daños y perjuicios", 08/11/2005).

De allí que, en relación a esta cuestión, habré de apartarme de la decisión adoptada por el señor juez *a quo* y admitiré parcialmente los agravios de la Sra. M. Ello es así, puesto que si bien el hecho de que la actora no viviera en el departamento afectado no obsta a la procedencia del ítem indemnizatorio bajo estudio, reconocer por un lado la partida correspondiente a la privación de uso del inmueble, y por otra parte el valor del alquiler de un inmueble sustituto, arrojaría como resultado, en esta controversia en particular, una duplicación de resarcimientos, con el consiguiente enriquecimiento sin causa experimentado por la accionante, que no puede admitirse.

Así, al margen de la diversa naturaleza de cada uno de los dos rubros cuyo rechazo en la instancia anterior fue cuestionado por la recurrente, consideraré ambas partidas en forma conjunta en este apartado de mi voto, y en ejercicio de las facultades conferidas a los magistrados por el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, propondré determinar en $500.000, a valores actuales, la indemnización a favor de la actora en concepto de privación de uso, durante el período comprendido desde enero de 2013 y hasta la actualidad, suma que incluye las erogaciones que la Sra. M hubiera tenido que realizar con motivo de la necesidad de recurrir a otro inmueble (art. 165 del Código Procesal).

4. Daño moral

Determinar qué se entiende por daño moral constituye una cuestión de fundamental importancia, tanto para el damnificado como para el sindicado como responsable. En este sentido, si bien la doctrina especializada ha brindado diversas definiciones de la figura, comparto el concepto brindado por Zavala de González, Chiappero de Bas, Sandoval, Junyent de Sandoval y Pizarro en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil de 1984, que mantiene plena vigencia hasta nuestros días: "el daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de este, y anímicamente perjudicial" (Pizarro, Ramón. D., "Daño moral. Prevención, reparación, punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho", Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 43).

El daño moral se configura, entonces, cuando se lesionan los sentimientos o afecciones legítimas de una

persona que se traducen en un concreto perjuicio ocasionado por un evento dañoso. O dicho en otros términos, cuando se perturba de una manera u otra la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado, sea en el ámbito privado, o en el desempeño de sus actividades comerciales. Con atinado criterio, se ha expresado que el daño patrimonial afecta lo que el sujeto tiene, en cambio el daño moral lesiona lo que el sujeto "es" (del voto de la Dra. Mattera en autos "S. M. A. y otro c. Z. J. L. y otros s/ daños y perjuicios", 28/08/2015, publicado en Rev. LA LEY 29 de octubre de 2015, con cita de Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de Daños", Presupuestos y Funciones del Derecho de Daños, T. 4, p. 103).

Así pues, el daño moral constituye un daño autónomo cuya reparación es independiente del daño material, aun cuando este, en caso de existir, deba tenerse en cuenta. Se trata de un rubro que merece tratamiento diferenciado, por tener naturaleza jurídica distinta, y en razón de que tutela un bien jurídico diverso.

Para probar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, lo cual es imposible, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima a fin de establecer objetiva y presuntivamente el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto pasivo. El daño moral no debe ser objeto de prueba directa pues ello resulta imposible si se tiene en cuenta la índole del mismo que reside en lo más íntimo de la personalidad, aunque se manifieste a veces por signos exteriores que pueden no ser auténtica expresión. Nadie puede indagar el espíritu de otro tan profundamente como para poder afirmar con certeza la existencia e intensidad del dolor, la verdad de un padecimiento, la realidad de la angustia o la decepción (cfr. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría de la responsabilidad civil", p. 244; Pizarro, Ramón Daniel, "La prueba del daño moral", en Rev. Derecho Privado y Comunitario, N° 13, Prueba-I, 1997; Trigo Represas, Félix A. López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", T. 1, p. 478 y ss.).

En esta línea de razonamiento, no tengo dudas de la angustia y frustración considerables que le debieron provocar a la accionante las consecuencias de los hechos que motivaron la promoción de este proceso. Me refiero, en particular, a las profundas molestias que supone para cualquier persona la circunstancia de ver seriamente deteriorado su inmueble, tras reiteradas inundaciones, sin poder ocuparlo ni utilizarlo conforme a su destino durante más de ocho años.

Por ello, entiendo que corresponde admitir el agravio de la Sra. M. y desestimar el del consorcio demandado, elevando a $350.000, a valores actuales, la reparación del daño moral acordada a la actora (art. 165 del Código Procesal).

VIII. Intereses

Desde mi punto de vista, el cómputo de los intereses respecto de todos los perjuicios que padeció el damnificado debe comenzar cuando se produjo la mora, tal como disponía la doctrina plenaria de esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA", del 20 de abril de 2009. Ello es así, pues en mi opinión el deber de indemnizar nace con el daño ocasionado a la víctima, y en ese momento se produce la mora del deudor, con el consiguiente inicio del curso de los intereses (art. 1748 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Sin perjuicio de ello, y aun cuando la tasa de interés aplicada en la instancia anterior no hubiera sido materia de agravios, ocurre que en caso de haberse fijado las indemnizaciones a valores actuales, tal como lo he hecho en el presente voto, la aplicación de la tasa activa desde el inicio de la mora procuraría por dos vías diferentes la actualización del valor real de las sumas adeudadas, lo que a su vez supondría la doble reparación de un mismo perjuicio.

Por consiguiente, propondré computar la tasa pura del 8% anual desde la fecha de la mediación (15 de septiembre 2014, según surge de fs. 1) hasta el día del dictado de la presente sentencia, y a partir de entonces y hasta el efectivo pago, la tasa activa cartera general (préstamos) —nominal anual— vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, lo que así propongo al Acuerdo.

IX. Costas

El Código Procesal establece, como principio general, que "la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando esta no lo hubiese solicitado" (art. 68, primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). El hecho objetivo de la derrota rige como sustento para la imposición de condena en costas, pues la persona que promueve una demanda lo hace por su cuenta y riesgo, debiendo hacerse cargo de los gastos provocados a quien se vio constreñido a defenderse, si no quedó demostrada la necesidad de accionar (CS, Tucumán, Sala Lab. Cont. y Adm., 10/06/1997, LA LEY NOA, 1998-847).

A su vez, el propio Código Procesal prevé la excepción a dicha regla: "el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad" (art. 68, segundo párrafo). La imposición de costas a la parte vencida no reviste entonces el carácter de principio absoluto, pues el legislador ha adoptado el principio objetivo de la derrota atenuado, acordando a los magistrados la facultad de interpretar la regla con un grado de flexibilidad que queda librado a

su prudente arbitrio, valorándose cada caso en particular (Barbieri, Patricia, comentario al art. 68 en Highton-Areán (dirs.), Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, T. 2, ps. 63/64).

En el litigio sometido a consideración de esta Sala, no advierto razón alguna que justifique hacer una excepción a la regla general mencionada en el primer párrafo del presente considerando, pues a mi juicio no se trata de una controversia particularmente compleja ni opinable.

En conclusión, dejo sentado mi voto en el sentido de rechazar la crítica de la demandada y confirmar el criterio adoptado por el señor juez *a quo* en cuanto a la imposición de las costas del proceso.

X. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo: 1) Elevar a $680.686,89 la reparación adeudada por el consorcio a la Sra. M. en concepto de daños materiales, a $500.000 la correspondiente a la privación de uso del departamento (comprensiva del "alquiler de inmueble sustituto") y a $350.000 la indemnización del daño moral, en todos los casos a valores actuales. 2) Liquidar los intereses de conformidad con lo dispuesto en el considerando VIII de mi voto. 3) Confirmar la sentencia apelada en lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68, primera parte del Código Procesal). Así voto.

Por razones análogas a las expuestas por la doctora *Iturbide*, los doctores *Liberman* y *Pérez Pardo* votan en el mismo sentido.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal decide: 1) Elevar a $680.686,89 la reparación adeudada por el consorcio a la Sra. M en concepto de daños materiales, a $500.000 la correspondiente a la privación de uso del departamento (comprensiva del "alquiler de inmueble sustituto") y a $350.000 la indemnización del daño moral, en todos los casos a valores actuales. 2) Liquidar los intereses de conformidad con lo dispuesto en el considerando VIII del voto de la Dra. Iturbide. 3) Confirmar la sentencia apelada en lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada vencida. Difiérase la regulación de los honorarios de Alzada hasta tanto sean fijados los de la instancia anterior. Regístrese, notifíquese y devuélvase. 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. — *Gabriela A. Iturbide. — Víctor F. Liberman. — Marcela Pérez Pardo.*

INCAPACIDAD FÍSICA

Indemnización. Incapacidad sobreviniente. Prueba pericial. Gastos médicos y de traslado. Oponibilidad de la franquicia.

1. — En el supuesto de lesiones, el detrimento patrimonial se configura cuando existe minusvalía o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, con incidencia en las posibilidades laborales y en tanto generan una restricción a la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente.

2. — Las reglas de la sana crítica indican que, para apartarse de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria.

3. — Los gastos médicos son los orientados al restablecimiento de la integridad física de la víctima. Por lo demás, tales estipendios se presumen partiendo de las lesiones producidas. estos no requieren necesariamente ser acreditados con la documentación respectiva, pues no es razonable exigir su comprobación absoluta, debiendo determinarse la verosimilitud del desembolso de acuerdo con la naturaleza y gravedad de las lesiones.

4. — La franquicia es oponible al tercero damnificado ajeno al contrato de seguros, salvo en los casos que exista obligación legal de contratar un seguro de responsabilidad civil; cuando existe una imposibilidad legal de contratarlo, la existencia de una franquicia, como la dispuesta por la res. 25.429/97 desnaturaliza la esencia del contrato de seguro, resultando una cláusula nula o inoponible a los damnificados.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Peatón embestido.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 55 años.

Actividad: Docente.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $527.500

Daño psicológico: Tratamiento psicológico: $47.200

Daño psíquico: $603.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: Daño físico: $979.500

CNCiv., sala K, 20/04/2021. - Reami, Adriana Concepción c. Herrera, Walter Damián y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte).

[Cita on line: AR/JUR/9211/2021]

COSTAS

Se imponen a la accionada y a la citada en garantía.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

19.800/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 20 de 2021.

La doctora *Bermejo* dijo:

I. Vienen los autos a este Tribunal con motivo de las apelaciones interpuestas por la parte demandada y la citada en garantía (8 de octubre 2020) y, además, por la actora (8 de octubre de 2020), contra la sentencia de primera instancia (fs. 499/508 vta.). Oportunamente, se fundaron (22 y 30 de diciembre de 2020 y 1 de febrero de 2021, respectivamente). La presentación de los accionados recibió réplica (1 de febrero de 2021). A continuación, se llamó autos para sentencia (5 de marzo de 2021).

II. Los antecedentes del caso

La señora Adriana Concepción Reami reclamó los daños y perjuicios que alegó haber sufrido en el accidente acaecido el día 20 de julio 2016, a las 8.30 hs. aproximadamente.

Refirió que al cruzar como peatón, con semáforo habilitante y por la senda peatonal a la Avenida Maipú (sentido oeste-este), en su intersección con la calle San Martín, de la localidad de Florida, Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires, la atropelló el ómnibus, marca Mercedes Benz, línea 365, interno N° 322, dominio ..., perteneciente a la empresa de la codemandada "La Nueva Metropol SATACI", conducido por el señor Walter Damián Herrera. Refirió que este circulaba por esta última arteria (dirección oeste-este) y giró imprevistamente hacia la derecha para tomar la mencionada Avenida en dirección sur.

Señaló que, a consecuencia del golpe, cayó al pavimento y el colectivo pasó con sus ruedas traseras por encima de su pierna izquierda, lo que le causó las graves lesiones que describió y por las cuales debió ser trasladada en ambulancia al Hospital Municipal "Dr. Bernardo A. Houssay" de Vicente López, donde le realizaron los primeros estudios y curaciones de práctica y le indicaron el uso de bota de yeso. Posteriormente, fue derivada al "Hospital Privado Modelo", donde finalmente le diagnosticaron trombosis venosa profunda.

Manifestó que debido a los intensos y fuertes dolores en su pierna izquierda consultó con un especialista en traumatología, doctor José Luis Diez, quien le ordenó una resonancia magnética y le diagnosticó rotura de menisco interno en su rodilla izquierda.

Atribuyó responsabilidad al señor Walter Damián Herrera, "La Nueva Metropol Sociedad Anónima de Transporte Automotor Comercial e Industrial", "Protección Mutual de Seguros de Transporte Público de Pasajeros" —en los términos del art. 118 de la ley 17.418—, y/o a quien resulte ser propietario y/o civilmente responsable por los daños y perjuicios ocasionados por el citado ómnibus.

La citada en garantía "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" se presentó junto a "La Nueva Metropol SATACI" y replicaron la acción. La empresa de seguros reconoció la vigencia del seguro invocado y denunció la existencia de una franquicia de $40.000 a cargo del asegurado.

Seguidamente, negaron todos y cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio que no sean de su especial reconocimiento, extensivo a la autenticidad de la documental aunada. Admitieron la ocurrencia del infortunio, proporcionaron su versión y endilgaron la exclusiva responsabilidad en el suceso a la actora, pues se lanzó a cruzar una avenida en forma antirreglamentaria e imprudente, por lo que le fue imposible al chofer evitar el accidente. Luego, debatieron los rubros reclamados y la liquidación practicada por la legitimada activa por improcedente. Por último, peticionaron su rechazo, con costas (fs. 124/130 vta.).

La emplazante desistió de la acción contra el señor Walter Damián Herrera (fs. 136).

Sustanciado el proceso, se dictó la decisión sobre el mérito (fs. 499/508 vta.).

III. La sentencia

El señor juez de grado hizo lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios incoada por la señora Adriana Concepción Reami. En consecuencia, condenó —en forma concurrente e indistinta— a "La Nueva Metropol Sociedad Anónima de Transporte Automotor Comercial e Industrial" y a "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" —esta última en los términos y en la medida del seguro— a abonarle la suma total de $601.200, dentro del plazo de diez días, con más intereses y costas. Asimismo, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 499/508 vta.).

IV. Los agravios

La demandada y su aseguradora critican la indemnización otorgada por incapacidad sobreviniente, daño moral, tratamientos psicológicos y psiquiátrico, como así también por gastos médicos, kinésicos, farmacéuticos y de traslados.

Respecto del detrimento psíquico, cuestionan el elevado porcentaje asignado en tanto el experto no discriminó las afecciones preexistentes y propias de su personalidad de base.

Sostienen que no existen en autos elementos que demuestren que la actora tuvo que modificar su vida después del accidente de marras.

Requieren se rechace la suma admitida por tratamiento psiquiátrico y en cuanto al psicológico entienden que, si el daño que presenta la reclamante es irreversible y consolidado, no correspondería su admisión. Sin embargo, aducen que si existe una posibilidad de una mejoría total del cuadro diagnosticado —como dictaminó el experto—, ello significaría que la minusvalía de ese orden no sería irreversible y, por lo tanto, no se la debería incluir dentro de la incapacidad sobreviniente.

Por su parte, la damnificada se queja de los importes concedidos en concepto de daño físico, psíquico, moral, tratamiento psicológico y psiquiátrico, gastos médicos. Además, peticiona se valore la merma psicológica como rubro independiente.

Cuestiona la falta de utilización de baremo, estadística, tabla o fórmulas matemáticas para fijar los importes indemnizatorios y eliminar cualquier tipo de arbitrariedad o subjetividad manifiesta.

También, se agravia que se establecieron los montos a la fecha de la sentencia y no a la del suceso, lo que —según alega— desvirtuaría el derecho a la reparación plena e integral que le corresponde, en tanto el daño debe ser subsanado desde el momento mismo del hecho generador del perjuicio.

Critica, además, la desestimación de las cicatrices en la cuantificación de la minusvalía física, por lo que solicita se haga lugar al daño permanente que representan.

En cuanto a los intereses, solicita se estipule la tasa activa desde el hecho hasta el efectivo pago, conforme el fallo plenario "Samudio".

Por último, requiere se declare la inoponibilidad a su parte la franquicia. Las partes hacen reserva del caso federal.

V. La indemnización

a) Daño físico

El primer sentenciante otorgó la suma de $300.000, comprensiva del menoscabo físico y psíquico.

La actora la considera exigua debido al ínfimo y arbitrario porcentaje utilizado, en tanto no se ponderaron las graves cicatrices merituadas por el experto.

Sostiene que se ha subvaluado la discapacidad del 19,59% que sufrió en su persona.

En el supuesto de lesiones, el detrimento patrimonial se configura cuando existe minusvalía o disminución de las aptitudes físicas o psíquicas, con incidencia en las posibilidades laborales y en tanto generan una restricción a la potencialidad productiva, el que es indemnizado como daño emergente.

Es decir, probada la merma de esa aptitud para tener un trabajo, el gravamen ya existe, pues su anterior plena potencialidad se encuentra limitada en el porcentaje que la experticia indica, lo que trasluce un perjuicio ya sea para trabajar o buscar una nueva labor (esta Sala, causas N° 33.977/2013, sent. del 20/03/2019; 86.684/2013, sent. del 04/04/2019, entre otras).

En la presente causa, con las copias autenticadas remitidas por el "Hospital Municipal Dr. Bernardo Houssay" de Vicente López, se acreditó que la actora fue asistida el día del hecho (fs. 202/205).

Asimismo, el "Hospital Privado Modelo" acompañó la historia clínica ambulatoria y atenciones médicas brindadas por guardia (fs. 222/233).

Por su parte, el perito médico, doctor Abel Norberto Benedetto, señaló que la señora Reami, a causa del siniestro, sufrió "...traumatismo de rodilla y pierna izquierda y el aplastamiento de partes blandas. Inter-

currió con una trombosis venosa profunda que requirió tratamiento con anticoagulantes…" (fs. 277/281, 289/293, 311 y vta., 494 y vta., esp. fs. 280).

Luego, indicó —con fundamento en los estudios complementarios requeridos y examen físico practicado— que la examinada "…presenta un cuadro físico de síndrome meniscal con signos objetivos (hidrartrosis, hipotrofia muscular, bloqueo, maniobras)…", que le ocasiona una incapacidad parcial y permanente del 8% de la T.O. (ídem., esp. fs. 281).

Sostuvo que, a su entender, existe una relación de causalidad adecuada cierta entre el accidente y la minusvalía constatada.

También, refirió que el tiempo de convalecencia fue de 4 meses aproximadamente.

En cuanto las cicatrices que presenta la actora en la rodilla y pierna izquierda, primero expresó que no generan daño estético en tanto consideró a la tabla de evaluaciones del fuero laboral, la cual no incluye estos padecimientos (ídem., esp. fs. 280 vta.). Luego, ante el pedido de aclaración de la actora, rectificó su informe y reconoció que, en este caso, corresponde aplicar el correspondiente al fuero civil (fs. 277/281, 289/293, 311 y vta., 494 y vta., esp. fs. 311). En función de lo expuesto, realizó un nuevo cálculo y estimó la incapacidad en un 19,59%, discriminada de la siguiente manera: 8% por síndrome meniscal no operado con signos objetivos (hidrartrosis, bloqueo, atrofia y/o maniobras) y/o estudios complementarios que certifiquen el diagnostico), 8% por cicatriz en cara medial en pierna proximal de 8 cm de largo por 2 cm ancho aprox. y un 5% por cicatriz en cara lateral en pierna proximal de 5 cm por 3 cm de ancho (ídem., esp. fs. 311 y vta.).

En referencia al agravio de la actora sobre que el juez de grado no cuantificó las cicatrices dentro del detrimento físico cuando debió hacerlo, considero que le asiste razón. Ello, toda vez que las mismas fueron valoradas por el experto al tiempo de determinar la incapacidad de la víctima y hacen a la integralidad de la persona.

Además, cabe referir que, si bien el perito, en su primera presentación, concluyó que la lesión meniscal era de carácter permanente, luego modificó su dictamen, agregó las cicatrices y computó la incapacidad física total —sin precisar sobre su definitividad en esta oportunidad—. Sin embargo, en vista al tiempo transcurrido desde acontecido el suceso hasta el examen del experto, se infiere que el perjuicio global es crónico (arts. 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Dable es precisar que los dictámenes de los expertos deben valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso (esta Sala, causas 20.586/2016, sent. del 21/02/2019; 33.977/2013, sent. del 20/03/2019, 86.684/2013, sent. del 04/04/2019, entre otras).

Las reglas de la sana crítica indican que para apartarse de la pericia suficientemente fundada, es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir motivos valederos, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; esta Sala, causas 33.977/2013, sent. del 20/03/2019; 86.684/2013, sent. del 04/04/2019, entre muchas otras).

Por último, la damnificada critica la falta de utilización de baremo, estadísticas o fórmulas matemáticas para fijar los importes indemnizatorios.

La postura de realizar cálculos aritméticos en base a ciertas variables refleja un criterio desde hace muchos años receptado por la jurisprudencia en los precedentes "Vuoto, Dalmero c. AEGT Telefunken" (Cám. Nac. del Trabajo, Sala III), luego criticada por la Corte de la Nación en "Arostegui" (sent. del 08/04/2008) y por ello reorganizada por la misma Cámara laboral en "Mendez c. Mylba" (sent. del 28/04/2008), a la que siguen muchos tribunales del país.

En resumen, nos lleva a un arduo debate, ya existente durante la vigencia del anterior Cód. Civil —y que trae también la actora apelante—, sobre la posibilidad de encontrar fórmulas que puedan medir el perjuicio ocasionado por la muerte o lesiones de la víctima. Entiendo que la mejor reparación es aquella que contemple todas las circunstancias enunciadas en el artículo 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y que permitan sustentar o plasmar la justicia de lo decidido, aun cuando no se apliquen operaciones matemáticas predispuestas, las cuales, tampoco están exentas de generar arbitrariedades por sus abstracciones.

En consecuencia, teniendo en cuenta la minusvalía física del 19,59% de orden parcial y permanente y circunstancias particulares de la víctima, como es el haber tenido aproximadamente 55 años de edad al tiempo del hecho, docente, de la vida laboral restante que le queda por delante, dejándola sometida a lo que en más o en menos surja de la prueba a producir, postulo hacer lugar al agravio de la actora incrementando la suma establecida en la sentencia en crisis a la suma de $979.500 (pesos novecientos setenta y nueve

mil quinientos; arts. 165, 377, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial), con más los intereses según se indicará.

b) Daño psíquico

El magistrado de grado indemnizó el presente rubro junto al perjuicio físico.

Preliminarmente, respecto al planteo formulado por la accionante en cuanto a su reparación de manera autónoma, cabe destacar que la circunstancia que sean tratados en el mismo apartado no causa agravio en la medida que su valoración o ponderación para su admisión, incremento o disminución se efectué sin duplicar reparaciones o dejar algún aspecto sin contemplar. Sin perjuicio a ello, se procederá a su análisis por separado para un mejor orden.

La emplazada y su aseguradora cuestionan el elevado porcentaje fijado en tanto señalan que del psicodiagnóstico surge que la actora presenta afecciones que son propias de su personalidad de base, las cuales fueron incluidas dentro de la incapacidad vinculada al accidente a pesar de resultarle ajenas.

La perito médica psiquiatra doctora Ana Mónica Cristina Raffo —tras la entrevista con la actora y la evaluación del psicodiagnóstico elaborado por la licenciada Gladys Caamaño— manifestó que "...La conmoción psíquica generada por el acontecimiento repentino y no esperado en un ámbito de desenvolvimiento habitual de la actora, impactó en su psiquismo a la manera traumática provocando una conmoción del yo que no logró la recuperación del equilibrio psíquico por el avasallamiento de las defensas habituales, perdiendo momentáneamente 'la ilusión sostenida del mundo como un lugar seguro'...La situación traumática se ve agravada cuando ya que se produce un fuerte impacto en el esquema corporal. Esto es la psiquis debe reelaborar la imagen del cuerpo físico en la autoimagen mental del mismo que cambia en forma repentina. Se desarrollan, asimismo, temores e inhibiciones que aún perduran parcialmente y que limitan su libertad personal, sus relaciones familiares, laborales y sociales y su capacidad de goce..." (fs. 353/355, 364/365, 403 y vta., esp. fs. 354).

Concluyó que "...el padecimiento de la actora se encuadraría dentro de Trastorno adaptativo moderado y persistente con una incapacidad parcial y permanente del 10 al 25%; considerándose, en el caso de la actora, una incapacidad psíquica del 15%..." (ídem., esp. fs. 354 vta.).

Al contestar la impugnación de las accionadas, destacó que los fundamentos técnicos de la entrevista psiquiátrica se encuentran debidamente especificados en su informe preliminar en el apartado "consideraciones de interés médico legal".

El dictamen profesional debe valorarse de conformidad a las reglas de la sana crítica y con sujeción a las normas de aplicación al caso, además, en este caso no se han opuesto argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria, pues las meras opiniones en contrario, sin esgrimir motivos valederos, son inhábiles para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; esta Sala, causas 20.586/2016, sent. del 21/02/2019; 33.977/2013, sent. del 30/03/2019, entre muchas otras).

Cabe referir que de las conclusiones del dictamen se infiere que el porcentaje otorgado se vincula con el hecho, ya que no aclaró que haya incluido el correspondiente por la personalidad de base que presentaría la actora —conforme mencionó en su informe la licenciada Caamaño—, como opinan los legitimados pasivos. Por lo tanto, las observaciones efectuadas no permiten desvirtuar lo sostenido en aquel, el cual reviste de la imparcialidad requerida a un auxiliar de la justicia (arts. 477, 386, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Sentado lo expuesto y teniendo en cuenta que presentó incapacidades múltiples, siendo la física del 19,59% y la psicológica del 15%, de carácter parcial y permanente, para el cálculo de su repercusión general habrá que tomar en este supuesto la mayor de ellas y de allí apreciar su incidencia sobre la capacidad restante por lo que, en este caso, el daño psíquico es de 12,06%. En conclusión, la señora Reami presentó una incapacidad psicofísica total de 31,65%.

Por ende, en vista a la minusvalía psíquica del 12,06% de carácter permanente, al igual que las circunstancias particulares de la víctima, como es el haber tenido aproximadamente 55 años de edad al tiempo del hecho, docente, a que la suma solicitada la dejó sometida a lo que en más o en menos surja de la prueba a producir, propicio rechazar los agravios de la accionada y su aseguradora y hacer lugar al de la actora en el sentido de elevar el monto por este concepto al de $603.000 (pesos seiscientos tres mil; arts. 165, 377, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

c) Tratamiento psicoterapéutico y psiquiátrico

El primer sentenciante reconoció la suma de $61.200 por ambos conceptos.

Con relación al primero, la accionada y su aseguradora aducen que de ser el daño psíquico irreversible y consolidado, no tendría lugar el tratamiento psicológico. También, refieren que en el caso de existir una

posibilidad de una mejoría total —como lo dictaminó la experta— no correspondería incluirlo dentro de la incapacidad sobreviniente.

Solicitan el rechazo de esta partida.

Por su parte, la señora Reami critica aquel monto por irrisorio en tanto no coincide con la realidad actual del país ni con los costos de las respectivas sesiones.

La profesional interviniente aconsejó un tratamiento psicoterapéutico durante un año con una frecuencia semanal a un costo de $700 la sesión. Asimismo, recomendó una consulta mensual con un médico psiquiatra por el mismo lapso y estimó su valor en $900 (fs. 353/355, 364/365, 403 y vta., esp. fs. 355).

Expresó que "...un tratamiento no tiene 'el solo efecto de evitar un agravamiento de su afección' sino que tiene, en este caso la posibilidad de una mejoría total..." (ídem., esp. fs. 355).

Si bien la perito sostuvo que, de efectuarse la terapia indicada, se podría lograr una recuperación total, lo cierto es que tampoco existe una certeza sobre ello, pues, de lo contrario, no hubiera concluido que la minusvalía era de carácter permanente. Por ello, corresponde su otorgamiento sin que ello implique un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, en tanto estos gastos son independientes del daño psicológico.

En consecuencia, en virtud del alcance del recurso de los legitimados pasivos, propicio al Acuerdo reducir el monto otorgado en la instancia de grado a la suma de $47.200 (pesos cuarenta y siete mil doscientos) —teniendo en cuenta el valor de la sesión ($700) y de la consulta psiquiátrica ($900), la extensión (un año), como así también la frecuencia semanal y mensual respectivamente— todo ello acorde con lo informado por la experta (arts. 165, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

d) Gastos médicos, kinésicos, farmacéuticos y traslados

El primer sentenciante reconoció el monto de $20.000 por estas erogaciones. Las accionadas entienden que es excesivo y persiguen se reduzca.

La actora, por el contrario, lo considera insuficiente en tanto no se condice con las verdaderas erogaciones que realizó, por lo que requiere su elevación.

Es sabido que los gastos médicos son los orientados al restablecimiento de la integridad física de la víctima. Por lo demás, debe recordarse que es criterio prácticamente uniforme que tales estipendios se presumen partiendo de las lesiones producidas, resultando procedente la estimación prudencial del resarcimiento con arreglo al art. 165 del Código Procesal (conf. esta Sala, causas N° 20.586/2016, sent. del 21/02/2019; 86.684/2013, sent. del 04/04/2019, entre muchas otras).

En este sentido, se ha sostenido que estos no requieren necesariamente ser acreditados con la documentación respectiva, pues no es razonable exigir su comprobación absoluta, debiendo determinarse la verosimilitud del desembolso de acuerdo con la naturaleza y gravedad de las lesiones (esta Sala causa 20.586/2016, sent. del 21/02/2019; CNCiv., Sala D, 28/02/1986, ED, 119-208; CNCiv., Sala E, 20/09/1985, LA LEY, 1986-A, 469; CNCiv., Sala G, 1999-12-826, LA LEY, 1999-E, 17; CNCiv., Sala C, 1999-4-27, LA LEY 1999-F, 666). Por otra parte, los mismos deben ser admitidos aun cuando la asistencia haya sido brindada en hospitales públicos o por intermedio de obras sociales, porque de ordinario los pacientes deben hacerse cargo de ciertas prestaciones no amparadas por esos servicios (conf. CNCiv., Sala A, "Romero Selva del c. C. Montesnic SRL s/ daños y perjuicios", Libre 11/12/1997; CNCiv., Sala C, "Sassano, Josefina A. c. Lupo, Claudio V. y otros s/ daños y perjuicios", Libre 23/10/1997; "Portal, Alberto N. c. Siarrusta, Jorge E. y otro s/ daños y perjuicios" Libre 05/12/1995).

Con relación a los de traslado, resulta procedente presumir la necesidad de incurrir en este tipo de desembolso, pues no cabe dudas acerca de las limitaciones que produjo una lesión física y los riesgos que puede implicar la utilización de transportes públicos en tales condiciones durante el período de convalecencia.

La requirente acompañó los tickets de farmacia, recibos de arreglo de anteojos, de pago de traslado de remís y de sesiones de kinesiológica y facturas de estudios (fs. 57/91). Si bien fueron desconocidos por las accionadas (fs. 124/130 vta., esp. fs. 125 vta., punto "IV"), se corroboró en la causa que realizó sesiones de kinesiología y estudios, para lo que debió trasladarse en algún medio de transporte.

Con relación al agravio de las emplazadas en cuanto al reclamo por reposición de los anteojos de la señora Reami, cabe señalar que esta, al formular la denuncia en sede penal al día siguiente del accidente —21 de julio de 2016—, refirió que sus lentes de aumento se destruyeron a raíz de la colisión (fs. 408 vta.). Asimismo, consta en autos la contestación de oficio por parte de la óptica San Jaime, la cual ratificó la autenticidad de los tickets de fecha 12 de agosto de 2016 por la suma de $3000 (fs. 463).

En tal entendimiento, en atención a las lesiones sufridas, postulo confirmar el monto justipreciado en primera instancia (arts. 1746, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 330, 354 inc. 1, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

e) Daño moral

El juez *a quo* otorgó el monto de $220.000 por este rubro.

La parte demandada y su aseguradora sostienen que la suma admitida resulta elevada y ajena a la realidad, mientras la actora persigue su aumento.

Como sostuvo esta Sala en varios precedentes, la indemnización tiene como finalidad la satisfacción de la víctima por el victimario, a través de una prestación de índole patrimonial que se le impone a este último a favor de aquella, aunque no siempre su rol es estrictamente resarcitoria, sino que puede ser satisfactoria, como ocurre en el daño moral.

Tal valoración debe efectuarse teniendo en cuenta la entidad del daño moral en función de la gravedad del menoscabo (conf. Bueres, Ponencia presentada en las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil con la adhesión de los Dres. Banchio, Pizarro, Vallespinos, Zavala de González, entre otros).

En esa dirección se orienta la opinión prevaleciente en doctrina, al propiciar la reparación integral, para algunos plena, de todo daño provocado.

Debe decirse, también, que si bien es cierto que el daño moral por aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba debe ser acreditado por quien pretende su reparación, es prácticamente imposible utilizar para ello una prueba directa por su índole espiritual y subjetiva.

En cambio, es apropiado el sistema de la prueba presuncional indiciaria como idóneo a fin de evidenciar el perjuicio de ese orden.

Los indicios o presunciones hominis surgen a partir de la acreditación por vía directa de un hecho del cual se induce indirectamente otro desconocido, en virtud de una valoración hecha por el Juzgador basada en la sana crítica (art. 163 del ritual).

Por lo tanto, es necesario probar indefectiblemente la existencia del evento que origina el daño debiendo darse entre aquel y este último una relación de causalidad que conforme el curso normal y ordinario permite en virtud de presunciones hóminis evidenciarlo.

Asimismo, es conveniente producir la prueba respecto de las circunstancias que rodean al damnificado y al evento generador del perjuicio, lo que permite deducir su envergadura (esta Sala K, causa N° 10.656/2013, sent. del 01/04/2019, entre otras).

Por consiguiente, en vista a cómo ha incidido en su ánimo el suceso, contando con 55 años de edad al tiempo de su ocurrencia, propongo elevar la suma admitida en la sentencia de primera instancia a la de $527.500 (pesos quinientos veintisiete mil quinientos; arts. 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 377, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. Tasa de interés

El señor Juez de grado fijó intereses a la tasa pura del 12% anual desde el hecho hasta el dictado de la sentencia y desde allí hasta el cumplimiento del pronunciamiento, a la tasa activa cartera general —préstamos— nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. En cuanto a la fecha de arranque de los intereses correspondientes al costo de los tratamientos psicológico y psiquiátrico, manifestó que devengarán a partir de la exigibilidad de la condena.

Varios son los argumentos de la accionante para revertir este aspecto de lo decidido. Cuestiona que los montos de la reparación se establecieron a la fecha de la sentencia y no a la del suceso, lo que —según alega— desvirtuaría el derecho a la reparación plena e integral, en tanto el daño debe subsanarse desde su origen. Incluye en su objeción a todos los rubros justipreciados. Critica la tasa del 12% anual —fijada por el *a quo* desde la fecha del evento hasta la sentencia— y persigue la aplicación de la activa, conforme fallo "Samudio", desde la fecha del hecho, al igual que pretende que sea operativa la tasa que el Plenario citado sostiene.

La doctrina del acuerdo plenario de fecha 20 de abril de 2009 en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta SA sobre daños y perjuicios", dejó sin efecto la fijada en los plenarios "Vázquez, Claudia A. c. Bilbao, Walter y otros sobre daños y perjuicios" del 2 de agosto de 1993 y "Alaniz, Ramona E. y otro c. Transportes 123 SACI, interno 200 sobre daños y perjuicios" del 23 de marzo de 2004 y estableció como tasa de interés moratorio la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, con cómputo 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. Esta excepción debe ser alegada y probada por la parte a quien afecta (principio dispositivo).

Los perjuicios sufridos a causa de un hecho ilícito tienen su origen en el siniestro ocurrido, porque el perjuicio se ha producido allí y la mora *ex lege* nace en ese momento (conf. art. 1067 Cód. Civil).

Por lo demás, el juez en la sentencia fija un quantum, lo que de ningún modo equivale al momento a partir del cual la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta que la no liquidez de la suma no implica la no exigibilidad y, por tanto, es desde la mora —en el caso, el hecho— que resulta computable.

Lo que se debe no es una suma determinada, sino la compensación que el acreedor tiene derecho a percibir como resarcimiento por el daño padecido, que se resuelve en una suma dineraria en el momento en que el juez, al dictar sentencia, fija su determinación y cuantificación. La naturaleza de la deuda (de valor) no cambia por el procedimiento que se realice (cuantificación).

En tal sentido, la circunstancia de tratarse en el caso de deudas de valor que se traducen en una suma de dinero como compensación del perjuicio producido y que el órgano jurisdiccional fija en la sentencia, no implica en modo alguno, que la fijación del quantum contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda.

Por otra parte, los antecedentes mencionados y la doctrina plenaria recaída en autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos setenta SA sobre daños y perjuicios", no permiten diferenciar con respecto a la valuación con fundamento en la fecha de fijación de la cuenta indemnizatoria, ni tampoco atendiendo a la naturaleza de la obligación, ya que aquellos dispusieron una solución aplicable a todos los casos acorde a su generalidad.

Agregando que la salvedad que se hace al responder al interrogante referido a desde cuándo y hasta qué momento se fija la tasa moratoria que se formuló en el acuerdo del plenario predicho no es operante en este contexto; dicha salvedad queda confinada al hipotético caso de que, en el futuro, se autorizara la repotenciación de un capital de condena, lo que, en principio, no es posible hacer actualmente, en acatamiento del derecho vigente.

Es por ello que, desde el inicio de la mora, ya sea que la obligación pertenezca a la órbita contractual o aquiliana, hasta el cumplimiento de la sentencia queda determinada una regla general: aplicar al cálculo de intereses moratorios (art. 622 del Cód. Civil) la tasa activa. Dicho aserto no admite cuestionamiento.

No obstante, aun derogadas en un futuro hipotético las leyes que prohíben la actualización por repotenciación de deuda, a efectos de otorgarle virtualidad a la excepción a la regla general resuelta en el plenario referido de "Samudio", es necesario que se den ciertos presupuestos: la coexistencia de un enriquecimiento de una parte y un empobrecimiento de la otra, la relación causal entre ambos e inexistencia de una justa causa que avale la variación operada entre los patrimonios del deudor moroso y su 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, todo lo cual deberá ser debidamente solicitado y acreditado por el interesado.

Ello así, por cuanto la facultad morigeradora de oficio es propia cuando en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197) las partes pactaron intereses punitorios exorbitantes en caso de mora del deudor, pero de ningún modo cuando se trata del supuesto contemplado por el anterior art. 622 del Cód. Civil, atento al principio dispositivo del proceso; la naturaleza patrimonial de la acción ejercida y las reglas respecto de la carga probatoria establecida en el art. 377 del Código Procesal.

En cuanto a la fijación de intereses a partir del 01/08/2015 y de acuerdo a la pauta establecida en el art. 768, inc. "c" del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto refiere a tasas que "se fijen según las reglamentaciones del Banco Central", corresponde aplicar hasta el efectivo pago, la tasa activa prevista en la doctrina plenaria "Samudio", la que se encuentra aceptada por el Banco Central.

Lo expuesto, desde que si bien el aludido art. 768 no contempla expresamente la facultad judicial de fijar el interés moratorio para el caso en que no sea acordado por las partes (inc. "a") o no esté prevista en disposiciones especiales (inc. "b"), entiendo que debe ser fijado judicialmente en cumplimiento del deber de los jueces de resolver las cuestiones sometidas a su jurisdicción (art. 2 y 3 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 163, inc. 6 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; CCiv., Sala G, Expte. N° 30.414/2008, 06/16; CCiv., Sala C, Expte. N° 050.841/2011; CNCiv., Sala I, Expte. N° 81.662/2010).

En efecto, el interés moratorio puede ser determinado mediante: a) convención de las partes, manteniendo como principio la autonomía de la voluntad; b) legalmente, supletoriamente si las partes no han dispuesto una tasa, será la que determinen las leyes especiales y c) en subsidio —es decir en defecto de los dos incisos anteriores—, se aplicarán las tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

Cabe aclarar que en el régimen anterior, se hacía referencia a las tasas de los Bancos Oficiales (ver segundo párrafo del art. 622 CC). Pero más allá de cual sea la entidad que las fije, lo cierto es que no se especifica si se aplicará la tasa pasiva o activa, pues la propia comisión redactora del proyecto de Código expuso en sus fundamentos que no se adopta la activa como se propiciara en el Proyecto de 1998, al considerar que como hay supuestos de hecho muy diversos, resulta necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso.

Sigue, en definitiva, el postulado de Vélez a la nota del art. 622, el cual reza "Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varia tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso".

En el mismo orden de ideas, las "XXV Jornadas de Derecho Civil" realizadas en Bahía Blanca, concluyeron que la previsión del artículo 768 inciso "c" no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las establecidas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea (Mayoría del plenario referido).

Cabe recordar que la tasa activa es la que la entidad bancaria percibe al ser el acreedor de un mutuo, en cambio la pasiva es la que se devenga a favor de los ahorristas depositantes en esas mismas entidades.

Desde hace ya más de 20 años la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que la tasa de interés moratorio corresponde que sea analizada por los jueces que interpretan los ordenamientos, sin afectar garantías constitucionales dando así libre albedrío para que sean fijadas por los magistrados de los diferentes fueros las tasas a aplicar.

En lo que a los fueros Civil y Comercial del ámbito Nacional respecta, se dictaron sendos plenarios fijando la aplicación de la tasa activa, la que, a su vez, alienta el cumplimiento en tiempo propio por el deudor y compensa suficientemente al acreedor.

Por las razones brindadas, propongo al acuerdo hacer lugar al agravio de la apelante, modificar el decisorio recurrido y establecer la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. Plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios"), desde la fecha del hecho (20/07/2016) hasta su efectivo pago, para todos los rubros (arts. 7, 1738, 1740, 1741 y conc., Cód. Civ. y Com. de la Nación; 165, 330, 356 inc. 1, 386, 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VII. Inoponibilidad del límite de cobertura de la póliza de seguro al accionante

La requirente se agravia de la declaración de oponibilidad de la franquicia dispuesta por el juez de grado. Peticiona se revoque este aspecto del fallo, extendiéndose la responsabilidad a la citada en garantía. Ello, sin perjuicio de la exigibilidad de reembolso por parte de la aseguradora a su asegurado.

En los presentes obrados, la citada en garantía "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" invocó la existencia de una póliza con franquicia de $40.000 a cargo del asegurado (fs. 124/130 vta., esp. fs. 124 vta., punto "III"), defensa que fue resistida por la contraria, en tanto planteó su inoponibilidad (fs. 133/134).

Al respecto, este Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse en autos "Pereira, María M. c. Micro Ómnibus Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios" al respecto.

Se dijo, entonces, en referencia a la validez de los plenarios que "…El Decreto Ley 1285/58 estableció el recurso de inaplicabilidad de la ley (arts. 27, 28 y 29) con el objeto de unificar doctrinas contradictorias, lo que fue recogido por el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en su artículo 303. Como instituto propio del derecho procesal, de consabido orden público, los fallos plenarios se aplican a los procesos pendientes aunque versen sobre cuestiones anteriores en razón de tener la eficacia consagrada legislativamente, diferenciándose así del derecho sustancial respecto al ámbito temporal en el que resulta aplicable. Tanto es así que la propia Cámara Civil en pleno señaló, antes de entrar en vigencia el decreto ley mencionado, que ellos resultaban aplicables a todas las actividades jurídicas que ocurran bajo su vigencia (05/11/1943, JA, 1943-IV, 501)".

En cuanto a los precedentes de la Corte Suprema se sostuvo que "En los recursos de hecho 'Nieto, Nicolasa del Valle c. La Cabaña SA y otros' del 8 de agosto de 2006, 'Villarreal, Daniel Alberto c. Fernández, Andrés Alejandro y otros' del 29 del mismo mes y año y 'Cuello, Patricia Dorotea c. Lucena, Pedro Antonio' del 7 de agosto de 2007, el Alto Tribunal revocó fallos dictados por Salas de esta Cámara que habían decretado la inoponibilidad de la franquicia, estableciéndose que los mismos se habían apartado del derecho vigente, con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad".

"Constituye una diferencia importante que, si bien el último de los fallos dictados es de fecha posterior al plenario establecido por esta Cámara, todos ellos se refieren a sentencias dictadas con anterioridad a la vigencia del plenario 'Obarrio'. Si bien es cierto que la Corte ha decidido que la franquicia resulta oponible en los casos señalados, en numerosos precedentes el Máximo Tribunal ha expuesto que la sentencia sustentada en un fallo plenario seriamente fundado no es susceptible de descalificación como acto judicial (Fallos: 267:47) y que si la cuestión ha sido resuelta por una Cámara Nacional de Apelaciones en fallo plenario, a través del recurso de inaplicabilidad de ley, no mediando error manifiesto en la decisión ni interés institucional, habiendo sido resuelto el caso por aplicación de la doctrina establecida en fallo plenario, 'acontece la posibilidad de que se superpongan instancias de casación que exceden los fines que requiere la aplicación uniforme del derecho federal' siendo que no encuentra fundamento racional en la sola necesidad de la uniformidad de la aplicación de las leyes nacionales, porque se trata de un extremo ya satisfecho por el recurso legalmente previsto por ante otro alto tribunal de la Nación y ejercido por este en reunión plenaria (Fallos: 256:372, citado por Palacio, Lino E., LexisNexis - Abeledo-Perrot, "El recurso extraordinario y las cuestiones infraconstitucionales simples", JA, 2003-I-1341)".

En concordancia con ello, también se expresó que los tribunales nacionales de la Capital Federal pueden apartarse fundadamente de sus precedentes pues "...a pesar de algunos inconvenientes que de ello pudieran derivar, es una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna siendo en virtud de la superior autoridad de que la Corte está institucionalmente investida que le compete el deber de reconocer y hacer respetar el poder jurisdiccional que la misma Constitución ha otorgado a los tribunales inferiores, en tanto lo ejerzan razonablemente y dentro de la esfera de sus respectivas competencias, aunque sus decisiones en materias que les son propias no concuerden con precedentes de la Corte (Fallos: 304:1459)".

Asimismo, se subrayó que "...en reciente fallo (C. 1315. XLIII Recurso de hecho "Castelo de Cossio, Nélida E. J. y otro c. Expreso La Nueva Era SA (Línea 93) y otros", CSJN, 09/10/2007, elDial - AA41BE) y ante el tema objeto de agravio, señaló: 'Que los argumentos expresados en el recurso extraordinario y mantenidos en la queja, vinculados con la oponibilidad al demandante de la franquicia pactada entre el asegurador y el asegurado, podrían *prima facie* involucrar cuestiones de orden federal susceptibles de examen en la instancia del art. 14 de la ley 48, por lo que la queja es procedente, sin que esto implique pronunciamiento sobre el fondo del asunto', destacándose '...la sentencia dictada por la Sala C, con fecha 22 de noviembre de 2007 que, con un profundo análisis en el voto del Vocal preopinante del Dr. Omar Luis Díaz Solimine, adhirió al plenario dictado por esta Cámara (L. 384.874), aun cuando el Máximo Tribunal dispusiera emitir pronunciamiento con arreglo a la oponibilidad de la franquicia que resolviera en el caso 'Cuello'".

Es cierto que con posterioridad se ha pronunciado nuevamente la Corte en el Recurso de hecho "Obarrio, María Pía c. Microómnibus Norte SA y otros", como así también en "Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial SA de Seguros Generales y otro", ambos de fecha 4 de marzo de 2008 donde se ha remitido a los fundamentos de los casos "Cuello" y "Villareal" ya citados, admitiendo la oponibilidad de la franquicia.

Se señaló luego que esta Sala "...ha seguido lo decidido por el Superior Tribunal de la Nación respecto de la constitucionalidad de las normas dictadas a causa de la emergencia económica, en su aplicación a los contratos de mutuo hipotecario (Exptes. N° 29.331/2003 y 43.579/2003, entre otros). Pero en los casos resueltos por el máxime intérprete de la Constitución Nacional, no ha sido la constitucionalidad o no de la normativa, en materia de oponibilidad de la franquicia del seguro de transporte público de pasajeros, lo que ha estado en tela de juicio. Ello sin dejar de subrayar la diferente naturaleza del derecho en cuestión y la inexistencia de doctrina plenaria sobre aquella materia. Por lo demás, en tales casos se ha dejado a salvo la opinión de los integrantes de esta Sala en fallos precedentes sobre el particular".

En cuanto al plenario "Obarrio", se dijo que "Vale entonces traer los argumentos esgrimidos por el voto impersonal de la mayoría en el fallo señalado, subrayando que fueron veintiocho los miembros que se expidieron sobre la inoponibilidad de la franquicia en el Acuerdo convocado, frente a la minoría, integrada por seis Señores Jueces de este Tribunal, que se pronunciaron en sentido contrario". Se señaló que "...la Resolución 25.429/1997 aprobó las condiciones contractuales para el riesgo de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, disponiéndose que los aseguradores que optaren por brindar dicha cobertura 'deberán adherirse expresamente a esta Resolución'; que en su Anexo III se estableció lo que se denomina 'franquicia o descubierto a cargo del asegurado', estableciendo que este 'participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de $40.000', descubierto computable 'sobre el capital de la sentencia o transacción, participando el asegurado a prorrata en los intereses y costas'. Agregó que la Superintendencia de Seguros de la Nación no halló mejor remedio, para

paliar la mentada 'emergencia' del sector asegurador que establecer tal descubierto, a título de franquicia, con el propósito de impedir al damnificado ejecutar la sentencia contra el asegurador, citado en garantía por la empresa explotadora del transporte colectivo que causó los daños; que esa franquicia o descubierto desvirtuaría lisa y llanamente la obligatoriedad del seguro exigido por la ley 24.449".

A su vez, se expresó "que dentro de ese límite el asegurado carece de seguro y que aunque en lo formal se consideren operativos los límites mínimos de cobertura de los seguros obligatorios contratados para responder a siniestros que causen daños a terceros, transportados o no, en virtud de lo dispuesto por las Resoluciones 21.999/1992 y 22.058/1993, todo contrato de seguro que cubra los riesgos de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros debe ser estipulado de acuerdo a la Resolución 25.429/1997, puntualizándose que no se trata de un seguro voluntario sino obligatorio, pues las entidades aseguradoras no están autorizadas por la Superintendencia a celebrar otros contratos cuyo contenido normativo difiera del autorizado, no teniendo otra posibilidad las empresas dedicadas a dicho servicio de transporte de tomar coberturas diferentes de la única aprobada por el citado organismo, ya que las aseguradoras autorizadas para operar en el mercado deben adecuar las pólizas a las normas o 'planes' contractuales autorizados por dicha entidad, siendo ella quien debe cuidar 'que las condiciones contractuales sean equitativas'; que la franquicia a cargo del asegurado, en el seguro del transporte público, es superior al límite mínimo que debe cubrir el seguro obligatorio, resultando difícil de entender que todo seguro de responsabilidad civil que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no, tenga que prever una cobertura mínima de $30.000 — para resarcir los casos de muerte o incapacidad total y permanente— en tanto si se trata del seguro contratado en el sector de autotransporte de pasajeros, se admita una franquicia de $40.000".

También manifestó que, "...de ese modo, se ha puesto a cargo de los damnificados la financiación del costo de la 'emergencia', lo que resulta grave porque la estadística demuestra que la mayor parte de accidentes protagonizados por transportes públicos no superan el monto del 'descubierto', aun cuando se legitime la previsión de franquicias con el propósito de liberar al asegurador de los daños 'minúsculos' o 'insignificantes' y alentar al asegurado para que adopte mayores diligencias para evitar la producción de los siniestros. Se reflexionó en que resulta por lo menos dudoso que esa franquicia o descubierto a cargo del asegurado encuentre justificación razonable frente a la siniestralidad que provoca el transporte público, máxime si se considera que el seguro de responsabilidad civil que es obligatorio (art. 68 de la ley 24.449) tiene por objeto 'mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato' (art. 109 de la ley 17.418), resultando irrazonable el monto fijado porque la gran mayoría de los daños a pasajeros o a terceros no transportados quedan a cargo de las empresas de transporte, de importancia económica para ellas, pues resulta desvirtuada la exigencia legal dispuesta por la norma citada de la Ley de Tránsito, al no poder contratar otro seguro que cubriese el riesgo no asegurado en virtud de tratarse (en la inteligencia de la Resolución mencionada) de un riesgo no asegurable".

Dejó sentado el voto "...que la respuesta negativa a la cuestión de la oponibilidad a los terceros ha tenido en cuenta, para así decidir, la exorbitante cuantía de la franquicia dispuesta por la autoridad de control para este seguro y que no se cuestiona, fuera de ese alcance, el instituto de la franquicia que a priori o dogmáticamente considera oponible al damnificado según los términos del art. 118 de la ley de seguros, concluyendo que, en el caso, es la irrazonabilidad del descubierto previsto en las pólizas del sector asegurado lo que está en juego".

Se agregó luego que "Más allá de todo lo expresado, el Máximo Tribunal varias veces reiteró la necesidad de aportar nuevos argumentos que permitan prescindir de doctrina jurisprudencial de la Corte aplicable al caso" (Fallos: 319:699; "Ristagno, Luis B. c. Corporación del Mercado Central de Buenos Aires" 08/07/2003, entre otros), lo que permite efectuar una serie de consideraciones respecto del agravio en análisis.

También que "El derecho de daños ha evolucionado desde la responsabilidad civil (es decir búsqueda de un culpable) hacia el acceso del damnificado a la reparación de daños (que se logró con la reforma de Borda) y quedó pendiente el acceso al resultado económico de la reparación (al igual que sucede en los accidentes de trabajo después del fallo Aquino) y que ahora se concreta en el seguro obligatorio sin franquicia...Otra vez más, la Jurisprudencia ha dado una muestra de madurez frente a la contradicción de intereses: persona vs. economía y eligió a la persona (La inoponibilidad de la franquicia al damnificado. Ghersi, Carlos A., Nota a Fallo: LA LEY, 2006-E, 679, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, Tomo III, 1675, comentario al fallo A. 2652. XXXVIII - Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 31 (JNCiv) (N° 31) - 13/05/2004 - "A., A. M. y otras c. G., D. G. y otro", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B (CNCiv.) (Sala B) - 09/05/2006 - "A., A. M. c. G., D. G." www.laleyonline.com.ar). Sin duda, el derecho a la salud y a la integridad física (art. 5, inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),

garantías constitucionales de carácter inalienable, predominan por su jerarquía, sobre los fines que han determinado la sanción de la mentada Resolución".

Por otra parte, "...al verse las transportadoras precisadas a convenir un seguro de acuerdo a lo que dispone imperativamente una Resolución de la Superintendencia, la autonomía de la voluntad no resulta el eje central ante lo que puede denominarse un 'contrato forzoso'. De allí que devendría oponible al tercero una cláusula que, en rigor de verdad, no es fruto de la libertad de contratación. Ciertamente la norma establecida por la ley 17.418 que dispone: 'La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro' (artículo 118) que fuera sancionada hace más de treinta años, no parece que pueda ser interpretada en la actualidad como fuera entendida a la época de su dictado atendiendo a la tan elevada cuantía que fija en la actualidad la franquicia obligatoria dispuesta por el Anexo III de la Resolución 25.429/1997".

Y que "Más allá de la naturaleza de la citación de la aseguradora en un proceso y recordando que en muchos casos la víctima no ejerce acción frente a ella, sino que la convocatoria la efectúa la propia asegurada, desde el punto de vista del derecho sustancial se ha expresado que, en cuanto se rebasa el círculo contractual, a tenor del art. 1165 del Cód. Civil francés, fuente de nuestro art. 1199, las convenciones no perjudican ni aprovechan a terceros. Y se agrega: la regla 'res inter alios acta' nunca quiso decir que las convenciones no ejerzan repercusión sobre los terceros, sino solamente que no pueden hacer nacer un derecho en contra o en favor de un tercero, esto es que carecen de aptitud para convertir a una tercera persona en acreedora, deudora o propietaria; solución perfectamente racional: si el contrato es una ley, es una ley entre las partes; los contratantes, a diferencia del legislador, se supone que carecen de facultades para hablar en nombre de otros, no están investidos de ninguna delegación; desde este punto de vista, el contrato se parece a una sentencia más que a una ley; al lado del principio de la relatividad de la cosa juzgada, figura el de la relatividad de las convenciones...nadie podría convertirse contractualmente en deudor o acreedor sin haberlo querido. En síntesis, el principio general que emana del art. 1195 del Código civil, se aplica a lo que se ha dado en denominar los 'verdaderos terceros', que son 'jurídica y definitivamente extraños a las partes contratantes'. 'Se trata de una categoría residual, también llamados terceros absolutos o extraños'. Carbonier, citado por el autor, señala que en una primera aproximación se puede afirmar que el art. 1195 del Cód. Civil hace referencia a aquellos terceros que no solo no han sido partes en el contrato, sino de quienes 'no han tenido jamás relación jurídica con los contratantes' por lo que 'no pueden a título alguno desempeñar el papel de acreedor o de deudor en una relación jurídica concertada entre otras personas' (Stiglitz, Rubén S, 'Oponibilidad del contrato de seguro a los terceros damnificados', LA LEY, 2006-F, 923)".

Se dijo que "Como consecuencia del interés asegurable —relación económica entre un sujeto y un bien— el monto de la cobertura puede ser limitado con franquicia, siempre y cuando esta no altere una obligación legal, sea irrazonable o afecte el orden público, pues en ese caso sería ilícito. Una franquicia de $40.000 invocada por la Compañía de Seguros torna ilícito el interés asegurable y se opone a una ley de orden público que exige el seguro con carácter obligatorio (Correa, José Luis, 'Responsabilidad del Estado por la franquicia aprobada por la Superintendencia de Seguros de la Nación para el Transporte Público de pasajeros. A propósito de los fallos de la Corte Suprema, el plenario de la Cámara Nacional y de la Suprema Corte de Mendoza', LA LEY Gran Cuyo 2007 (mayo), 367)".

Por lo demás, "...la cifra señalada engendra una desigualdad entre terceros damnificados por accidentes de tránsito. Quien ha sufrido un daño con un vehículo dedicado a esa actividad, tendrá menos posibilidades de verse resarcido que aquel que haya sido víctima de un accidente producido por otro no perteneciente al servicio de autotransporte público de pasajeros. Así, quien obtenga sentencia a su favor no podrá ejecutarla frente a las aseguradoras en los casos de resarcimiento inferiores a $40.000, sin dejar de señalar que el sector se encuentra subsidiado por el Estado desde hace algunos años. Es dable recordar que la víctima no elige con quién sufrir el daño".

Por último, se trajo a colación las conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora los días 27, 28 y 29 de septiembre de 2007 (Comisión N° 3 "Contratos. Efectos de la franquicia en el contrato de seguro sobre la responsabilidad civil") donde se expresara: que las partes del contrato de seguro de responsabilidad civil son asegurador y asegurado; que el damnificado es tercero ajeno rigiendo la autonomía de la voluntad con sus limitaciones (por ej., entre otros, los arts. 953, 954, 1071 y 1198 del Cód. Civil); que la franquicia es oponible al tercero damnificado ajeno al contrato de seguros, salvo en los casos que exista obligación legal de contratar un seguro de responsabilidad civil; que cuando existe una imposibilidad legal de contratarlo, la existencia de una franquicia, como la dispuesta por la Res. 25.429/97 desnaturaliza la esencia del contrato de seguro, resultando una cláusula nula o inoponible a los damnificados; que los contratos de seguros pueden ser considerados como relaciones de consumo contemplados por el art. 42 de la CN y normas concordantes. También fue subrayado en las citadas

Jornadas la necesidad de reafirmar en el régimen asegurativo argentino la función social del seguro de responsabilidad civil, propiciando su modificación en materia de transporte de pasajeros, así como complementar el sistema de seguro obligatorio con fondos de garantía que tendrá por objeto cubrir la insolvencia del dañador, la falta de cobertura o el anonimato del causante del daño".

Por último, cabe destacar, tal como fuera señalado en los autos "Leone, Verónica y otros c. MODO SA de Transportes Automotor y otros s/ daños y perjuicios" del 14/09/2018, que la Resolución N° 39.927 (BO 18/07/2016) dictada por la Superintendencia de Seguros de la Nación estableció nuevas pautas para la regulación del seguro de transporte automotor al disponer 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"— que en todo reclamo de terceros, la aseguradora asume el pago de la indemnización, poniendo a cargo del asegurado el reembolso del importe del Descubierto Obligatorio a su cargo, dentro de los diez días de efectuado el pago por el asegurador.

De tal manera, la doctrina que emana del Plenario "Obarrio" se refuerza con el criterio adoptado por la Superintendencia de Seguros de la Nación al sancionar la nueva normativa (CNCiv., Sala G, "G. A. y otro c. D. SA D. T. A. y otro s/ daños y perjuicios" —Expte. N° 19.304/13—, 12/06/2018), la que más allá del comienzo de su vigencia en los términos que indica (1° de septiembre de 2016), al encontrarse comprendida la cuestión dentro de las normas de derecho del consumidor y en virtud de lo dispuesto por el art. 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación, tal disposición resulta de aplicación retroactiva, postura sostenida en el pronunciamiento mencionado, a cuyos fundamentos cabe remitirse.

Por tales razones, propongo hacer lugar al agravio de la actora, modificar la sentencia recurrida en este aspecto y declarar inoponible el límite de cobertura de la póliza de seguro a la accionante (art. 118, ley 17.418).

VIII. Por las consideraciones expuestas, en caso de resultar compartido este voto por mis colegas de Sala, propongo al acuerdo: 1) Elevar las sumas otorgadas por daño físico, psíquico y moral a las de $979.500, $603.000 y $527.500, respectivamente; 2) Reducir la suma fijada por tratamientos psicológicos y psiquiátricos a la de $47.200; 3) Fijar como intereses la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. Plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios"), desde el hecho (20/07/2016) hasta su efectivo pago, para todos los rubros admitidos; 4) Modificar la sentencia en el sentido de establecer la inoponibilidad del límite de cobertura de la póliza de seguro a la accionante; 5) Confirmar al fallo en todo lo demás que ha sido materia de recurso y agravio; 6) Imponer las costas de la Alzada a cargo de la accionada y citada en garantía en su condición de vencidas (art. 68 del Código Procesal); 7) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Los doctores *Álvarez* y *Ameal* por las consideraciones y razones aducidas por la doctora *Bermejo,* votan en igual sentido a la cuestión propuesta.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo trascripto precedentemente, el Tribunal por unanimidad decide: 1) Elevar las sumas otorgadas por daño físico, psíquico y moral a las de $979.500, $603.000 y $527.500, respectivamente; 2) Reducir la suma fijada por tratamientos psicológicos y psiquiátricos a la de $47.200; 3) Fijar como intereses la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (conf. Plenario "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos setenta SA s/ daños y perjuicios"), desde el hecho (20/07/2016) hasta su efectivo pago, para todos los rubros admitidos; 4) Modificar la sentencia en el sentido de establecer la inoponibilidad del límite de cobertura de la póliza de seguro a la accionante; 5) Confirmar al fallo en todo lo demás que ha sido materia de recurso y agravio; 6) Imponer las costas de la Alzada a cargo de la accionada y citada en garantía en su condición de vencidas (art. 68 del Código Procesal); 7) Diferir la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/2013 de la CSJN. La difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Notifíquese por Secretaría, cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas CSJN 15/2013 y 24/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *Silvia P. Bermejo. — Osvaldo O. Álvarez. — Oscar J. Ameal.*

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

PROCESO COLECTIVO. AMPARO AMBIENTAL

Patrimonio cultural. Pedido de reapertura de acequias. Proceso colectivo. Disidencia.

1. — El "colectivo", al tratarse de un proceso colectivo, que tiene por objeto la tutela difusa de bienes colectivos, como lo es el "ambiente", de carácter indivisible, que no admite exclusión, no corresponde su análisis, pues su determinación es propia de aquellos procesos que tiene por objeto la tutela de derechos individuales homogéneos.

2. — Estando frente a un proceso en el que se encuentran en juego pretensiones de incidencia colectiva referidas a afectaciones al medio ambiente, en el marco del art. 43 de la Constitución Nacional, art. 48 de la Constitución de Córdoba y de la ley 4915 de Córdoba, corresponde su categorización como amparo ambiental.

3. — Si bien existe un planteo relativo a la protección de bienes colectivos y se denuncian posibles afectaciones a derechos relacionados con el medio ambiente y patrimonio de la comunidad; no surge de las constancias aportadas ningún elemento que acredite la inminencia de la lesión o amenaza, o urgencia real que implique la necesidad impostergable, para fundar la procedencia de esta acción extraordinaria, que haga improcedentes las vías ordinarias para reclamar la protección de los derechos y garantías invocados (del voto en disidencia de la Dra. Cáceres).

CContenciosoadministrativa 1a Nom., Córdoba, 30/12/2020. - Amuchástegui, María Alejandra y otros c. Administración Provincial de Recursos Hídricos (APRHI) (Ex Secretaría de Recursos Hídricos) y otro s/ amparo ambiental.

[Cita on line: AR/JUR/77964/2020]

Expediente: 9497454

2ª Instancia.- Córdoba, diciembre 30 de 2020.

Los doctores *Massimino* y *Gutiez* dijeron:

1. Que con fecha 21/09/2020, comparecen los apoderados de los actores Amuchástegui, María Alejandra; Geremia, Marcelo Adrián; Roggio, Sergio Omar; y Fereira, Elisa Maria —vecinos integrantes de la asamblea ciudadana autoconvocada "Unidos por Nuestras Acequias", de la localidad de Villa La Bolsa—, a los fines de promover acción de amparo ambiental en contra del Gobierno de la Provincia de Córdoba y de la Administración Provincial de Recursos Hídricos (APRHI).

Pretenden se declare "el "daño ambiental natural y cultural" y se ordene su cese. De manera especial, se condene al citado funcionario u organismo provincial: 1) a la recomposición "in natura", esto es, volviendo las cosas a su estado anterior, de las Acequias Las Rosas y El Descanso (para el caso de que no proceda la medida cautelar), emplazados en el Paraje El Descanso de la Localidad de Villa La Bolsa, de esta Provincia de Córdoba, disponiéndose en su consecuencia, su reapertura, habilitación, puesta en funcionamiento; mantenimiento, conservación y preservación a futuro; 2) se exhorte al citado Organismo Provincial y/o Organismo y/o funcionario provincial que lo reemplace, a los fines de que: a) en lo sucesivo, se abstenga de adoptar decisiones o ejecutar hechos o acciones por las que se impida el normal escurrimiento y funcionamiento de las Acequias Las Rosas, y El Descanso; b) presente —dentro del plazo que prudencialmente determine VS— un "Plan de obras y actividades de recomposición ambiental" de las Acequias Las Rosas y El Descanso y el Molino de Anisacate, que establezca mínimamente, un cronograma de tareas a realizar, etapas, plazos de ejecución de las obras, forma de financiamiento, etc., con conocimiento de los amparistas y a entera satisfacción del Tribunal, haciendo saber a la autoridad provincial que, el mismo se deberá cumplir bajo apercibimiento de astreintes o sanciones conminatorias; c) confeccione un "Protocolo de Actuación para las Acequias" que establezca técnicamente, las condiciones, periodicidad, metodología, y cualquier otra indicación que estime pertinente, a los fines de mantener, preservar y conservar adecuadamente, el funcionamiento de las Acequias; d) Se ordene a la APRHI a llevar a cabo un "Programa de formación y/o capacitación técnica" destinado al empleado comunal y/o municipal que tenga a su cargo la gestión".

Como medida cautelar solicitan se ordene a la Administración Provincial de Recursos Hídricos (APRHI) —como medida innovativa— proceda a la reapertura de la acequia el descanso y se garantice su normal funcionamiento y libre escurrimiento.

2. Con fecha 14/10/2020 se corre vista de la acción incoada a la Sra. Fiscal de Cámara, a los fines de adecuar el trámite a las disposiciones del Acuerdo Reglamentario del Excmo. Tribunal Superior de Justicia N° 1499 Serie "A" (del 06/06/2018).

La Sra. Fiscal de Cámara Contencioso Administrativa, la contesta con fecha 23/10/2020. Concluye en su dictamen que "corresponde dar a la presente cau-

sa el trámite de "Proceso Colectivo", debiendo ordenarse la certificación en el expediente y la inscripción en el Registro creado a tal fin, en la categoría "amparo ambiental", para así otorgarle la suficiente publicidad, de conformidad con las prescripciones contenidas en el Acuerdo Reglamentario N° 1499 Serie "A" de fecha 06/06/2018".

Sin perjuicio de ello, en los puntos 5.5. y 5.6 de su dictamen realizó algunas precisiones con relación al cumplimiento de las exigencias previstas en el Acuerdo Reglamentario citado que se indican a continuación.

Respecto a la condición de "afectados" invocada por los actores, indica que estos justifican su legitimación en razón de "vecinos/as de la localidad de Villa La Bolsa en el carácter de afectados", acompañando copias de sus respectivos documentos de identidad (DNI) que acreditan su condición de vecinos —domicilio— de la localidad referida.

Que los actores denuncian, con el carácter de declaración jurada, que no se han promovido otras acciones cuyas pretensiones (individuales o colectivas) guarden sustancial semejanza con la instada en esta oportunidad. Que, "asimismo, acompañan la "Planilla de incorporación de datos para procesos colectivos" (Op. N° 3295802 de fecha 05/10/2020) de la que surge que no ha sido consultado el Registro de Procesos Colectivos tanto del Poder Judicial de Córdoba como de la Nación, a diferencia de la manifestación en demanda en la que afirman que "como resultado de la búsqueda efectuada en los registros informáticos del Sistema de Administración de Causas (SAC), no hemos advertido sobre la existencia de otros procesos en trámite cuyas pretensiones (individuales o colectivas) guarden sustancial semejanza con la instada en esta oportunidad".

Asimismo recuerda que el Tribunal, antes de correr traslado de la demanda, deberá efectuar su propia y minuciosa búsqueda en SAC con el fin de determinar la existencia de otro proceso colectivo semejante al presente.

3.- En ese estado, por proveído de fecha 05/11/2020, se fijó audiencia en los términos del art. 58 del Cód. Proc. Civ. y Comercial para el día 13/11/2020. En dicho acto comparecieron los actores Sres. María Alejandra Amuchástegui, Marcelo Adrián Geremia, Sergio Omar Roggio, y Elisa María Ferreira, acompañados de sus letrados, Dres. Rubén Darío Ávila y Carlos González Quintana. Por la codemandada Provincia de Córdoba, compareció la Dra. María Jimena Ontivero. Por la codemandada Administración Provincial de Recursos Hídricos (APRHI), comparecieron, el Dr. Rodrigo Iscaro, el Ing. Juan Pablo Brarda, y el Dr. Francisco Gordillo Aliaga. En esa oportunidad se dispuso pasar a cuarto intermedio hasta el día 27/11/2020, en cuya audiencia se decidió realizar una nueva audiencia el día 17/12/2020. En esa ocasión, junto a los actores y demandados mencionados, se integraron los representantes de la Municipalidad de Anisacate, la Comuna de Villa la Bolsa, y la Comuna del Valle de Anisacate. En esta audiencia, las partes manifestaron no haber arribado a un acuerdo por lo que se dispuso proseguir la causa según su estado.

4.- Con fecha 17/12/2020 consta certificado de la actuaria, en el que se deja constancia que, realizada la búsqueda en el registro informático correspondiente, se ha verificado la inexistencia de otro proceso colectivo que guarde semejanza sustancial con el presente. 5.- En este punto se considera, atento el estado del presente trámite y lo dictaminado por la Sra. Fiscal de Cámara, que corresponde dar participación a los comparecientes Amuchástegui, María Alejandra; Geremia, Marcelo Adrián; Roggio, Sergio Omar; y Fereira, Elisa María; y admitir formalmente la acción interpuesta.

Asimismo, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 10°, del Anexo II, del Acuerdo Reglamentario N° 1499/18, corresponde resolver si el presente juicio se enmarca dentro de las características de un proceso colectivo, identificando sus elementos conforme lo dispuesto en el art. 5° del anexo citado.

6.- En ese orden, primero corresponde "identificar cualitativamente la composición del colectivo, con precisión de las características o circunstancias sustanciales que hagan a su configuración, además de la idoneidad del representante de la clase o colectivo" (art. 5, inc. a, ib). Cabe puntualizar que la demanda, como ha sido planteada, tiene por objeto la tutela de bienes colectivos, en el caso el ambiente y patrimonio cultural; en tanto los actores consideran que el cierre preventivo de las acequias "Las Rosas" y "El Descanso", emplazadas en el paraje "El Descanso" de la Localidad de Villa La Bolsa, y "El Molino", de Villa Anisacate, afecta el patrimonio natural y cultural de las mencionadas localidades.

Como se ha señalado en casos análogos, el "colectivo", al tratarse de un proceso colectivo, que tiene por objeto la tutela difusa de bienes colectivos, como lo es el "ambiente", de carácter indivisible, que no admite exclusión, no corresponde su análisis, pues su determinación es propia de aquellos procesos que tiene por objeto la tutela de derechos individuales homogéneos. (art. 5°, punto a, Anexo II, Acuerdo Reglamentario N° 1499/2018). En cuanto a la idoneidad de los presentantes, los actores invisten la legitimación otorgada por el art. 43, 2° párrafo de la CN, a los efectos de instar pretensiones en defensa de los derechos de incidencia colectiva, en su carácter de afectados.

El "objeto" de la pretensión, consiste, fundamentalmente, en "la declaración del daño ambiental, su cese y recomposición "in natura" de los Canales y Acequias, Las Rosas y El Descanso, y del Molino de Aniscate" (Cf. p. 123, demanda), en razón de la afectación del patrimonio natural y cultural (art. 5°, punto b, ib.).

Los "sujetos demandados" (art. 5°, punto "c", ib.) resultan ser: la Provincia de Córdoba, y la Administración Provincial de Recursos Hídricos (APRHI). Asimismo se ha requerido la citación como terceros interesados de la Comuna de Villa La Bolsa, Comuna del Valle de Anisacate y la Municipalidad de Anisacate.

7.- De acuerdo a lo analizado y encontrándonos en autos, frente a un proceso en el que se encuentran en juego pretensiones de incidencia colectiva referidas a afectaciones al medio ambiente, en el marco del art. 43 de la Constitución Nacional, art. 48 de la Constitución Provincial y de la Ley N° 4915, corresponde su categorización, a través del SAC, en la categoría "3) amparo ambiental", dentro de ella deberá seleccionarse la alternativa "a) Ambiente".

8.- Cumplimentada la inscripción en la categoría señalada corresponde registrar la misma en el Registro de Procesos Colectivos y continuar el trámite de la presente causa de conformidad a lo dispuesto por el art. 6 del Acuerdo Reglamentario N° 1499/2018.

9.- De conformidad a lo dispuesto por el art. 6° del Anexo II, del Acuerdo Reglamentario N° 1499, Serie A, de fecha 06/06/2018, corresponde disponer la publicación de edictos por el término de tres días en el Boletín Oficial de la Provincia, a cargo de la parte actora, donde se deberá transcribir la parte resolutiva del presente y los puntos 7 y 8 del considerando; como así también su difusión en la página web del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, a través de la Oficina de Prensa y Proyección Socio institucional del Tribunal Superior de Justicia.

10.- En relación a la medida cautelar solicitada, en cuanto se peticiona como medida innovativa se proceda a la reapertura de la acequia el descanso y se garantice su normal funcionamiento y libre escurrimiento: oportunamente de corresponder. Ello así toda vez, que —conforme las constancias de la causa y las alegaciones expuestas en las citadas Audiencias—, previamente resulta menester recabar mayores elementos que permitan discernir si se encuentran objetivamente configurados los presupuestos necesarios a esos fines.

La doctora *Cáceres* dijo:

1. Que primeramente corresponde establecer las pautas para la adecuación de la causa a las disposiciones del Acuerdo Reglamentario del Excmo. Tribunal Superior de Justicia N° 1499 Serie "A", del 6 de junio de 2018, dado que el mismo resulta aplicable a la materia y no ha sido cumplimentado por los accionantes.

Que concuerda con la Fiscal de Cámara en cuanto a que corresponde encuadrar al presente como "Proceso Colectivo", en la categoría de "amparo ambiental"; debiendo proceder a su recaratulación y cumplimiento de los demás requerimientos establecidos en la norma en cuestión a los fines de su registro.

Que sin embargo, considera que no deben prosperar los demás recaudos que la Fiscalía considera que las partes deben cumplimentar, atento que entiende, por los motivos que a continuación se expondrán, que la presente acción de amparo no debe ser admitida para su trámite.

2. Que en cuanto al juicio previo de admisión de la acción de amparo intentada, entiende la suscripta que no corresponde darle trámite atento que, *prima facie*, no reúne ninguno de los elementos propios de esa acción extraordinaria.

Que el amparo constituye una vía que procede solo en los supuestos de inexistencia de otros remedios o recursos judiciales más idóneos, entendiendo por estos a los que resultan igualmente eficaces para la tutela del derecho que se denuncia vulnerado. Tanto el artículo 43 de la Constitución Nacional, como el artículo 48 de la Constitución de la Provincia, prevén como condicionamiento del amparo la inexistencia "de otro medio judicial más idóneo" o "otra vía pronta y eficaz"; lo que hace que la acción de amparo no deje de ser una acción extraordinaria, viable solo ante la inexistencia de otra vía que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado. Al respecto el Excmo. Tribunal Superior de Justicia ha dicho que "... si por medio judicial más idóneo se entendiese todo aquel que asegura una más pronta solución del litigio, resulta más que obvio que toda pretensión con sustento constitucional —y todas lo tienen— resultaría admisible por la vía del amparo, con la consecuente ordinarización de un procedimiento postulado como de excepción..." (Sentencia en pleno N° 135/2010 *in re* "Las Repetto y Cía. SRL c. Mdad. de Bell Ville - acción de amparo"). Se ha destacado en la doctrina que "... Únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales legislados para atender idóneamente al problema planteado: el amparo, se ha dicho, presupone el desamparo..." (Sagüés, Néstor Pedro; "Derecho Procesal Constitucional - Acción de Amparo", Bs. As., año 2009, Editorial Astrea, p. 179).

3. Que, si bien existe un planteo relativo a la protección de bienes colectivos y se denuncian posibles afectaciones a derechos relacionados con el medio

ambiente y patrimonio de la comunidad; no surge de las constancias aportadas ningún elemento que acredite la inminencia de la lesión o amenaza, o urgencia real que implique la necesidad impostergable, para fundar la procedencia de esta acción extraordinaria, que haga improcedentes las vías ordinarias para reclamar la protección de los derechos y garantías invocados. De otra manera, se permite, justificación alguna, la procedencia de la vía elegida por los accionantes, ignorando y dejando sin efecto las herramientas legales ordinarias, por las cuales el ordenamiento jurídico prevé su reclamo. Que la vía extraordinaria del amparo, implica "saltear" todo otro recurso administrativo y judicial existente; pero para que ello proceda, tanto la Constitución como la Ley de Amparo (Nro. 4915) exigen ciertas condiciones que ameriten el uso de esta acción en detrimento del resto de las demás, que corresponde recalcar, son las que se debe recurrir ordinariamente.

Que la ignorancia de los requisitos constitucionales y legales para la procedencia de la acción de amparo implica una tergiversación del orden jurídico y la jerarquía de sus normas; y una clara afectación de la seguridad jurídica; llegando incluso al extremo de poder afectar el orden público que implica la competencia jurisdiccional.

4. Que tal como surge de las expresiones de la demanda, la situación de hecho planteada, que los accionantes consideran lesiva de derechos y garantías constitucionales, data de mucho tiempo atrás, incluso de años, sin que por ello se haya podido acreditar una afectación que implique la necesidad de intervención en este momento y por medio de una acción urgente. Los amparistas no logran justificar la causa por la que ahora debería prosperar el trámite de una acción de amparo y por qué los remedios ordinarios que ellos mismos reconocen procedentes, e incluso haber articulado, en este momento han perdido idoneidad.

5. Que en cuanto a la temporalidad de la acción, también corresponde destacar que de la demanda tampoco surge acreditado el plazo de interposición previsto en el artículo 2° inciso e de la Ley N° 4915; ni planteo alguno que justifique la improcedencia de dicho término en el presente caso.

6. Que asimismo, de la sola lectura de los planteos realizados, se puede apreciar la naturaleza técnica de alguna de las cuestiones sobre las que versan sus pretensiones; que tornarían manifiestamente insuficientes a los medios de prueba disponibles en un proceso de amparo; lo que demuestra también la mayor idoneidad de los remedios legales ordinarios.

7. Que por todo ello, no reuniendo las cualidades propias de una acción de amparo, corresponde rechazar *in limine* la presente demanda, ordenando, luego de su registración, su archivo.

Por ello, y por mayoría, se resuelve: 1.- Dar participación a los comparecientes Sres. Amuchástegui, María Alejandra; Geremia, Marcelo Adrián; Roggio, Sergio Omar; y Fereira, Elisa María; y admitir formalmente la acción de amparo interpuesta por los actores mencionados. 2.- Establecer el carácter colectivo del presente proceso de amparo. 3.- Ordenar su recategorización, a través del SAC, como "3) amparo ambiental", alternativa "a) ambiente" y su recaratulación. 4.- Efectuar la correspondiente registración en el Registro de Procesos Colectivos. 5.- Ordenar la publicación de edictos, a cargo de la parte actora, por el término de tres días en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, en los términos del punto "9" del considerando del voto mayoritario. A tal fin: ofíciese. 6.- Ordenar la difusión por el término de tres días en la página web del Poder Judicial de la Provincia, en los términos del punto "9" del considerando del voto mayoritario, para lo cual ofíciese a la Oficina de Prensa y Proyección Socioinstitucional del Tribunal Superior de Justicia. 7.- Cumplimentado lo dispuesto en los puntos precedentes, emplácese a las demandadas Administración Provincial de Recursos Hídricos (APRHI) y Provincia de Córdoba para que, en ese orden, y en el plazo de seis días, comparezcan y produzcan el informe previsto en el art. 8 de la Ley N° 4915, bajo apercibimiento, debiendo manifestar si conocen la existencia de alguna acción individual o colectiva en curso en su contra, con igual o similar fundamento, como de cualquier otra circunstancia que pudiera significar la superposición de procesos con derechos, intereses o proyecciones colectivas sustancialmente semejantes (art. 6°, primer párrafo del Anexo II, del Acuerdo Reglamentario N° 1499, Serie A, de fecha 06/06/2018). 8.- Cumplimentado lo dispuesto en los puntos precedentes, cítese a comparecer, en el plazo de seis días, en el carácter de terceros interesados a Comuna de Villa La Bolsa, Comuna del Valle de Anisacate y la Municipalidad de Anisacate, en el orden mencionado y para informen respecto de las cuestiones controvertidas en autos. 9. A la cautelar solicitada, oportunamente. Protocolícese y hágase saber. — *Leonardo Massimino. — Ángel A. Gutiez. — Gabriela Cáceres* (en disidencia).

PRUEBA ANTICIPADA

Certificación de mensajes de una aplicación de mensajería instantánea. Grupo de WhatsApp de un consorcio. Rechazo de la pretensión.

1. — El rechazo de la prueba anticipada consistente en que se certifique acerca de la existencia del grupo de WhatsApp del consorcio, sus in-

tegrantes, respectivos números, administradores y autenticidad y contenido de los mensajes relacionados con una asamblea, su orden del día, las decisiones adoptadas y sus efectos debe confirmarse, pues la carga de acercar la prueba recae en la actividad del interesado y no en el servicio de justicia.

2. — No puede dejar de señalarse que el actor fundó su planteo en un precedente jurisprudencial de secuestro de cámara de seguridad, que no resulta aplicable —ni por analogía— a la cuestión planteada; ello, a poco que se repare que esa cámara de seguridad no se encuentra en poder de la parte y que allí se ordena un secuestro, no una certificación de mensajes de WhatsApp.

3. — El apelante entiende que no existen los elementos tecnológicos y herramientas que le permitan adjuntar la prueba en la oportunidad procesal pertinente; pero es sabido que la certificación por secretaría obedece a la actividad jurisdiccional a partir de elementos incorporados o que resultan del expediente, pero no es la única vía para esa actividad, dado que ello en la esfera privada recae en la actividad notarial que reviste —por lo tanto— otro medio a su alcance para cristalizar la prueba.

CNCiv., sala I, 26/02/2021. - Siutti, Atilio Alfredo c. Cons. de Prop. Av. Corrientes 781/85/87/91 s/ nulidad de asamblea.

[Cita on line: AR/JUR/988/2021]

COSTAS

En el orden causado.

66638/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 26 de 2021.

Considerando:

Causa agravio a la parte actora que el 29 de diciembre de 2020 se haya desestimado la prueba anticipada que solicitó en el escrito de inicio, consistente en que se certifique acerca de la existencia del grupo de whatsapp del consorcio, sus integrantes, respectivos números, administradores y autenticidad y contenido de los mensajes existentes en el grupo, relacionados con la asamblea llevada a cabo el 18 de noviembre de 2020, su orden del día, las decisiones adoptadas y sus efectos.

Considera que la anticipada producción de la prueba resulta necesaria pues pueden ser borrados intencionalmente o ser excluido del grupo —al conocerse su accionar— o por cuestiones fortuitas inherentes al sistema de whatsapp, tales elementos pueden desaparecer o tornarse inaccesibles.

Este colegiado no comparte los fundamentos en que se asienta la crítica.

La ejecución de prueba fuera del proceso a que está destinada es de excepción y, como tal, de interpretación estricta. De ahí que su admisibilidad requiere la demostración de los "motivos justificados" para temer que su producción pueda resultar "imposible o muy dificultosa en el período de prueba" (artículo 326 del Cód. Procesal).

Es preciso, pues, que el interesado alegue y lleve a quien ha de juzgar a la convicción de su necesariedad, para lo cual se requiere que afirme que es la única manera en que podrá probarse en forma fehaciente el hecho, y que si se deja para más adelante su producción no será posible (conforme, esta Sala, Expte. N° 113.977/2001 del 29 de agosto de 2002 y sus citas).

Estos extremos no pueden considerarse satisfechos con el relato contenido en el escrito de inicio y en el memorial de agravios, donde lo que requiere —en realidad— es una actividad jurisdiccional tendiente a certificar constancias digitales con las que actualmente cuenta el interesado.

Es precisamente a partir de ello, donde no se configuran los aludidos requisitos de admisibilidad, dado que hallándose el peticionario como integrante del grupo de whatsapp, los temores respecto a la pérdida de esa información, no pueden ser paliados por la actividad jurisdiccional, sino que es el propio interesado quien debe prever su resguardo mediante el servicio de certificación o almacenamiento, que estime necesario, pero que en la actualidad, nada indica que esa tarea deba ser cumplida mediante el servicio de justicia.

En otras palabras, la conservación de prueba indicada, no amerita —en este caso— la intervención judicial pretendida, dado que es la propia parte quien debe proceder con los recaudos que considere necesarios a los fines que estime pertinentes.

Por cierto, que no es cuestión de señalar la necesidad de asegurar la integridad y conservación del contenido del grupo de whatsapp, sino de la carga que pesa sobre el peticionario en acercar la prueba, cuestión esta, que contrariamente a lo apuntado en el memorial, recae en la actividad del interesado y no en este servicio de justicia.

Al respecto, no puede dejar de señalarse que el actor fundó su planteo en un precedente jurisprudencial de secuestro de cámara de seguridad, que no resulta aplicable —ni por analogía— a la cuestión aquí planteada; ello, a poco que se repare que esa cámara de seguridad no se encuentra en poder de la parte y que allí se ordena un secuestro, no una certificación de mensajes de whatsapp.

En ese mismo orden de ideas, tampoco debe soslayarse que la queja pasa porque el apelante entiende que no existen los elementos tecnológicos y herramientas que le permitan adjuntar la prueba en la oportunidad procesal pertinente; cuando es sabido que la certificación por secretaría obedece a la actividad jurisdiccional a partir de elementos incorporados o que resultan del expediente, pero no es la única vía para esa actividad, dado que ello en la esfera privada recae en la actividad notarial que reviste —por lo tanto— otro medio a su alcance para cristalizar la prueba.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Sala C de esta Cámara en los autos "B., N. U. c. T., M. V. s/ prueba anticipada", Expte.N° 3522172020 del 19/11/2020, donde —tal como sucede en la especie— el actor siquiera manifiesta no poder hacerse cargo de los gastos que ello pudiera demandar.

Así, la simple negativa de la existencia de otros medios para cumplir el cometido que pretende sea llevado a cabo por el servicio de justicia, no se erige como la crítica razonada necesaria para constituirse en agravio que amerite pronunciamiento.

Lo expuesto es demostrativo de la insuficiencia de la argumentación recursiva intentada, lo que sella la suerte del recurso y determina que la resolución que fue su objeto sea confirmada pues, se insiste, no hay razones para anticipar la producción de la prueba en cuestión del modo que se pretende.

Por lo hasta aquí expresado, se resuelve: confirmar la resolución del 29 de diciembre de 2020, con costas de alzada en el orden causado ante la falta de intervención de la contraparte. (conf. Art. 68, 2ª parte del ritual). El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y el pronunciamiento 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 vocalía número 27 se encuentra vacante. 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 Cód. Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado.* — *Juan P. Rodríguez.*

COMPETENCIA EN ACCIDENTES FERROVIARIOS

Caída de una persona al intentar subir al tren. Rechazo de la excepción de incompetencia opuesta por la demandada. Fuero civil. Disidencia.

1. — Todas las causas iniciadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que versen sobre acciones civiles y comerciales o por responsabilidad contractual o extracontractual, aunque la Nación o sus empresas y entidades autárquicas sean parte, siempre que deriven de accidentes de tránsito —inclusive el ferroviario—, caen bajo la competencia asignada actualmente al Fuero Civil de esta ciudad. No obsta a lo anterior la entrada en vigencia de la ley 26.944, pues esta no atribuye competencia a los tribunales del Fuero Federal **[1]**.

2. — Cuando el Estado nacional —o las sociedades del Estado— no aceptan la prórroga de jurisdicción a los tribunales ordinarios de la Ciudad, el Fuero Federal surge por razón de la persona en virtud de lo dispuesto por los arts. 116 de la Constitución nacional y art. 2°, inc. 6 y art. 12 de la ley 48; y por ello corresponde hacer lugar a la excepción de incompetencia planteada. Fundándose la pretensión en principios y normas del derecho civil y contractual, considero que corresponde remitir los autos al Fuero Civil y Comercial Federal por resultar *prima facie* prevalecientes los aspectos relativos al derecho privado sobre aquellos que conciernen al administrativo (del voto en disidencia de la Dra. Pérez Pardo).

CNCiv., sala L, 11/02/2021. - V. A. C. c. Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado (SOFSE) s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/1350/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, "B., M. A. c. UGOMS SA y otros s/ lesión y/o muerte pasajeros trans ferroviario", 02/02/2016, La Ley Online, AR/JUR/1454/2016.

COSTAS

Se distribuyen en ambas instancias en el orden causado.

64612/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 11 de 2021.

Vistos:

I. Estos autos fueron elevados en forma virtual a la Sala en virtud del recurso de apelación que interpuso "Operadora Ferroviaria Sociedad del Estado" contra la resolución mediante la cual la señora jueza de primera instancia desestimó la excepción de incompetencia deducida por la apelante, con costas. El Sr. Fiscal de Cámara propició la confirmación de lo resuelto en su dictamen del día 9 de febrero de 2021 (que remite al dictamen digitalizado el 08/02/2021).

II. La Sra. A C B promovió demanda por daños y perjuicios contra "Operadora Ferroviaria S.E." como consecuencia de la caída que habría sufrido el día 17 de septiembre de 2015, siendo aproximadamente las 21 horas al intentar subir a la formación en la estación "3 de febrero" de la Línea ferroviaria Urquiza.

En casos análogos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo primar la competencia *ratione materiae* del fuero Civil por sobre la competencia *ratione personae* que pudiera haber resultado procedente en eventos similares.

En efecto, nuestro más alto tribunal tiene dicho que todas las causas iniciadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que versen sobre acciones civiles y comerciales o por responsabilidad contractual o extracontractual y aunque la Nación o sus empresas y entidades autárquicas sean parte, siempre que deriven de accidentes de tránsito —inclusive el ferroviario—, caen bajo la competencia asignada actualmente al fuero Civil de esta ciudad (CSJN, Fallos: 306:1872/1876; ídem Competencia N° 77-XXIII).Esta sala entiende entonces que los agravios vertidos por la recurrente deben ser ahora rechazados (ver también precedente de este tribunal bajo recurso N° 570.445, expediente 65.716/2009, "Silva, Rodolfo A. y otros c. Ugofe S.A. s/ daños y perjuicios"; ídem expediente 64.043/2013, "González, Eliana G. c. Trenes de Buenos Aires SA s/ recurso de hecho"; ídem expediente 6727/11,"Guanca, Alejandro D. c. UGOFE SA y otros s/ daños y perjuicios" del 13/02/2015, entre muchos otros).

No obsta a lo anterior la entrada en vigencia de la ley 26.944, invocada por la recurrente, pues esta no atribuye competencia a los tribunales del fuero federal, ni la doctrina sentada por la Corte en el fallo "Corrales" pues, aún después de que aquella ley comenzará a regir y que se dictara el aludido fallo, la Corte federal mantuvo su postura en favor de la justicia en lo civil cuando se demanda por accidente ferroviarios (cfr. CSJN, "Vilar, Juan P. c. Unidad de Gestión Operativa Ferroviaria de Emergencia y otros s/ daños y perjuicios" (CIV 39.770/2012/CS1-CA2).

III. En cuanto a las costas de la incidencia, la Sala coincide con el apelante en que la jurisprudencia y la doctrina no son pacíficas respecto de la materia involucrada en el recurso.

Consecuentemente, corresponde admitir la pretensión recursiva en este aspecto y modificar la resolución apelada, distribuyendo las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68, 2° párrafo y 69, Cód. Procesal).

IV. Por todo lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Cámara, el tribunal resuelve: I) Confirmar la resolución dictada el 28/02/2020; II) Modificar la decisión respecto de las costas, distribuyéndolas en ambas instancias en el orden causado (arts. 68, 2° párrafo y 69 del ritual). Regístrese, notifíquese a las partes de conformidad con las Acordadas 31/11 y 38/13 de la CSJN y al Sr. Fiscal de Cámara, comuníquese al CIJ y devuélvanse. — *Marcela Pérez Pardo* (en disidencia). — *Gabriela A. Iturbide. — Víctor F. Liberman.*

Disidencia de la doctora *Pérez Pardo*:

En el caso concreto se persigue la reparación integral de los daños y perjuicios que se habrían generado en ocasión del contrato de transporte ferroviario. En el caso, se ha demandado a una sociedad del Estado, lo cual importa examinar el contrato celebrado.

En tal sentido, disiento con la solución propuesta por el Sr. Fiscal General, por cuanto considero que cuando el Estado Nacional —o las sociedades del Estado— no aceptan la prórroga de jurisdicción a los tribunales ordinarios de esta Ciudad, el Fuero Federal surge por razón de la persona en virtud de lo dispuesto por los arts. 116 de la Constitución nacional y art. 2 inc. 6 y art. 12 de la ley 48; y por ello corresponde hacer lugar a la excepción de incompetencia planteada, con costas por su orden (art. 69 Cód. Procesal) por tratarse de una cuestión dudosa de derecho, que se observa plenamente en la jurisprudencia, así como en autos.

Finalmente, fundándose la pretensión en principios y normas del derecho civil y contractual, considero que corresponde remitir los autos al Fuero Civil y Comercial Federal por resultar *prima facie* prevale-

cientes los aspectos relativos al derecho privado sobre aquellos que conciernen al administrativo. Dejo así sentada mi particular visión sobre el tema. — *Marcela Pérez Pardo.*

CADUCIDAD DE INSTANCIA

Omisiones imputables al tribunal. Rechazo.

1. — Resulta atendible el planteo que formula la recurrente contra la resolución que decretó la caducidad de instancia, en cuanto afirma que el trámite de la causa se hallaba pendiente de la providencia que dispusiera el traslado del art. 80 del Cód. Proc. Civ. y Com., en atención a no haberse proveído el escrito de inicio del beneficio de litigar sin gastos en los términos del art. 79.

2. — La omisión del juzgado de proveer la presentación realizada por la parte actora traduce la existencia de un deber legalmente impuesto al funcionario, desapareciendo así la carga de los litigantes de instar el procedimiento.

3. — La carga genérica de impulso de la instancia principal que recae sobre la parte actora, no se producirá la caducidad cuando los procesos estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al tribunal, o la prosecución del trámite dependiere de una actividad impuesta al secretario o al oficial primero.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 03/03/2021. - Luna, Romina Elizabeth s/ benef. de litigar s/g.

[Cita on line: AR/JUR/1511/2021]

82210/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 3 de 2021.

Considerando:

I. Que mediante el pronunciamiento del 27 de febrero de 2020, el señor Juez de primera instancia declaró de oficio la perención de la instancia en las presentes actuaciones (conf. arts. 310 y 316 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), en atención a que la actora no realizó actividad impulsoria alguna, lo que demostraba un evidente desinterés en la prosecución de la causa.

II. Que a través del recurso de fs. 5/8, la parte actora solicita que se revoque la resolución cuestionada, con sustento en que se encontraba pendiente de resolver —por parte del *a quo*— el traslado a la contraria en los términos del art. 80 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación Considera que la declaración fue precipitada, y destaca que en la causa principal no se encontraba trabada la litis, en tanto se estaba tratando la medida cautelar.

III. Que inicialmente, corresponde recordar que —según criterio reiterado por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación— la caducidad de la instancia es un modo anormal de terminación del proceso, cuyo fundamento reside en la presunción de abandono de la causa; motivo por el cual su interpretación debe ser restrictiva y la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter sin llevar con excesivo ritualismo el criterio que la preside más allá de su ámbito propio, lo que conduce a descartar su procedencia en casos de duda razonable (Fallos: 320:38; 324:1992; 325: 694; 326:4373; 327:3024; 329:3800, entre muchos otros).

Sentado ello, cabe destacar que la instancia es el conjunto de actos procesales que realizan las partes para obtener la decisión judicial de un litigio y que se suceden desde la interposición de una demanda o la petición que abre una etapa incidental, un proceso o la concesión de un recurso, hasta la notificación de la respectiva sentencia o resolución. Así, toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento dirigido a un juez para que satisfaga un interés legítimo de quien acciona es —en general— instancia y, a partir de ello, comienza para el actor la carga de impulsar el procedimiento (esta Sala, "Daponte, Jorge L. c. PFA— Comisaría 16 s/ hábeas data", del 26/07/2005; "Croce, Ana M. c. EN —M. Seguridad— PFA Dto. 2744/93 927/11 y otro s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.", del 01/10/2014, entre otros).

Sin perjuicio de ello y de la carga genérica de impulso de la instancia principal que recae sobre la parte actora, no se producirá la caducidad cuando los procesos "...estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al tribunal, o la prosecución del trámite dependiere de una actividad que este Código o las reglamentaciones de superintendencia imponen al secretario o al oficial primero." (conf. art. 313, inc. 3° del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

IV. Que en la especie, resulta atendible el planteo que formula la recurrente, en cuanto afirma que el trámite de la causa se hallaba pendiente de la providencia que dispusiera el traslado del art. 80, en atención a no haberse proveído el escrito de inicio del beneficio de litigar sin gastos en los términos del art. 79. Ello, sin perjuicio de que luego de la presentación del referido escrito, el Juzgado a fs. 3 —con fecha 06/12/2018— proveyó "Estése al estado de la cau-

sa principal" lo cual, en modo alguno, cumple con el deber impuesto al tribunal en el citado artículo 80 de la ley procesal; máxime cuando el artículo 78 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que el beneficio de litigar sin gastos se puede solicitar "en cualquier estado del proceso". De modo que, en la especie, aparece configurado el presupuesto obstativo del curso de la caducidad previsto en el art. 313, inc. 3° del Cód. Procesal.

En efecto, según lo dispuesto por el artículo 80 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, "...el juez ordenará sin más trámite las diligencias necesarias para que la prueba ofrecida se produzca a la mayor brevedad y citará al litigante contrario o a quien haya de serlo, y al organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia, quienes podrán fiscalizarla y ofrecer otras pruebas.

Sin embargo, la circunstancia referida *ut supra* —esto es, la omisión del juzgado de la anterior instancia de proveer la presentación realizada por la parte actora con fecha 4 de diciembre de 2018— traduce la existencia de un deber legalmente impuesto al funcionario, desapareciendo así la carga de los litigantes de instar el procedimiento.

En tales condiciones, la demora no le es imputable a la actora, pues el art. 80 del Cód. Procesal dispone claramente la actividad a seguir de modo que el impulso procesal no depende —en este caso— del litigante y la caducidad de instancia es improcedente por aplicación de lo dispuesto en el art. 313, inc. 3 del Cód. Procesal (arg., Sala V, "Astarsa SA — Se acumula al N° 11.469/92 EN c. Consorcio y otros c. Ministerio de Economía s/ juicios de conocimiento", del 18/04/2001; C. Nac. Com., Sala C, "Cooperativa de Viv. Cons. San Pedro c. Marchioni, Rubén s/ ordinario", del 11/12/2009; C. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 1, "Empresa Ferrocarriles Argentinos c. Stapler de Navarro, María Luisa y otros s/ incumplimiento de contrato", del 09/03/1993 y sus citas; Sala 3, "Toso, Juan A. y otros c. Estado Nacional— Ministerio de Economía s/ proceso de conocimiento", del 02/06/2011, esta Sala, "Rossetti, Humberto c. EN— M. Seguridad —PSA— Dto. 1190/09 y otro s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg.", del 30/06/2016; "Cayo, Manuel d. R. J. y otros c. EN - M. Justicia —Gnley 19.101— Dtos. 1082/73 s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg", del 23/03/2017; "BCRA — Resol. 252/00 c. Balbarrey, Eduardo F. s/ proceso de conocimiento", del 03/10/2017; "Mazza, Juan C. y otro c. EN-BCRA s/ proceso de conocimiento" del 03/09/2019 entre otros).

Por ello, se resuelve: hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora y, en consecuencia, revocar la resolución que declaró la caducidad de la instancia en las presentes actuaciones. A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional se hace constar que suscriben la presente dos vocales por hallarse vacante el tercer cargo. Regístrese, notifíquese y devuélvanse. — *Sergio G. Fernández.* — *Carlos M. Grecco.*

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

Notificación al domicilio electrónico ya constituido por el demandado en la causa principal de daños.

> Corresponde autorizar a la parte actora del beneficio de litigar sin gastos a notificar la citación a los demandados en los domicilios electrónicos que han sido constituidos en la causa principal de daños, pues no se advierte la ventaja ni la necesidad de demorar las actuaciones con el diligenciamiento de cédulas —inclusive en extraña jurisdicción—, propiciando lo que puede ser apreciado como un malentendido uso de recursos en la actual coyuntura.

CNCiv., sala M, 05/03/2021. - Loto, Jeremías Nicolás s/ beneficio de litigar sin gastos.

[Cita on line: AR/JUR/1612/2021]

93034/2019

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 5 de 2021.

Considerando:

I. La resolución adoptada en el presente beneficio de litigar sin gastos, mediante la cual se rechazó la petición de la parte actora de notificar la citación a los demandados —en los términos del art. 80 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— al domicilio electrónico ya constituido por aquellos en la causa principal de daños y perjuicios, motivó la presente apelación.

El memorial fue presentado el 16/12/2020. Allí se alegó que, dada la feria extraordinaria ocurrida durante el año próximo pasado que generó un gran retraso en el diligenciamiento de las cédulas en formato papel y existiendo aún medidas sanitarias vigentes, la notificación mediante cédula resulta un gran atraso en el trámite y el desplazamiento de un oficial notificador para dicha gestión, lo que atenta contra la seguridad sanitaria de varios intervinientes (diligenciadores y receptores).

II. Planteada así la cuestión se advierte que la queja, suficientemente bien fundada, debe ser atendida. Y ello es así toda vez que no se aprecia que con la ad-

misión de lo peticionado pudieran verse vulneradas garantías de los demandados. Mientras que un criterio en contrario solo podría afincarse en un excesivo rigor formal, alejado de los fallos señeros de nuestro más alto Tribunal que han dejado asentado que el proceso civil no debe ser conducido en términos estrictamente formales haciendo cumplir ritos caprichosos (CSJN, *in re* "Colalillo", del 18/09/2019, Fallos: 238:550; entre otros).

Es que si bien no se desconoce el carácter autónomo del beneficio de litigar sin gastos, sabido es que se trata de un juicio incidental formado para elucidar si podrán eximirse, quienes solicitan la franquicia, del pago de las costas generadas en el juicio principal al cual accede.

El Cód. Proc. Civ. y Comercial, en resguardo del principio de bilateralidad, ha asignado al trámite incidental del mismo carácter contradictorio, ya que frente al legítimo derecho de quien solicita la franquicia legal se ubica el de aquel contra quien se pretende hacer valer, ambos de raigambre constitucional (cfr.. Segunda Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Depto. Judicial La Plata Sala I *in re* "Chávez", sent. del 22/02/1995; "Biraben Scott", sent. del 30/10/2008). Así, se admite una intervención limitada del litigante contrario, en cuyo marco el orden ritual dispone que se lo cite en los términos del art. 80, quedando habilitado por conducto de dicha citación a formular oposición fundada, fiscalizar las audiencias de prueba y, eventualmente, aportar probanzas tendientes a desvirtuar los hechos invocados por el solicitante (cfr. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Depto. Judicial Quilmes, Sala II, sent. del 18/09/1998).

Frente a la comprobación de que la empresa demandada y su aseguradora se han presentado en la causa por daños y perjuicios, constituyendo domicilios electrónicos sus apoderados, a los que se propone notificar para anoticiarlos del inicio del beneficio y citarlos al control de la prueba a producirse en las actuaciones de referencia, no se advierte la ventaja ni la necesidad de demorar las actuaciones con el diligenciamiento de cédulas —inclusive en extraña jurisdicción—, propiciando lo que puede ser apreciado como un malentendido uso de recursos en la actual coyuntura.

Por lo demás, la notificación pretendida al domicilio constituido en la causa principal para la cual se inicia el beneficio, ha sido admitida jurisprudencialmente (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata (Buenos Aires) Expte. N° C-2979-DO1, "Establecimiento La Magdalena SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 07/02/2012).

Por las consideraciones que anteceden, deberá revocarse la providencia apelada y hacer lugar a la petición, debiendo transcribirse en la notificación a practicar la parte resolutiva del presente fallo que autoriza tal diligenciamiento.

Por ello el Tribunal resuelve: Revocar la providencia dictada el 10/12/2020. En consecuencia, autorizar a la parte actora a notificar la citación a los demandados en los domicilios electrónicos que han sido constituidos en la causa "Loto Jeremías c. Empresa San Vicente SAT y otros s/ daños y perjuicios" (Expte. 93.034/2019), debiendo agregar a las cédulas electrónicas a diligenciar el presente resolutorio. Costas de la alzada en el orden causado (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Gabriela A. Iturbide.*

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA

Víctima menor de edad. Amputación de falange. Legitimación pasiva. Incapacidad sobreviniente. Daño psíquico. Límite de la cobertura.

1. — Corresponde admitir la excepción de falta de legitimación pasiva respecto de la codemandada, ya que no solo no se ha indicado en la demanda en qué carácter se accionó en su contra, sino que no se ha aportado elemento alguno que justifique su carácter de demandada en el proceso.

2. — Más allá de haber sido la codemandada quien prestó el predio para que la fundación codemandada lleve a cabo el funcionamiento del hogar en cuestión, no surge de las constancias de la causa que exista algún tipo de vínculo entre este y la mencionada parroquia, ni que esta ejerciera ningún tipo de dirección o control a su respecto.

3. — 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, psíquicas o estéticas que surgen descrip-

tas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital.

4. — Toda vez que no se ha acreditado que quien padeció la amputación de su falange luego de accidentarse en una calesita de una casa hogar presente una secuela psíquica permanente a raíz del accidente, no corresponde fijar una indemnización por daño psíquico.

5. — El límite de cobertura —$2.240— establecido a favor de terceras personas implica desnaturalizar el instituto del seguro, afectando los derechos del damnificado deja de cumplir la función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente en casa hogar. Amputación de falange.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 3 años.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño psicológico: Tratamiento psicológico futuro: $48.000.

CNCiv., sala F, 06/04/2021. - C., J. S. y otro c. Caritas Argentina y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/6184/2021]

COSTAS

Se imponen al demandado y a la citada en garantía.

Expte. N° 84.106/2010

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 6 de 2021.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Galmarini* dijo:

I. Relataron los actores que el día 17 de abril de 2009 su hija menor de edad, M. A. I., se encontraba dentro del establecimiento "Hogar Casa del Niño Nuestra Señora del Puente", donde concurría diariamente para recibir el almuerzo y un servicio de guardería, cuando sufrió un accidente mientras jugaba en la calesita de dicho hogar. Que como consecuencia del infortunio la niña sufrió la amputación de la primera falange del dedo anular de la mano derecha.

Con fundamento en los hechos expuestos demandaron a "Caritas Argentina", "Casa del Niño Nuestra Señora del Puente", "Fundación Padre Obispo Jorge Novak" y quien resulte ser propietario o representante legal del hogar en cuestión.

Al contestar la demanda "Caritas Argentina" opuso excepción de falta de legitimación pasiva.

A fs. 225/242 se presentó "Parroquia Nuestra Sra. del Puente", oponiendo excepción de falta de legitimación pasiva. A fs. 273/274 manifestó que "Casa del Niño Nuestra Señora del Puente" es una persona inexistente ya que se trata de una denominación de fantasía. Que su parte ha prestado el predio que ocupa en la calle ... de la ciudad de Berazategui a la "Fundación Padre Obispo Jorge Novak" para "que alimente a menores de familias en riesgo, en aras de un programa con el Ministerio de Desarrollo Social".

Al dictar sentencia el Sr. Magistrado de primera instancia admitió las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por "Caritas Argentina" y "Parroquia Nuestra Señora del Puente". Hizo lugar a la demanda entablada contra "Fundación Padre Obispo Jorge Novak" a quien condenó a abonar a M. A. I. la cantidad de $330.000, a J. S. C. la cantidad de $3.000 y a R. M. I. la cantidad de $3.000. Ello más sus intereses y las costas del juicio.

Apelaron los actores y la Sra. defensora pública de menores. Los actores fundaron su recurso mediante la presentación obrante a fs. 804/814, cuyo traslado fue respondido a fs. 817/823. La Sra. defensora de menores de Cámara presentó su dictamen a fs. 831.

II. Excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por "Caritas Argentina" y "Parroquia Nuestra Señora del Puente".

Los actores y la Sra. defensora de menores de Cámara se agravian de que se hayan admitido las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por las referidas codemandadas.

Al responder el traslado de la demanda Caritas Argentina opuso la mencionada defensa alegando entre otras circunstancias que su parte no posee vínculo alguno con el hogar donde la menor sufrió el accidente que motiva estos actuados, y no tiene ningún tipo de injerencia en aquel. En el mismo sentido se defendió la "Parroquia Nuestra Señora del Puente", quien sostuvo que su parte se limitó a prestar el predio donde la "Fundación Padre Obispo Jorge Novak" desarrolla

un programa para alimentar a menores de familias en riesgo.

Luego de analizar la totalidad de las constancias obrantes en autos juzgo que asiste razón a las excepcionantes.

En cuanto a Caritas Argentina, cabe destacar que no solo no se ha indicado en la demanda en que carácter se accionó en su contra, sino que no se ha aportado elemento alguno que justifique su carácter de legitimada pasiva en este proceso.

Lo mismo cabe señalar de la codemandada "Parroquia Nuestra Señora de Puente". Más allá de haber sido quien prestó el predio para que la fundación codemandada lleve a cabo el funcionamiento del hogar en cuestión, no surge de las constancias de la causa que exista algún tipo de vínculo entre este y la mencionada parroquia, ni que esta ejerciera ningún tipo de dirección o control a su respecto.

Por el contrario ha quedado debidamente probado en autos que la institución a cargo del hogar a la fecha en que ocurrió el lamentable suceso que motivó este juicio era la codemandada "Fundación Padre Obispo Jorge Novak", conforme lo admitió la propia codemandada al contestar el traslado de la demanda y ello surge asimismo del instrumento obrante a fs. 179/180, mediante el cual la mencionada fundación en su carácter de institución a cargo de la "Casa del Niño Nuestra Señora del Puente" celebró con el Ministerio de Desarrollo Social de la provincia de Buenos Aires un convenio de cooperación para el funcionamiento del hogar.

Atento a lo expuesto voto por que se desestimen los agravios en estudio y se confirme este aspecto de la sentencia apelada.

III. Incapacidad psicofísica sobreviniente y daño estético:

Los actores y la Sra. defensora de menores de Cámara se agravian del importe fijado conjuntamente por incapacidad física y daño estético por considerarlo exiguo ($200.000). Asimismo, se quejan del rechazo del reclamo efectuado en concepto de incapacidad psíquica y del importe fijado por tratamiento psicológico ($30.000).

En concepto de incapacidad sobreviniente se resarce únicamente aquella merma permanente en la aptitud vital del ser humano, sin perjuicio de la procedencia de otros items que las lesiones temporarias padecidas pudieran haber generado, como gastos originados en los tratamientos o lucro cesante o la afección íntima que configure daño moral (CNCiv. Sala C, diciembre 10/1996, "Miño, Teodoro c. Pompiglio, Marta M. y otro s/ daños y perjuicios", L. 197.056). Esta partida abarca todo menoscabo en la vida, la salud e integridad o armonía física o psíquica de la persona humana, por lo cual se ha resuelto que el daño debe ser resarcido por tratarse de una disminución en la capacidad vital, aun en los casos en que esa merma o deterioro no dificulte la realización de tarea alguna (CNCiv. Sala C, agosto 31/1993, LA LEY, T. 1994-B, p. 613, fallo N° 92.215; id. Sala C, septiembre 25/1997, L. 214.716; id. junio 6/2002, "Maidana, Javier Y. c. Reina, Carlos E. y otros s/ daños y perjuicios", L. 342.607).

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, psíquicas o estéticas que surgen descriptas por el experto que importen una disminución en la capacidad vital (conc. CNCiv. Sala C, septiembre 20/1999, "Huaman, María de la C. c. Micro Ómnibus Norte SA s/ daños y perjuicios", L. 258.943; CNCiv. Sala F, febrero 17/2012 "Moreno, José N. c. Caniza, Julio R. s/ daños y perjuicios" L. 584.684; id. Sala F, mayo 27/2013, "Núñez, Stela M. c. Microómnibus Ciudad de Buenos Aires SATCI (Línea 59) y otros s/ daños y perjuicios" L. 608.284).

A fs. 504 obra copia de la constancia de atención médica de la menor en el hospital "Evita Pueblo", en la cual se consignó: "Amputación traumática de falange distal dedo...mano derecha"... "Se deriva por su obra social... (ilegible)".

A fs. 355 el director médico del "Centro Gallego de Buenos Aires" informó que el día 17 de abril de 2009 la menor M. A. I. fue asistida en dicho nosocomio. En ese informe consignó: "paciente femenino de 3 años de edad que a las 13.30 hs., jugando en el jardín con calesita se amputó falange distal del dedo anular de la mano derecha, siendo asistida en el Hospital Evita donde se le realiza anestesia local, rx de mano derecha y vendaje, es trasladada a esta institución por si obra social". También se adjuntó copia de la historia clínica pertinente (fs. 356/371).

La perita médica refirió: "Según constancias de autos la niña se interna en el Centro Gallego el día 17/04/2009, con diagnóstico de amputación traumática a nivel de la falange distal del dedo índice derecho con sección de extensor. Se efectuó inmediatamente a su ingreso toilette quirúrgica que consistió en curetaje óseo, reconstrucción de muñón con colgajo

deslizante, enclavijado por sección del tendón extensor, tenoplastía y posterior cura plana. La niña es dada de alta institucional el 18/04/2009 con antibióticos y analgésicos y posteriores controles ambulatorios por traumatología. Su evolución posterior fue satisfactoria" (fs. 635).

Seguidamente la profesional informó: "Si bien la resolución de la patología se efectuó rápidamente, la pérdida de la falange es definitiva y permanente, dejándole como consecuencia de ello secuelas estéticas y funcionales que padecerá de por vida. Dichas secuelas permiten estimar la incapacidad de manera parcial, permanente y definitiva, desglosándose a continuación los mencionados porcentajes. Por amputación de falange distal del dedo índice derecho, lado dominante, 5,0 % "(fs. 635/ vta.). Señaló que "las secuelas descriptas no son evolutivas, no pudiendo ser modificadas en forma sustancial por los tratamientos médicos o kinesiológicos que se efectúen" (fs. 635 vta.).

En lo atinente al aspecto psíquico el perito psiquiatra informó que "la actora M. A. I. no presenta en la actualidad una patología psiquiátrica. No presenta incapacidades de causa psicopatológica. Se encuentra psiquiátricamente compensada"..."Se infiere en el pasado según anamesis el diagnóstico de TEPT infantil de aparición cotemporal al accidente sufrido, con el que guarda un vínculo de causalidad directa. Este trastorno evolucionó favorablemente hasta la restitución, aunque algunos síntomas actuales tales como timidez, vergüenza por su mutilación y una leve inhibición en lo social perduran, determinando un sufrimiento anímico pero sin constituir actualmente un trastorno" (fs. 727/ vta.).

Seguidamente recomendó la realización de una psicoterapia individual con una frecuencia semanal durante no menos de un año, para ayudar a la elaboración de su mutilación en el ya de por si complicado tránsito de su adolescencia. Además, indicó la realización de sesiones mensuales familiares (fs. 727 vta.).

El peritaje fue impugnado por la actora a fs. 735/736. El perito respondió explicando que "no todo trastorno psíquico es daño psíquico" y que "no deben considerarse como 'daño psíquico' los síntomas psíquicos aislados que no constituyen una enfermedad". Refirió que "se infiere que la niña si ha tenido un trastorno psiquiátrico en su niñez, el TEPT infantil ha evolucionado favorablemente...". "Pero en el examen actual solo se constata la presencia de un síntoma aislado: la vergüenza, que no constituye por sí solo un trastorno, no es una enfermedad mental. La actora no presenta en la actualidad un síndrome psiquiátrico coherente que permita el diagnóstico médico legal de daño psíquico" (fs. 740/ vta.).

También informó que "la indicación de una psicoterapia obedece a un criterio preventivo, frente a la conmoción biológica y social que supone normalmente la pubertad, teniendo en cuenta el cuadro psicopatológico padecido en la niñez. Es la expectativa que mejore su vergüenza, pero no puedo de ninguna manera afirmarlo" (fs. 241).

Atento a ello y toda vez que no se ha acreditado que la actora M. A. I. presente una secuela psíquica permanente a raíz del accidente de autos no corresponde fijar una indemnización por daño psíquico.

El grado de incapacidad asignado por los peritos constituye un porcentual que debe ser considerado dentro del contexto general de la prueba, y conjugarlo con las condiciones personales de la víctima, para así determinar un importe que represente la justa reparación de los perjuicios irrogados al damnificado.

En definitiva, valorando la totalidad de las circunstancias apuntadas precedentemente, la secuela permanente verificada por la perita médica, así como el daño estético existente como consecuencia de la lesión sufrida por la menor, ponderando la edad que tenía esta última al momento del infortunio (3 años) juzgo que el importe fijado por esta partida no resulta exiguo por lo que propicio su confirmación. Asimismo, propongo confirmar la sentencia apelada en cuanto se rechazó el reclamo en concepto de "daño psíquico" y voto por elevar el importe fijado en concepto de "tratamiento psicológico futuro" la cantidad de $48.000.

IV. Gastos de asistencia médica, curación, farmacia, traslados y movilidad:

Se agravian los coactores del importe fijado por esta partida ($6.000 para cada uno de los progenitores de la menor) por considerarlo insuficiente.

He sostenido que estos gastos no requieren prueba efectiva de los desembolsos realizados, cuando la índole de las lesiones sufridas a raíz del accidente los hace suponer. Sin embargo, el reintegro de los gastos no documentados de ninguna manera puede ascender a cantidades considerables, ya que, como se ha dicho, estos rubros son procedentes aun sin contar con prueba documental específica, en razón de la escasa magnitud o entidad económica que suponen tales erogaciones y también por la transitoriedad que tienen los mismos (conf.CNCiv., Sala "F", noviembre 1/2010, "Garbini, Ana c. Autopistas Buenos Aires La Plata s/ daños y perjuicios", L.551.887).

Sentado ello, teniendo en cuenta las características de la lesión que sufrió la hija de los actores con motivo del accidente de marras y los tratamientos médicos

que se le efectuaron, juzgo que el importe fijado por el magistrado a favor de cada uno de los progenitores para resarcir este rubro resulta adecuado por lo que propongo su confirmación.

V. Daño moral:

La parte actora y la Sra. defensora de menores de Cámara se agravian por considerar insuficiente el importe fijado por esta partida a favor de M. A. I. ($100.000).

El resarcimiento del daño moral exige tomar en consideración los dolores y padecimientos del damnificado a partir del accidente sufrido, el tiempo de convalecencia hasta su restablecimiento, y las demás repercusiones anímicas que provocaron las lesiones inferidas. Si bien no es susceptible de prueba directa, cabe presumir el daño moral *in re ipsa* por las características del hecho y la índole de los perjuicios sufridos (Conf. CNCiv. Sala "F", septiembre 23/2011, "Cardozo, A. c. GCBA s/ daños y perjuicios" L. 575.510).

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.

Se ha resuelto que la suma a establecer por este rubro no colocará a la actora en la misma situación que se encontraba 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.

Teniendo en cuenta la índole del accidente que motivó este proceso, la lesión sufrida por la menor en su consecuencia, así como la secuela física y estética verificada por la perita médica, juzgo que el importe fijado por el sentenciante para resarcir la partida en estudio resulta adecuado por lo que propicio su confirmación.

VI. Límite de cobertura opuesto por la aseguradora citada en garantía:

La parte actora y la Sra. defensora de menores de Cámara se agravian por cuanto en la sentencia se dispuso que la condena se hace extensiva a la aseguradora citada en garantía en la medida del seguro contratado.

En el caso, "Provincia Seguros SA" opuso como límite de cobertura la suma de $2.240.

La actora se opuso a su aplicación a fs. 327/328.

El derecho de la damnificada a cobrar a la aseguradora citada en garantía la indemnización establecida contra la asegurada, se sustenta precisamente en el citado art. 118 de la ley de seguros, según el cual la sentencia que se dicte "hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro". La jurisprudencia ha resuelto: "Cuando la aseguradora es citada en garantía, la sentencia será ejecutable contra ella 'en la medida del seguro', esto es en los límites y con los alcances de la cobertura asumida por la empresa... ya que su derecho se circunscribe —en este aspecto— a las modalidades del contrato de seguro que vincula a la parte demandada y a la citada en garantía" (CNCiv. Sala I, octubre 3/1996, "Olea de Barrera, María A. c. Alonso, Raúl O." Expte. 89.185, voto del Dr. Fermé; en el mismo sentido CNCiv. Sala "F", octubre 20/2014, "Calicchio, C. c. OSDE s/ daños y perjuicios" Expte. N° 71.665/2005).

Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que el límite de cobertura de $2.240 establecido en la póliza en cuestión y que data de septiembre del año 2009 (fs. 300), se encuentra sin dudas desactualizado.

Cuando, como ocurre en el caso, el límite de cobertura establecido a favor de terceras personas implica desnaturalizar el instituto del seguro, afectando los derechos del damnificado deja de cumplir la función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización.

Lo irrazonable y abusivo de establecer un límite tan bajo para daños a terceros damnificados por muerte o incapacidad no puede ser aceptado (esta Sala en Expte. N° 39.300/2013 "González, José c. Gandini, Enrique y otros s/ daños y perjuicios del 11 de julio de 2013 y sus citas).

En consecuencia, propongo que se admitan los agravios en estudio y se declare inoponible a la parte actora el límite de cobertura de $2.240 opuesto por "Provincia Seguros SA".

Por los fundamentos expuestos voto por que se modifique la sentencia apelada fijando por "tratamiento psicológico" la cantidad de $48.000 y declarando que resulta inoponible a la parte actora el límite de cobertura de $2.240 opuesto por la aseguradora citada en garantía. Asimismo, propongo que se confirme el pronunciamiento en lo demás que ha sido materia de agravios. Con costas de alzada a cargo de la demandada condenada y de la aseguradora citada en garantía.

Por razones análogas a las aducidas por el vocal preopinante los doctores *Posse Saguier* 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 modifica la sentencia apelada fijando por "tratamiento psicológico" la cantidad de $48.000 y declarando que resulta inoponible a la parte actora el límite de cobertura de $2.240 opuesto por la aseguradora citada en garantía. Asimismo, se confirma el pronunciamiento en lo demás que ha sido materia de agravios. Con costas de alzada a cargo de la demandada condenada y de la aseguradora citada en garantía. Notifíquese y devuélvase. — *José L. Galmarini. — Fernando Posse Saguier. — Eduardo A. Zannoni.*

SEGUROS

Comentarios Jurisprudenciales

SEGURO DEL AUTOMOTOR

Incumplimiento del contrato. Póliza. Límite de la cobertura. Relación de consumo. Daño moral. Disidencia parcial.

Con nota de Fernando Babot

1. — La sentencia de primera instancia al obligar a la aseguradora para afrontar el pago de los daños reclamados por el asegurado, más allá del límite que emerge de la póliza con el único argumento de la "mora" en el pago de la suma asegurada, implica una violación de su derecho de propiedad.

2. — La obligación del asegurador tiene naturaleza meramente "contractual"; y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos ante la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro en que se comprometió el asegurador a responder según las condiciones convenidas. Y no es posible imponer obligaciones a la aseguradora más allá de los términos pactados en la póliza, pues la ley establece que el contrato es la fuente de sus obligaciones, en el cual se determinan los alcances y límites de la garantía debida.

3. — La relación contractual habida entre el tomador y la compañía aseguradora en los términos de la ley 24.240 no resulta fundamento suficiente para anular el límite de la cobertura, ya que era menester a tal fin ponderar la racionalidad de las cláusulas referidas para delimitar el riesgo propio del contrato y determinar la prima.

4. — Si bien en el escrito de ampliación de demanda se alegó que la cláusula de la póliza que establece el no pago de "lucro cesante" resulta abusiva, aun cuando se considere que la contratación del seguro de responsabilidad civil con límites sea un contrato de consumo, no se ha probado ni justificado en la sentencia impugnada cuál sería el desequilibrio significativo y manifiesto entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, que permita declarar a dicha cláusula y a la que establece la imposibilidad de reclamar por "privación de uso" como abusivas.

5. — No puede admitirse el reclamo del daño moral por la demora del acreedor prendario en firmar el Formulario 04 de baja del registro, porque tal circunstancia no fue la causa de su reclamo. Tampoco puede examinarse si la privación de uso le causó daño moral, porque no fue planteado al primer sentenciante.

6. — El contrato de seguro de responsabilidad civil con límite es para el asegurado un contrato con claro contenido patrimonial, pero su incumplimiento injusto podría generar un daño moral. Es que el actor, luego de la fecha en que le fue reconocido el siniestro por la aseguradora, debió esperar un poco más de un año para percibir la indemnización que le correspondía (del voto en disidencia parcial del Dr. Pagés Lloverás).

CCiv., Com. y Minería, San Juan, sala II, 29/09/2020. - Agüero Varela, Federico Daniel c. HSCB La Buenos Aires Seguros SA s/ incumplimiento de contrato.

[Cita on line: AR/JUR/42839/2020]

COSTAS

Se imponen al actor.

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

La limitación de la responsabilidad civil contractual del asegurador incumplidor

Fernando Babot (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El régimen legal aplicable: defensa del consumidor.— III. El lucro cesante y la privación de uso.— IV. Un par de detalles finales.

I. Introducción

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de la Ciudad de San Juan en autos "Agüero Varela, Federico Daniel c. HSBC La Buenos Aires Seguros SA s/ incumplimiento de contrato" resolvió la cuestión en un fallo del 29/09/2020 —con el Dr. Roberto M. Pagés Lloveras como presidente y preopinante— que deja mucha tela para cortar en más de un aspecto.

En apretada síntesis, introduzcámonos al caso diciendo que el Tribunal consideró probado que la aseguradora demandada incurrió en mora (y por ende en incumplimiento contractual) al indemnizar la destrucción total por accidente del vehículo objeto del seguro más de un año después de haber reconocido el derecho del asegurado a tal crédito. A partir de ahí, los segmentos del fallo que nos parecen susceptibles de análisis pasan por el régimen legal aplicable y fundamentalmente por los rubros indemnizatorios admitidos; más allá de alguna cuestión terminológica que con todo respeto nos atrevemos a corregir al final.

II. El régimen legal aplicable: defensa del consumidor

En nuestro país, la circunstancia de demandar o citar en garantía a una compañía de seguros suele generar en la parte actora la tentación de invocar la aplicabilidad del microsistema jurídico de defensa del consumidor, independientemente de si el reclamante es un tercero víctima de un accidente de tránsito o (como en este caso) una persona que utilizaba su vehículo —y por tanto el contrato de seguro sobre este— como integrante de una "actividad claramente productiva" (sic) como lo resolvió el juez de grado al excluir la aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) 24.240 y sus modificaciones.

Por las dudas, recordemos que ya el art. 1º de la ley determina que para ser considerado "consumidor" el sujeto debe ser usuario o consumidor (valga la redundancia) de "bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Ahora bien, la Cámara no se manifestó expresamente sobre el agravio de la actora referido a la aplicabilidad del régimen, pero lo aceptó tácitamente al justificar los motivos por los cuales no consideraba que este no había sido vulnerado en el caso. Por nuestra parte, nos parece poco razonable pensar que un Fiat Fiorino del tipo furgón (típico vehículo de carga, sin asientos traseros) no haya tenido una utilidad comercial o industrial.

Pero antes de regresar al fallo, permítasenos reiterar nuestra opinión de que la ausencia en un caso, de la especial protección de la normativa de defensa del consumidor no significa automáticamente el desamparo de la actora ante los abusos de su aseguradora. Recordemos a modo de ejemplo, por un lado, que mientras el art. 1110 del Cód. Civ. y Com. (2015) otorga al consumidor

(*) Abogado. Especialista en derecho de daños. Maestrando en Administración de Empresas (MBA). Gerente de compañías de seguro. Docente de posgrado en la UNT y en la USP-T. Docente del Centro Federal de Capacitación.

un plazo de 10 días para revocar los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial (como muchos de los intermediados por productores asesores de seguros), el art. 12 de la Ley de Seguros 17.418 (1967) concede 30 días para los casos de diferencia entre la propuesta de seguro y la póliza recibida. Por otro lado, al comentar el fallo "Rizzelli vs. Liderar" de la Sala B de la Cámara Nacional Comercial mostramos cómo aun sin la tutela de la LDC su "espíritu proteccionista y el principio *favor debilis* extienden su amparo efectivo incluso a relaciones jurídicas que legalmente no son de consumo"; en aquel caso, extrayendo del principio de la ubérrima *bonae fidei* del contrato de seguro consecuencias tutelares muy similares a las de aquel régimen **(1)**.

En "Agüero Varela vs. HSBC", entonces, el Tribunal aceptó la aplicabilidad de la ley 24.240 al contrato de seguros que amparaba la Destrucción Total por Accidente del furgón, y se prestó a sopesarla frente a la ley 17.418 para resolver la que creemos fue la cuestión más interesante de las planteadas.

III. El lucro cesante y la privación de uso

Ya hemos visto que, para la Cámara, la aseguradora había incurrido en mora al indemnizar tardíamente el siniestro, y dado que no contamos con el expediente sino con el fallo, no podemos analizar en el caso el juego de los plazos de los arts. 46 y 56 de la ley 17.418 **(2)** y opinar sobre esta conclusión. Por ende, la daremos por válida.

No hay dudas entonces de que el asegurador incurrió en responsabilidad civil contractual al incumplir su obligación de "pagar al asegurado por daños por accidente total, al valor de venta al público al contado en plaza al momento del siniestro de un vehículo de igual marca, modelo y características, con más los impuestos, tasas y contribuciones que pudieran corresponder, todo ello hasta la suma asegurada", tal cual cita el fallo en análisis la cláusula aplicable del contrato de seguro.

Ahora bien, el mismo acuerdo de voluntades sostiene que "el asegurador se obliga a resarcir, conforme al presente contrato, el daño patrimonial que justifique el asegurado, causado por el siniestro, sin incluir el lucro cesante" y también que "el asegurador no indemnizará los perjuicios que sufra el asegurado por la privación de uso del vehículo, aunque fuera consecuencia de un acontecimiento cubierto" **(3)**. A pesar de ello, el Juez de grado concedió a la actora la indemnización por ambos rubros (privación de uso y lucro cesante), lo que motivó el agravio de la aseguradora condenada; el cual se basa fundamental-

(1) En "Rizzelli, Rubén Omar vs. Liderar, Compañía General de Seguros SA s/Ordinario", la aplicación del régimen de Defensa del Consumidor estaba descartado por tratarse el vehículo siniestrado de un rodado utilizado comercialmente, y el conflicto también versaba respecto de la indemnización por la pérdida de este; aquella vez por robo total. Y en la oportunidad dijimos que "A nuestro parecer el Tribunal utilizó el universal concepto de la ' buena fe ' (extrema en el contrato de seguros) para traer al juicio los elementos proteccionistas de la LDC. Veámoslo claramente en estos extractos del fallo (...): 1) ' Si como lo anticipara el contrato de seguro es una relación de ubérrima bona fidei (...) debemos ser más exigentes con el asegurador por tratarse de un profesional en la materia' ; (...) 2) ' Ergo, este es quien deberá adoptar los recaudos necesarios, brindar y exigir interpretación adecuada...' ; 3) ' ...Y de ese modo evitar interpretaciones incorrectas por parte de los neófitos que aceptan una invitación a contratar sin demasiadas precisiones' ". (Fernando Babot, "La Protección No Consumerista en Seguros", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones Nº 278, Mayo/ Junio 2016, Ed. La Ley).

(2) El juego de ambas normas establece un plazo de 30 días para que el asegurador se expida sobre los derechos del asegurado en relación con el siniestro; término que puede verse interrumpido sólo por el pedido que aquel le haga a este de información o documentación faltante y determinante para establecer el deber de la compañía de indemnizar o no, y la magnitud de esa indemnización. Cumplido el pedido por parte del asegurado, el plazo de 30 días vuelve a computarse desde inicio y una vez vencido sin que el asegurador haya comunicado la falta de cobertura del siniestro, este deberá ser atendido por esta en un término de 15 días.

(3) Entiéndase por "privación de uso" el rubro indemnizatorio que resarce los gastos de movilidad incurridos por el damnificado al no tener a disposición el medio de transporte dañado por el evento, y por "lucro cesante" la pérdida de una ganancia concreta futura o de la cancelación de una deuda. Ambos rubros serían mutuamente excluyentes entre sí si el medio de transporte hubiera sido reemplazado por otro —y los gastos de ello reparados por "privación de uso" — en su función generadora de lucro (con lo cual no habría existido "lucro cesante"), pero no si los traslados contratados no incidieron en la vida laboral o comercial de la víctima sino solo en su ámbito personal. Creemos que este debe haber sido el caso para que el Juez de primera instancia haya concedido ambos ítems.

mente en aquella limitación de índole contractual. Y este es el punto central de nuestro análisis del fallo.

Dicho esto, creemos que hay dos formas de resolver la cuestión de la privación de uso y el lucro cesante por el incumplimiento contractual del asegurador: dentro del sistema de defensa del consumidor y fuera de este.

III.1. Desde defensa del consumidor

Ya anticipamos que la Cámara decidió que la ley 24.240 era aplicable al caso, a pesar de que el vehículo siniestrado se trataba de un furgón. El problema para la actora fue que este encuadre no la ayudó en absoluto a retener los rubros "lucro cesante" y "privación de uso" con los que llegó a la alzada. Por un lado, el Tribunal defendió el contenido de la póliza invocando las consideraciones sobre el respeto a la "medida del seguro" de la Corte Suprema (CS) en "Buffoni vs. Castro" **(4)**, recordando que, en caso de contradicción de una norma del derecho de seguros con otra del derecho del consumidor, debía prevalecer aquel régimen; pues si bien la ley 24.240 era posterior a la ley 17.418, esta constituía un sistema jurídico específico frente al ámbito más general del de aquella.

Pero no le bastó a la Cámara hacer prevalecer el contrato de seguro frente a la tutela consumerista en caso de colisión de ambos, sino que incluso descartó que tal enfrentamiento existiera en el caso. Por un lado, sostuvo que no se advertía que la cláusula que vedaba la reparación del lucro cesante sea abusiva **(5)**, por no haberse justificado "cuál sería el desequilibrio significativo y manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes". Por otro, recordó que los planes de seguro con sus elementos técnicos y contractuales son previamente aprobados por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN), asumiendo la fiabilidad de tal control administrativo en la póliza afectada. Y como si esto fuera poco, recordó el muy interesante voto del Dr. Rosenkrantz en "Flores, Lorena Romina c. Giménez, Marcelino Osvaldo y otro s/ daños y perjuicios" (CS 678/2013) y su análisis sobre la relación entre el cálculo de las primas y la "medida del seguro"; tutelada como dijimos por la SSN.

En síntesis, para la Cámara en el caso había una relación de consumo, pero no una cláusula abusiva que habilite a modificar por el Tribunal el contrato de seguro, teniéndola por no escrita. Y si hubiera adoptado la conclusión contraria (es decir, si se consideraba a la cláusula que vedaba el lucro cesante como abusiva), tal vez aun la pretensión del asegurado habría tenido que pasar por el filtro de la doctrina "Buffoni" sobre el respeto a la "medida del seguro".

III.2. Desde el Código Civil y Comercial

Pero el caso podría —y, con todo respeto, debería— haberse resuelto de otro modo, aun sin el apoyo de la LDC.

Para empezar, la normativa de protección al contratante débil está muy bien sistematizada en el Código Civil y Comercial, al discriminar los distintos niveles de esta clasificando los contratos en "paritarios", "de adhesión" y "de consumo": en los primeros, las partes (supuestamente) disponen ambas de las llamadas "libertad de contratar" y "libertad de contratación", es decir que pueden decidir si van a contratar o no, y en tal caso negociar las condiciones del pacto; en los segundos puede haber o no libertad de contratar, pero una de las partes habrá redactado las condiciones generales a las cuales la otra debe someterse; mientras que en los terceros existe una relación de consumo formada por un consumidor y un proveedor en los términos de la LDC.

Dentro de estos tres niveles de protección para el contratante, en la categoría de los "Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas" (o "contratos de adhesión"), el art. 988 del Cód. Civ. y Com., reproduce casi textualmente el art. 37 de la LDC estableciendo como "cláusulas abusivas" las que "desnaturalizan las obligaciones del predisponente", las que "importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predispo-

(4) CS, "Buffoni, Osvaldo Omar vs. Castro, Ramiro Martín s/Daños y Perjuicios", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año XVI, Nº 10, octubre 2014, con notas de Waldo Sobrino y Fernando Babot.

(5) Art. 37 de la LDC: "Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (...)".

nente que resultan de normas supletorias" y las que "por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles". Descartada la aplicabilidad al caso de estas últimas (las llamadas "cláusulas sorpresivas", no contenidas en la LDC), corresponde analizar si la norma del contrato de seguro que veda la indemnización por "lucro cesante" y "privación de uso" es o no abusiva por "desnaturalizantes" o "restrictivas" a favor del predisponente (el asegurador).

Por fuera de la LDC debemos coincidir en principio con la Cámara en la conclusión que esta tomó por dentro de esta, pues entendemos que es perfectamente válido que el asegurador aclare contractualmente que no indemnizará el lucro cesante ni la privación de uso sufridos por el asegurado como consecuencia de la pérdida total de su vehículo. Simplemente tengamos en cuenta que el objeto asegurado es un bien particularmente individualizado en la póliza (el automóvil), y que la transferencia que el asegurado le hace a su compañía de las consecuencias del riesgo (el siniestro) se limitan al valor de este al momento de ese evento dañoso. De hecho, difícilmente el asegurado (consumidor para el tribunal) haya entendido al contratar que le corresponderían —además de aquella suma de dinero— los otros dos rubros que sí exigió en juicio.

En este punto la "medida del seguro" resulta inalterable, y el argumento del fallo sobre el control de legalidad previo que la SSN efectúa al aprobar los planes de seguro que comercializarán las compañías, no suma demasiado; sobre todo a partir del art. 989 del Cód. Civ. y Com., que categóricamente establece: "La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial". A lo sumo, la resolución general aprobatoria de las condiciones de póliza gozará de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, pero no mucho más que eso: si habilitó cláusulas abusivas (que se consideran tales en un caso concreto en litigio), deberán tenerse por no escritas.

Hasta aquí nuestras diferencias con el fallo no tienen entidad suficiente que justifique el presente trabajo. Pero la gran cuestión que nos separa es el hecho de que el asegurador incurrió en incumplimiento contractual, y pretendía (y lo logró) que la "medida del seguro" le evite una indemnización plena por los daños y perjuicios derivados de su mora. La Cámara, así, entendió que la única consecuencia que debía sufrir la compañía por no haber cumplido con sus obligaciones contractuales eran los intereses y costas; además del daño moral. Y respecto de este último nos cabe una duda: ¿qué hubiera pasado si su reparación hubiera estado también contractualmente vedada como las del lucro cesante y la privación de uso? Siguiendo la lógica de la sentencia podríamos decir que la aseguradora "se durmió" en este punto al redactar para la SSN el plan de cobertura para su seguro automotor...

Pero volvamos a los rubros que sí estaban excluidos de indemnización. ¿Es legal, razonable —y de última, justo— que el predisponente pueda escudarse en el propio contrato que incumplió para no indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios derivados de aquel incumplimiento? Veamos.

III.2.a. La limitación de la responsabilidad por daños como límite de cobertura

Una de las diferencias entre el art. 37 de la LDC (aplicable a los contratos de consumo) y el art. 988 del Cód. Civ. y Com. (aplicable a los contratos de adhesión) es que entre los ejemplos de "cláusulas abusivas" que aporta el primero están las que "limiten la responsabilidad por daños", que no aparecen en el segundo. Una conclusión posible diría que en los contratos de adhesión que no sean de consumo, el predisponente sí podría establecer que en caso de incumplimiento contractual de su parte no adeudará una reparación integral. Otra distinta —que compartimos— sostendría que la enumeración de los arts. 37 y 988 no es taxativa sino meramente enunciativa, que la limitación de la responsabilidad por daños también está prohibida en los contratos de adhesión, o que —de todos modos— una cláusula tal calificaría igualmente como abusiva por ser "desnaturalizante" o "restrictiva" de los derechos del no predisponente.

Pero de un modo u otro, a primera vista parecería que lo que hizo el asegurador en el contrato de seguro autorizado por la SSN fue exactamente eso: limitó su responsabilidad por daños ante un eventual incumplimiento de su parte, anticipando que no indemnizaría lucro cesante ni privación de uso. Podría pensarse que dentro del régimen consumerista no hay otra forma de encua-

drar esa cláusula que no sea en el marco del art. 37, pues esta ataca específicamente a la norma contractual que pretenda apartar al proveedor de su responsabilidad por los daños causados al consumidor por su producto o servicio defectuosos **(6)**.

Sin embargo, lo cierto (al menos para nosotros) es que en el contrato de seguro automotor la norma consensual que sustrae al lucro cesante y a la privación de uso de la prestación a cargo del asegurador no encuadra en el art. 37 de la LDC, pues lo que está haciendo es simplemente limitar el riesgo asumido por el asegurador (más específicamente, las consecuencias económicas de ese riesgo). Pero si tal obligación contractual originaria de la compañía no es proporcionada tal como se convino, se le sumará otro deber civil más que es el de reparar los daños derivados de tal incumplimiento.

En otras palabras, si la prestación convenida se brinda en tiempo y forma, no habrá daño indemnizable pues el cliente del asegurador habrá recibido lo que le fue comprometido (y si en ese compromiso se incluyeron otras cláusulas abusivas estas deberán ser declaradas nulas), pero para que opere la específica causal de "limitación de la responsabilidad por daños" debe haber un incumplimiento; caso contrario la pretensión de nulidad sería abstracta **(7)**. O sea que si aquello no ocurre y la compañía incurre en mora (como en el caso) al cumplimiento contractual deberemos sumarle la indemnización por daños, y en el marco de esta ninguna limitación resarcitoria contractual podrá ser válida.

De todos modos, la alzada en el fallo que nos ocupa sí encuadró el caso en la LDC, pero omitió expedirse sobre este tipo específico de cláusula abusiva; por lo que nosotros —que seguimos creyendo que el contrato de seguro automotor sobre un furgón prácticamente obliga a salirse del régimen consumerista— vamos por la otra vía, la del Código Civil y Comercial. Y en ese marco terminaremos de desarrollar en detalle el argumento del párrafo anterior.

III.2.b. Obligación original vs. obligación de valor

Ya vimos que la obligación contractual del asegurador en caso de destrucción total, por accidente del vehículo asegurado, era la entrega al asegurado de una suma de dinero equivalente al valor de venta al público de contado en plaza al momento del siniestro, de un rodado de igual marca, modelo y características, con más los impuestos, tasas y contribuciones que pudieran corresponder; todo ello hasta la suma asegurada. También vimos que el presupuesto de hecho para la aplicación de tal norma (el siniestro) efectivamente se produjo y que la compañía incurrió en mora en el cumplimiento de su deber.

(6) Existen muchos ejemplos de nulidades judicialmente declaradas contra este tipo de cláusulas, dentro y fuera del seguro. Así, en "PLA Cárdenas, Ramón c/ All Season SRL s/ Ordinario". Cámara Comercial: Sala D, "Heredia - Dieuzeide - Vassallo. 06/02/08" se decidió inaplicable la exoneración anticipada de responsabilidad del operador turístico que pretendía no asumir las consecuencias de prestaciones defectuosas de los servicios turísticos vendidos; en "Varela, Viviana c/ Bankboston SA s/ Ordinario". Cámara Comercial: Sala C, "Ojea, Quintana - Monti - Caviglione Fraga. 6/11/07" se hizo lo propio con la pretensa exoneración de responsabilidad de un banco por la deficiente prestación del servicio de cobro de un cheque girado contra un banco extranjero; y —como en muchos otros casos— en "Omega Cooperativa de Seguros LTDA. c/ Carrefour Argentina SA s/ Ordinario". Cámara Comercial: Sala A, "Uzal - Miguez. 10/11/06" se tuvo por no escrita la cláusula liberatoria de responsabilidad de un supermercado respecto de los daños a los vehículos aparcados en su estacionamiento. Antecedentes extraídos el 09/12/2020 de http://www.proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10-58/80-proconsumer/239-art-37

(7) Un correcto análisis del contrato de consumo en búsqueda de cláusulas abusivas debería hacerse —a nuestro modesto entender— en dos etapas: 1º) Apuntando a la redacción de las prestaciones recíprocas de las partes, verificando que no se "desnaturalicen las obligaciones", se "renuncien o restrinjan los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte" ni "impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor", y si fuera el caso, tenerlas por no escritas e integrar el contrato si hiciera falta. Configurada de ese modo la redacción definitiva del contrato de consumo, podrá juzgarse su cumplimiento o no. 2º) En caso de incumplimiento, aplicar el art. 40, LDC ("Responsabilidad por Daños") y en tal afán verificar que el contrato no contenga aquellas cláusulas que "limiten la responsabilidad por daños" y en tal caso tenerlas por no escritas.

Está claro que la prestación del asegurador en el ramo de los seguros patrimoniales **(8)** tiene naturaleza indemnizatoria, pues busca reparar un daño sufrido por el asegurado. Pero tal pretensión reparadora no tiene (ni puede tener) la extensión del resarcimiento pleno del derecho de daños **(9)**, pues la causa final del contrato de seguro es la protección del interés asegurable del asegurado **(10)** mediante la transferencia al asegurador de las consecuencias perjudiciales de un riesgo determinado y cuantificado estadística y probabilísticamente por esta. Y en función de tal cálculo actuarial es que se determina la contraprestación dineraria de aquel, el premio **(11)**. En síntesis, el asegurador reparará siempre una parte del daño sufrido por el asegurado, proporcional al premio que reciba; por lo cual, si aquel no estuviera limitado, no habría forma de calcular este, y simplemente no podría existir el seguro como tal **(12)**. Por las dudas, recordemos lo que anticipamos en el sentido de que la veda a la "limitación de la responsabilidad por daños" en la LDC se refiere a los daños por el incumplimiento en la relación de consumo, no a la que hayan pactado las partes *ab initio* del contrato **(13)**.

Hasta ahí, y volviendo al caso concreto, todo estaba bien entre la actora y la demandada en este juicio, y si esta última hubiera indemnizado a tiempo la pérdida del vehículo de la primera, seguramente no estaríamos hablando de esto. Pero el incumplimiento contractual en que incurrió HSBC habilitó a Agüero Varela en los términos del art. 730 Cód. Civ. y Com., a: "a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes". Está más que claro que la opción c) no es excluyente de las opciones a) y b), con lo cual el acreedor contractual puede obtener tanto la prestación original como la indemnización por los daños derivados del incumplimiento.

Es así como nos ubicamos entre quienes piensan que "el valor de la prestación (original) no es un daño, sino un sucedáneo de la obligación original (...) con lo cual el pago del mencionado valor se regiría por las reglas del cumplimiento forzado (...) En cambio (...) la obligación de resarcir los mayores daños nacidos a partir del incumplimiento requiere para su configuración de la reunión de todos los elementos de la responsabilidad civil" **(14)**. Tenemos aquí, entonces, dos prestaciones a cargo del asegurador perfectamente acumulables en un mismo reclamo por cumplimiento contractual y daños y perjuicios: la originaria que el asegurador incumplió al no respetar el contrato de seguro [incs. a) y b) art. 730], y aquella que obliga a reparar el menoscabo patrimonial y extrapatrimonial derivado de aquel incumplimiento (inc. c) **(15)**.

La obligación principal, de entregar una suma de dinero, se transformó a causa del incumplimiento del deudor en una obligación de valor (aquellas que tienen por objeto un valor abstracto o una utilidad medible en dinero al momento del pago). Parte de ese valor es la prestación original incumplida (pago de una suma de dinero equivalente al precio de vehículo siniestrado al momento del evento), y el resto la totalidad de

(8) Que tienen naturaleza resarcitoria, en contraposición a los Seguros de Personas que poseen naturaleza previsional

(9) Título V, Capítulo 1 ("Responsabilidad Civil") del Cód. Civ. y Com.

(10) El interés económico y lícito de que el siniestro no ocurra, la relación patrimonial del asegurado con el bien objeto del seguro.

(11) Llamado "prima" por la LS, siendo que esta está contenida en el "premio", que es lo que en definitiva le paga el asegurado al asegurador.

(12) El voto del Dr. Rosenkrantz en "Flores vs. Giménez" que citamos arriba es novedosamente esclarecedor sobre el sustrato técnico actuarial del seguro.

(13) Como dijimos, si la redacción de la prestación del proveedor fuera abusiva se aplicarán las otras causales de nulidad del art. 37 de la LDC.

(14) "Cumplimiento e incumplimiento del contrato de seguro en el Código Civil y Comercial de la Nación", HERNÁNDEZ, Joaquín Alejandro, Revista del Instituto de Derecho del Seguro (Rosario), Nº 32, 2016.

(15) Esto, sobra decirlo, es coherente con la moderna redacción del art. 1716 de la CCyCN que al definir la función resarcitoria del Derecho de Daños dispone que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código", donde ambas acciones indemnizatorias se encuentran comprendidas.

los daños y perjuicios sufridos por el asegurado a causa de aquella mora **(16)**.

Respecto de esos daños y perjuicios no pueden oponerse las normas contractuales que hayan limitado de antemano los rubros y/o cuantía de esa reparación; pues estos fueron pensados para enmarcar las prestaciones iniciales del asegurador en proporción a la prima recibida por este, y si se pretendiera darles validez también en un contexto de incumplimiento obligacional, serían de aplicación los arts. 37 de la LDC y/o 988 del Cód. Civ. y Com. Y esto es justamente lo que hizo la Cámara en "Agüero Varela vs. HSBC", con lo que no estamos de acuerdo: le permitió al asegurador incumplir y luego indemnizar parcialmente a su asegurado, sin lucro cesante ni privación de uso.

A mayor abundamiento, pensemos también la cuestión en términos axiológicos más allá de lo normativo: ¿puede resultar justo que el asegurador que le vendió a su asegurado la garantía de indemnización ante un siniestro, ocurrido este, la incumpla voluntariamente y no lo resarza de todo el daño causado? La hipótesis —aún en abstracto— nos recuerda al menos a nosotros a los fundamentos anglosajones de la creación del Daño Punitivo que nuestro art. 52 bis de la LDC no supo reproducir claramente: ¿qué le impediría a un asegurador —si la respuesta anterior fuera afirmativa— calcular estadísticamente las ventajas de incumplir sus contratos versus las desventajas de honrarlos, teniendo en cuenta que en el primer caso las limitaciones indemnizatorias de la póliza les serán respetadas? **(17)**.

IV. Un par de detalles finales

Antes de terminar, nos gustaría hacer un par de comentarios sobre cuestiones secundarias a las que desarrollamos arriba.

IV.1. Daño moral

Como vimos, la Cámara en "Agüero Varela vs. HSBC" entendió que a pesar de que la actora había asegurado un furgón no debía ser considerado "comerciante" y sí "consumidor", por lo que era de aplicación la LDC. En ese marco, liberó al asegurador de indemnizar lucro cesante y privación de uso en virtud de la limitación contractual que analizamos, pero sí lo condenó al pago del daño moral no expresamente vedado en la póliza.

Nosotros entendemos que en el caso el Sr. Agüero Varela sí debió haberse tenido como comerciante, sustraído de la aplicación de la LDC, beneficiado con el lucro cesante y la privación de uso, pero también haberse evaluado la procedencia del daño moral teniendo en cuenta el carácter mercantil de su actividad **(18)**. Esto es: analizar si por su carácter de comerciante le correspondía a aquel (o no le correspondía) el mismo daño moral por incumplimiento contractual que a un consumidor cualquiera, considerando la habitualidad en la celebración de contratos y su supuesta experiencia en la mora de sus contrapartes. Análisis que solo dejaremos planteado aquí.

IV.2. Cargas vs. obligaciones

Por último, no quisimos dejar pasar un detalle que no hace en absoluto a la suerte del fallo. Refiriéndose a la entrega por parte del asegurado al asegurador de la documentación necesaria para el pago de la indemnización por destrucción total del vehículo asegurado, textualmente dice que "el término se suspende hasta que este (el asegurado) cumpla las cargas impuestas por la ley o el contrato, o —dicho de otro modo— en tanto el demandante no cumple con las obligaciones a su cargo (en este caso, la baja registral)". Como se ve, en la primera parte de la cita se habla de "cargas" pero al final se dice que la de efectuar la baja registral del vehículo es una "obligación". La diferencia entre unas y otras no es menor y no deben

(16) HERNÁNDEZ, Joaquín A., ob. cit.

(17) Hacemos notar que no sostenemos que en el fallo en análisis (en que justamente se aplicó el régimen consumerista) debió habérsele impuesto al asegurador la multa civil del art. 52 bis de la LDC (que solo debería aplicar para casos extremos que no corresponde teorizar aquí), sino que para evitar que esas conductas se repitan en el futuro debería bastar con que la jurisprudencia unánimemente responsabilice ilimitadamente a las compañías de seguro por su incumplimiento contractual.

(18) No analizamos la particularidad de que en el caso estemos ante un daño moral "contractual" (deriva del incumplimiento del contrato de seguro) vs. el daño moral "extracontractual" dada la unificación que de ambos regímenes hace el art. 1716 del CCyCN al decir que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado".

confundirse. Las primeras son acciones u omisiones que no tienen contenido obligacional, no pueden ser exigidas judicialmente, y el asegurado cumple solo por su propio interés (de hecho, el asegurador se beneficia con su incumplimiento). Las segundas existen en interés del acreedor y pueden ser ejecutadas forzosamente.

Ejemplo de "carga" es la denuncia del siniestro en el plazo de 72 hs de haber sido conocido por el asegurado **(19)**: si no lo cumple, se produce la caducidad de la cobertura, pero el asegurador no puede (ni le convendría hacerlo) demandar judicialmente a su cliente para que este le informe las características del siniestro. Ejemplo de "obligación" es el pago del premio: el asegurador sí puede ejecutar judicialmente al asegurado por este incumplimiento, que fue pensado en su interés (es la contraprestación de su garantía), y que le interesa cobrar (salvo, claro, en caso de siniestro donde seguramente preferirá liberarse de cubrirlo).

Determinada la pérdida total del vehículo objeto de cobertura, el asegurado deberá entregarle al asegurador la documentación detallada en la póliza (entre ellos, la de la baja registral), y mientras no lo haga el asegurador no estará obligado a pagar el valor de la unidad; el cual no se actualizará y se desvalorizará paulatinamente, pues la demora le será imputable a aquel. Claramente se trata de una carga.

(19) Art. 46, LS.

JURISPRUDENCIA

EXCLUSIÓN DE COBERTURA

Accidente de tránsito. Exclusión de cobertura fundada en la falta de licencia para conducir.

1. — Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la exclusión de cobertura y rechazó la citación en garantía de la aseguradora, pues la Cámara se apartó de lo establecido en la cláusula contractual que contempla a la conducción sin licencia habilitante como causal de exclusión de cobertura con un razonamiento forzado que no surge de los términos del contrato y que además "resulta violatorio de la Ley Nacional de Tránsito (24.449)".

2. — La disposición contractual referida a la exclusión de cobertura no genera problemas de interpretación puesto que su redacción es clara, es decir, incluye tanto la ausencia de carné de conducir —entendida como habilitación general básica— como eventualmente además la categoría del vehículo si fuere el caso. El fundamento de la exclusión de cobertura por ausencia de habilitación para manejar se encuentra en la presunción de falta de idoneidad que ello implica y en la incidencia sobre la probabilidad de ocurrencia del siniestro. Por tanto, al no haber tenido nunca una habilitación para conducir antes del accidente no se puede menos que presumir su falta de idoneidad y una incidencia causal con la probabilidad de ocurrencia del siniestro, por lo que resulta aplicable la exclusión de cobertura prevista en el contrato asegurativo.

ST La Pampa, sala A, 11/11/2020. - Pérez, Ema Soledad c. Cáceres, Fernando Sebastián s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/73541/2020]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

Expte. n° 1884/19

Santa Rosa, noviembre 11 de 2020.

Resulta:

I. A fs. 453/472, Eduardo Brossy, abogado, en el carácter de apoderado de El Progreso Seguros SA, con el patrocinio letrado de Matías F. Traba, abogado, interpone recurso extraordinario provincial en los términos del artículo 261 incisos 1° y 2° del Cód. Proc. Civ. y Comercial contra la sentencia de la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, que a fs. 441 vta. resolvió: "II. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la pretensionante con los alcances dispuestos en los precedentes considerandos, revocándose la exclusión de cobertura de El Progreso Seguros SA dispuesta en el punto 3 de la sentencia de primera instancia (fs. 376) haciéndose extensiva la condena a la mencionada entidad aseguradora en los términos del contrato de seguro de responsabilidad civil (art. 118 de la LS)..."

Acredita el cumplimiento de los recaudos formales, y relata los hechos de la causa diciendo que la actora promovió una demanda de daños y perjuicios contra Fernando Sebastián Cáceres al tiempo que solicitó la citación en garantía de la aseguradora, peticionando que se repararan los perjuicios sufridos a raíz del accidente del 22 de marzo de 2016 ocurrido como consecuencia del actuar negligente, imprudente y temerario del conductor del Fiat Duna, el mencionado Cáceres.

Expresa que el día del accidente, su representada circulaba en una moto por la calle Gaich en dirección Este y al llegar a la intersección de la calle Savioli Sur, el conductor del Duna, quien circulaba por la misma calle solo que en dirección opuesta, dobló hacia la última arteria.

Sigue diciendo que de este modo se interpuso en la circulación de los vehículos que venían en dirección contraria, lo que provocó que la actora no pudiera realizar ninguna maniobra evasiva y chocara contra el lateral delantero izquierdo del Fiat. Que como consecuencia de este accidente sufrió lesiones graves.

Precisa que mientras al conductor se le dio por decaído el derecho a contestar la demanda, la aseguradora, en cambio, opuso la defensa de exclusión de cobertura por carencia de licencia de conducir.

Expresa que en primera instancia se hizo lugar a la defensa de la aseguradora por lo que se rechazó la demanda en su contra, decisión que luego fue confirmada por la Cámara de Apelaciones, motivo por el cual interpone el presente recurso extraordinario provincial.

Más adelante refiere que el fallo que impugna no solo carece de fundamentos sino que también ha omitido aplicar la ley vigente en la materia, lo que la torna arbitraria, incongruente y absurda.

Agrega que la insuficiente fundamentación basada en una interpretación forzada de las cláusulas del

contrato resulta violatoria del derecho de defensa en juicio previsto en el art. 18 de la CN, al tiempo que señala que se ha violado el debido proceso.

Dice también que la Cámara omitió tener en cuenta las disposiciones específicas de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449 lo cual influyó de manera sustancial en la decisión.

Indica que su parte acompañó al proceso el contrato de seguro que tenía por objeto el vehículo del demandado, del que surgía una cláusula específica que determinaba que se configuraba la exclusión de cobertura cuando el vehículo fuera conducido por personas que no estuvieran habilitadas por autoridad competente para el manejo de esa categoría de vehículo.

En tal sentido, precisa que se produce la violación porque el tribunal de mérito se apartó de esa estipulación y fundó la extensión de condena a la aseguradora mediante un razonamiento forzado y que no se desprende del propio contrato.

Agrega que la ley de tránsito dispone que quien no tenga habilitación para conducir no podrá manejar un automotor, ante lo cual sostiene que no se trataba de una cláusula de difícil interpretación o de imposible cumplimiento.

Expresa que la interpretación que ha hecho la Cámara contradice la ley de tránsito y de seguro, al tiempo que señala que excede su tarea específica ya que se arroga funciones de legislador al consignar lo que debería haber dicho una cláusula del contrato de seguro privado.

Manifiesta que se ha violado por inaplicación el art. 13 inc. a) de la Ley Nacional de Tránsito que dispone que la licencia nacional de conducir otorgada por municipalidades u organismos provinciales autorizados por la Agencia Nacional de Seguridad Vial habilitará a conducir en todas las calles y caminos de la República.

Dice que resulta evidente entonces que estar habilitado para manejar la categoría de vehículo con que se produjo el siniestro —y que está detallado en la póliza— implica necesariamente contar con la licencia o carnet de conducir vigente a esa fecha.

Hace reserva del caso federal por cuanto se encuentran afectados derechos y garantías constitucionales. Finalmente solicita que se haga lugar al recurso y se case la sentencia impugnada.

II. Admitido el recurso por la Cámara de Apelaciones, este Superior Tribunal lo declara *prima facie* admisible con relación a las causales previstas en los incisos 1° y 2° del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial a fs. 481/481 vta.

III. Corrido el traslado del recurso interpuesto contesta Fernando Javier Gutiérrez, abogado, en representación de la parte actora y solicita que se rechace el recuso interpuesto (fs. 486/493).

IV. A fs. 494 se corre vista al Sr. Procurador General cuyo dictamen se agrega a fs. 495/495 vta. y a fs. 496 se llama autos para sentencia.

Considerando:

Atento la íntima conexión existente entre las causales recursivas, el tribunal plantea las cuestiones del siguiente modo:

1ª ¿Resulta fundado el recurso interpuesto? 2ª en su caso, ¿qué solución corresponde adoptar?

Primera cuestión:

1°) En forma preliminar cabe aclarar que si bien el análisis de los contratos no es materia de recurso extraordinario, dado que no constituyen leyes en sentido estricto, el Tribunal se abocará a su estudio por las razones que se desarrollarán a continuación.

2°) El recurrente sostiene que la Cámara de Apelaciones se apartó de la cláusula contractual que contempla la conducción sin licencia habilitante como causal de exclusión de cobertura con un razonamiento forzado que no surge de los términos del contrato y que además resulta violatorio de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449 (BO. 10/02/1995).

La cláusula en cuestión dispone que la aseguradora no indemnizará el siniestro mientras el automotor sea conducido por personas que no estén habilitadas para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente y forma parte del contrato firmado entre Cáceres y la compañía de seguros (cláusula 6, inc. b, fs. 71).

Ahora bien, la interpretación que efectúa la Cámara acerca de esta disposición es la siguiente: "...la póliza no establece de modo claro ni contundente que la mentada exclusión se refiera a la ausencia de carné de conductor sino a la categoría; es decir, contempla una situación distinta y claramente diferenciada: vgr. profesional o no, de vehículos o tractores o de motocicletas; y si bien se podría convenir que por aplicación del aforismo quien puede lo más puede lo menos, la ausencia total de carné habilitante se podría encontrar comprendida en él: no es esta, sin embargo, la interpretación adecuada para la correcta elucidación de este caso" (fs. 438).

Vale decir, la Cámara interpreta que la norma está haciendo alusión solamente a la carencia de habilitación respecto de la categoría de vehículo que conducen, pero no a la carencia de licencia de conducir.

Sobre el particular, este Tribunal entiende —en consonancia con lo postulado por el recurrente— que esta interpretación no se condice con la normativa prevista en la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449.

En efecto, obsérvese que el art. 40 de la Ley N° 24.449 establece como requisito indispensable para poder circular con automotor que su conductor esté habilitado para conducir ese tipo de vehículo y que lleve consigo la licencia correspondiente.

La categoría de vehículo determina a su vez el tipo de licencia que se quiere obtener, es decir, particulares o profesionales, de motocicletas, etc.

Sin embargo hay una relación de género a especie, vale decir, en primer lugar, la Ley de Tránsito establece una serie de condiciones generales para habilitar a una persona a conducir.

Así conforme se dispone en los arts. 13 y 14 del mismo ordenamiento, se debe comprobar el estado psico-físico del conductor, sus conocimientos teóricos sobre educación y ética ciudadanas, conducción, señalamiento y elementos de seguridad del vehículo así como sus conocimientos prácticos en la conducción.

Es evidente que con la obligación de obtener la licencia se busca controlar la idoneidad tanto física y psíquica como en el manejo de vehículos. Mientras que con las renovaciones periódicas se controla el estado de salud y la posible existencia de sanciones, y se dejan de lado los conocimientos en la conducción ya que estos se presumen por el otorgamiento del carnet inicial.

De este modo se concede una habilitación básica y general para conducir y luego dependerá de la persona cumplir otros requisitos como aquellos que se vinculan especialmente con la categoría de vehículos (licencia profesional, de motocicletas, etc.).

En esa sintonía por ejemplo la autoridad competente podrá retener los rodados que fueren conducidos por personas no habilitadas para el tipo de vehículos que conducen, inhabilitadas, con habilitación suspendida o que no cumplan las edades reglamentarias para cada tipo de vehículo (art. 72, Ley N° 24.449).

Conforme lo expuesto entonces, el Tribunal entiende que la disposición contractual referida a la exclusión de cobertura no genera problemas de interpretación puesto que su redacción es clara, es decir, incluye tanto la ausencia de carnet de conducir —entendida como habilitación general básica— como eventualmente además la categoría del vehículo si fuere el caso.

3°) Aclarada que ha sido la interpretación de la cláusula es necesario entrar a considerar si corresponde hacer lugar a la pretendida exclusión.

Algunas consideraciones preliminares serán de utilidad para organizar nuestro razonamiento.

Es sabido que la carencia de licencia de conducir por parte de quien esté al mando del rodado al momento en que ocurre el siniestro es una de las causales de exclusión de cobertura convencionales que se puede encontrar incluida en el texto de toda póliza de seguro.

El permiso para conducir es el documento que el Estado provincial, nacional o municipal extiende a una persona y por medio del cual se le garantiza a la sociedad que dicha persona es idónea y está en condiciones físicas y mentales para conducir adecuadamente un determinado vehículo a motor.

El fundamento de la exclusión de cobertura por ausencia de habilitación para manejar se encuentra en la presunción de falta de idoneidad que ello implica y en la incidencia sobre la probabilidad de ocurrencia del siniestro.

Ahora bien, ante la imposibilidad práctica de las entidades aseguradoras de evaluar por sí mismas la aptitud para el manejo de cada asegurado o persona autorizada para la conducción del rodado objeto de la cobertura, toman en consideración la evaluación que a tal efecto realiza la autoridad de control.

Por ende, poseer la habilitación respectiva implicará que esa persona se encuentra en condiciones para estar al mando de un rodado, mientras que su carencia implicará su falta de aptitud (Fernando Cracogna, La exclusión de cobertura fundada en la falta de licencia de conducir, RCyS2011-VII, 11; AR/DOC/1924/2011, cita N° 12).

4°) Desde esta perspectiva, del informe expedido por la Municipalidad de Santa Rosa surge que el 30 de marzo de 2016, el señor Cáceres obtuvo por primera vez una habilitación para conducir (fs. 151). Como el accidente ocurrió el 22 del mismo mes y año es obvio que en ese momento no tenía carnet que lo habilitara.

Este hecho fue reconocido por el propio Cáceres al momento de prestar declaración en esta causa (fs. 177/179, preguntas 2, 3, 4, 5 y 8).

Por tanto, al no haber tenido nunca una habilitación para conducir antes del accidente no se puede

menos que presumir su falta de idoneidad y una incidencia causal con la probabilidad de ocurrencia del siniestro, por lo que resulta aplicable la exclusión de cobertura prevista en el contrato asegurativo.

Cabe aclarar aquí que estas cláusulas de exclusión no escapan al análisis de legitimidad y razonabilidad, análisis que debe abordarse desde la normativa legal general, tanto en lo relativo a los principios fundamentales del seguro, como a los contratos en general (STJ, Sala A, "García, Valeria M.").

Sobre este aspecto, explica Barbato que estas cláusulas deben ser razonables y responder a necesidades técnicas del seguro de que se trata, pero no deben convertirse en supuestos formales, en preceptos rituales vacíos de contenido (Nicolás Héctor Barbato, Exclusiones a la cobertura en el contrato de seguro, ED, T. 136, 1990-547).

De allí, sigue precisando el mismo autor, se pueden extraer algunas soluciones que podrían contribuir a señalar una más adecuada función del supuesto en análisis. Por ejemplo, la exigencia de incidencia causal de la hipótesis excluida en el acaecimiento del siniestro: si el vehículo asegurado está detenido ante un semáforo en rojo y es embestido en la parte posterior por otro rodado, es evidente que ninguna relación causal ha tenido en la producción del accidente el hecho de que el conductor cuente o no con registro habilitante para la conducción.

Aplicar aquí la exclusión resultaría antifuncional (ídem).

No es este el caso que se analiza en autos ya que el accidente se produjo en una situación de circulación, más precisamente en una intersección, entre el señor Cáceres y la actora en la que el primero dobla hacia la izquierda interponiéndose en la circulación de la segunda.

Por último, cabe agregar que la controversia analizada en la causa "García, Valeria Magalí" es similar a la presente pero no idéntica dado que en aquella se interpretó el supuesto de carnet de conducir vencido y en esta, el de falta de licencia.

En fin, conforme las precedentes consideraciones se coincide con el recurrente en que en la sentencia impugnada se ha producido una interpretación forzada de la cláusula de no seguro puesto que no ha aprehendido el verdadero contenido dogmático de la norma, por lo que se da respuesta afirmativa a la Primera cuestión.

Segunda cuestión:

1) Atento el modo como se resuelve la cuestión anterior corresponde hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto por la aseguradora y casar la sentencia impugnada.

2) Confirmar el punto 3° de la sentencia de primera instancia (fs. 376) en cuanto hace lugar a la exclusión de cobertura y rechaza la citación en garantía de El Progreso Seguros SA., incluida la imposición de costas a la actora vencida y la regulación de honorarios.

3) Adecuar la imposición de costas y honorarios de segunda instancia a esta resolución e imponer las costas de esta instancia a la parte actora.

Por todo lo expuesto, la Sala A del Superior Tribunal de Justicia; resuelve: 1) Hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 453/472 y casar la sentencia impugnada. 2) Confirmar el punto 3° de la sentencia de primera instancia (fs. 376) en cuanto hace lugar a la exclusión de cobertura y rechaza la citación en garantía de El Progreso Seguros SA, incluida la imposición de costas a la actora vencida y la regulación de honorarios. 3) Adecuar la imposición de costas y honorarios de segunda instancia a este pronunciamiento, las que recaerán sobre la parte actora vencida, regulando los honorarios del Dr. Eduardo Brossy en el 35% de los fijados en primera instancia, y los del Dr. Fernando J. Gutiérrez, en el 28% de la misma pauta (arts. 6, 7, 9 y 14 LA). 4) Imponer también las costas de esta instancia extraordinaria a la parte actora vencida y regular los honorarios de los Dres. Eduardo Brossy y Matías Traba, en forma conjunta, en el 35% de los que se fijen en primera instancia, y los del Dr. Fernando Gutiérrez, en el 28% de la misma pauta. 5) A dichos importes se les adicionará el porcentaje de IVA si correspondiere. 6) Ordenar la devolución del depósito efectuado a fs. 452 por la cantidad de mil quinientos pesos ($1.500,00). A tal fin, extiéndase la libranza pertinente, a cuyos efectos se deberá informar la CBU y el CUIT del autorizado a percibir. 7) Regístrese, notifíquese por Secretaría mediante cédulas. Oportunamente, devuélvanse estas actuaciones a su procedencia. — *Elena V. Fresco.* — *Eduardo D. Fernández Mendía.*

CONTRATO DE SEGURO

Aceptación tácita del siniestro. Cómputo del plazo previsto en el art. 56 de la Ley de Seguros.

1. — Si la aseguradora omitió pronunciarse eficazmente acerca de los derechos del asegurado dentro del tiempo legal, es obvio que el siniestro fue aceptado y la indemnización deberá pagarse **[1]**.

2. — Si el asegurador considera que la denuncia es tardía debe hacérselo saber al asegurado al

acusar recibo. De lo contrario, si no procede de tal modo, debe entenderse que ha reconocido haber tomado conocimiento en tiempo útil, renunciando tácitamente a la sanción que omitió hacer valer.

3. — Admitiendo por hipótesis que no sea necesario esgrimir la extemporaneidad al otorgar recibo de la denuncia, o en breve plazo, ello no significa que efectuada la denuncia fuera de término, al asegurador le baste con guardar silencio, pues para hacer valer la caducidad como consecuencia de la ausencia de denuncia, de la declaración tardía o de la falsedad incurrida por el asegurado en la ejecución de la carga, el asegurador deberá —cuanto menos— hacérsela saber al asegurado en el marco del pronunciamiento acerca de los derechos del último y evitar así el efecto que derivaría de su omisión previsto en el art. 56 *in fine*, LS.

4. — Para realizar el cómputo del plazo consagrado por el art. 56, LS, deberán contarse los treinta días allí otorgados a la aseguradora —en el caso desde la fecha en que se denunció el siniestro— hasta el momento en que se emitió la declaración en la que hizo conocer su decisión de rechazarlo. Ello con independencia de que la recepción de la aludida declaración de voluntad se hubiera concretado más allá de los aludidos treinta días.

CNCom., sala B, 15/12/2020. - DAC Imagen Gráfica SRL c. Chubb Seguros Argentina SA s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/73906/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Frizza, Adrián José c. Liderar Cía. General de Seguros SA s/ ordinario", 18/06/2019, RCyS 2019-XI, 289; JA 2019-IV, SJA 25/12/2019, 67; AR/JUR/27561/2019.

Expte. N° 17.777/2010

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 15 de 2020.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La doctora *Gómez Alonso de Díaz Cordero* dijo:

I. La Causa:

Dac Imagen Gráfica SRL promovió demanda contra Ace Seguros SA (hoy Chubb Seguros Argentina SA) por el cobro de $27.719,52 (pesos veintisiete mil setecientos diecinueve con cincuenta y dos centavos), más intereses y costas (fs. 96/99).

Explicó la accionante que contrató con la defendida un seguro instrumentado mediante la póliza ... que cubría los daños que pudiera sufrir la Filmadora Agfa Avantra 44, de su propiedad.

Dijo que el 23/05/2008 se verificó que esa máquina presentaba fallas, posiblemente debidas a un cortocircuito eléctrico, siendo reparada por Agfa Graphics Argentina SA el 26/05/2008. Alegó haber abonado, en esa ocasión, la suma cuya restitución pretende.

Sostuvo que al conocerse el siniestro, personal de la accionante realizó la correspondiente denuncia al productor Carlos Claramut, quien informó al broker "Mikols Argentina SA" y que posteriormente envió una nota a la aseguradora. Agregó que la demandada no rechazó en tiempo y forma el siniestro ni se expidió en ningún sentido.

A fs. 199/203 se presentó Ace Seguros SA (hoy Chubb Seguros Argentina SA) y contestó la demanda, solicitando su rechazo, con costas.

Luego de una negativa pormenorizada de los hechos narrados por la contraria, reconoció la suscripción y vigencia del seguro contratado.

Sin embargo, argumentó que la asegurada no cumplió con su carga de informar en tiempo oportuno la ocurrencia del siniestro, lo que le impidió verificarlo.

Expuso que la actora reconoce que el desperfecto se habría producido el 23-05— 2008, pero que recién denunció el hecho el 17/07/2008. Agregó que cuando tomó conocimiento, la filmadora ya había sido reparada.

Aclaró que el 06/08/2008 la asegurada intentó justificar su demora explicando que sus socios gerentes se encontraban fuera del país al momento del hecho, extremo que no la excusa de efectuar la denuncia en el plazo legal.

Afirmó que rechazó el siniestro en tiempo oportuno mediante nota del 15-08— 2008, cuando aun no habían pasado 30 días desde la denuncia.

II. La Sentencia de Primera Instancia:

La sentencia de primera instancia (fs. 496/503) desestimó íntegramente la demanda e impuso las costas a la reclamante.

Para así decidir, la *a quo* entendió acreditado que el siniestro fue denunciado de forma tardía, lo que justificó el rechazo efectuado por la aseguradora.

III. El recurso:

Contra dicho decisorio se alzó la actora, que fundó su apelación con la incontestada pieza de fs. 511/514.

Se agravió, en lo sustancial, porque la sentencia: (i) omitió ponderar que el rechazo del siniestro fue extemporáneo; (ii) no tuvo por acreditado que se efectuó la denuncia telefónica de forma inmediata.

IV. La Decisión:

a) Para comenzar, corresponde referir que no es materia de debate la existencia del contrato de seguro que unió a los contendientes, ni su vigencia.

Desde la postura de la defensa —acogida en la sentencia de grado— se produjo la caducidad de los derechos del asegurado al no haber comunicado la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días previstos por el art. 46 de la LS.

La actora, por el contrario, afirma que anotició oportunamente a la aseguradora y, además, que se produjo la aceptación tácita de su derecho conforme al art. 56 de la norma.

Entiendo que asiste razón al apelante y explicaré las razones que me convencen de ello.

Sabido es que la denuncia de siniestro no requiere, por regla, del cumplimiento de formalidades especiales (conf. Halperín - Barbato, "Seguros", cap. IV, VII, pto. 60, p. 494, ed. 2003; CNCom., Sala D, "Martínez, Alberto R. y otro c. Caja de Seguros de Vida SA s/ ordinario", del 10/04/2012).

Es cierto que no existe en autos prueba fehaciente de la comunicación telefónica que habría efectuado personal de la empresa accionante al productor Carlos Claramut en el momento en que detectaron el desperfecto en el bien asegurado y que aquel no compareció como testigo, a pesar de los numerosos intentos efectuados por la accionante para citarlo.

Sin embargo, el broker Nikols Argentina SA reconoció que Claramut efectivamente se desempeñaba como productor asesor de seguros y que tenía entre sus clientes a la actora (fs. 403).

Y además el testigo Y., tercero ajeno al pleito, confirmó que, por indicación del presidente de la empresa —que en ese momento se encontraba de viaje— una empleada de la sociedad denunció telefónicamente el siniestro, realizando el llamado en presencia del deponente (fs. 300). La referida prueba no fue cuestionada por la demandada.

He dicho en anteriores oportunidades que nadie que sea afectado con la declaración de un testigo que se aparta de la verdad, permanece indiferente ante tal declaración. Nótese que la accionada no solo no atacó el testimonio en esta sede, sino que tampoco recurrió a la justicia penal para dilucidar la existencia de falso testimonio (CNCom., esta Sala, "Torreiro, Oscar c. Vilas, Jorge", del 27/08/1991 entre otros).

Lo anterior ciertamente otorga veracidad al relato de la accionante. Empero, si bien ello podría ser insuficiente a fin de acoger la demanda, no puede soslayarse que, con referencia al específico supuesto de caducidad que aquí se ha invocado, ha sido dicho que si el asegurador considera que la denuncia es tardía debe hacérselo saber al asegurado al acusar recibo. De lo contrario, si no procede de tal modo, debe entenderse que ha reconocido haber tomado conocimiento en tiempo útil, renunciando tácitamente a la sanción que omitió hacer valer (cfr. Halperin, Isaac - Barbato, Nicolás, en "Seguros", ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 502; CNCom., esta Sala, "Borelli, Juan c. Omega Coop. de Seguros Ltda. s/ sumario", del 21/03/1990; idem, Sala C, "Godoy, Raúl c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", del 05/06/2012; idem, Sala A, "Fabregat, Héctor S. c. La Mercantil Andina SA s/ ordinario", del 11/04/2018).

En el caso es claro que no se hizo saber al asegurado coetáneamente con su denuncia que aquella se consideraba tardía, pues aun prescindiendo del conocimiento anterior, al recibir la nota del 17/07/2008 la aseguradora nada dijo.

Aun en el mejor supuesto para la accionada, admitiendo por hipótesis que no sea necesario esgrimir la extemporaneidad al otorgar recibo de la denuncia, o en breve plazo (conforme a la calificada doctrina citada), ello no significa que efectuada la denuncia fuera de término, al asegurador le baste con guardar silencio, pues para hacer valer la caducidad como consecuencia de la ausencia de denuncia, de la declaración tardía o de la falsedad incurrida por el asegurado en la ejecución de la carga, el asegurador deberá —cuanto menos— hacérsela saber al asegurado en el marco del pronunciamiento acerca de los derechos del último y evitar así el efecto que derivaría de su omisión previsto en el artículo 56 *in fine*, LS (CNCom., Sala F, "Battistin, Ángel R. c. El Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija SA s/ ordinario", del 19/04/2011).

Ello no ocurrió, pues como se verá, el rechazo del siniestro fue tardío.

La ley 17.418 estableció un sistema de cargas y obligaciones, procurando dar agilidad y rapidez al cumplimiento del contrato de seguro, regulando con precisión las obligaciones de las partes y fijando severas sanciones para casos de incumplimiento (CNCom., esta Sala, "García, Francisco c. Provincia Seguros SA s/ ordinario", del 11/06/2004).

La norma dispone en su art. 56 que el asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos 2° y 3° del art. 46. La omisión de pronunciarse (o el pronunciamiento fuera de término) importa aceptación del siniestro.

Y si bien el plazo del art. 56 LS debe computarse a partir del momento en que la entidad aseguradora cuente con toda la información, tal principio cede cuando —como en el caso— el receptor de la denuncia ninguna información ampliatoria requiere en el plazo allí fijado, ya que su silencio hace presumir conformidad con el reclamo (CNCom., esta Sala, "Benítez de Fajardo, Rosa E. c. Caja de Seguros de Vida SA", del 07/10/2004; idem, Sala D, "Espinosa, José A. y otro c. Caja de Seguros de Vida SA", del 29/12/2005, entre otros).

En el *sub lite*, prescindiendo de la comunicación telefónica ya aludida, resulta incontrovertido que la aseguradora tomó nota del siniestro el 18/07/2008 (ver prueba pericial contable, fs. 284/290) de manera que el plazo para hacer saber su decisión vencía el 17/08/2008.

La única comunicación emitida por la aseguradora es la nota fechada el 15/08/2008. Empero surge prístino de las pruebas colectadas que esta carta recién fue impuesta en el correo para ser entregada a la asegurada el 19/08/2008, que la recibió el 21/08/2008. Es decir, a pesar de la fecha indicada en la nota, lo cierto es que fue enviada cuando el plazo ya estaba vencido (ver informe de OCA a fs. 243).

He destacado recientemente que para realizar el cómputo del plazo consagrado por el art. 56 LS, deberán contarse los treinta días allí otorgados a la aseguradora —en el caso desde la fecha en que se denunció el siniestro— hasta el momento en que se emitió la declaración en la que hizo conocer su decisión de rechazarlo. Ello, con independencia de que la recepción de la aludida declaración de voluntad, se hubiera concretado más allá de los aludidos treinta días (CNCom., esta Sala, "Kraft Cargo SA c. Integrity Seguros Argentina SA s/ ordinario", del 05/11/2020).

En este particular caso, sin embargo, debe resaltar que la defendida nunca expuso con claridad la fecha en que remitió la notificación a la contraria. Y la circunstancia de que hubiera indicado como fecha el 15/08/2008 —conforme lo expuesto en la pericia contable— es irrelevante cuando de la prueba producida, ofrecida por la propia aseguradora, surge, como se dijo, que se envió la comunicación haciendo saber el rechazo del siniestro de forma extemporánea, el 19/08/2008.

Consecuentemente, si la aseguradora omitió pronunciarse eficazmente acerca de los derechos del asegurado dentro del tiempo legal, es obvio que el siniestro fue aceptado y la indemnización deberá pagarse.

La carga de la accionada consistente en pronunciarse dentro del plazo legal sobre el derecho del asegurado resulta sustancial, pues el mero incumplimiento del plazo del art. 56, LS, impide a la defendida desconocer el derecho del asegurado a ser indemnizado (CNCom, esta Sala, "Muzzupappa, Oscar P. c. Vanguardia Compañía Argentina de Seguros SA", del 23/08/2001, entre muchos otros).

Por lo demás, para establecer la responsabilidad de la aseguradora, es determinante su superioridad técnica, que le impone el deber de obrar con mayor prudencia y pleno conocimiento del negocio, exigiéndosele una diligencia acorde con su objeto empresarial. La conducta de la defendida no puede apreciarse con los parámetros exigibles a un neófito, sino conforme el estándar de responsabilidad agravada que detenta el profesional titular de una empresa con alto nivel de especialización (conf. art. 902 y 909 Cód. Civil, replicado actualmente en el art. 1725, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Ergo, corresponde admitir los agravios del apelante y revocar el pronunciamiento de grado, pues la accionada aceptó tácitamente el siniestro, al no haberlo rechazado expresamente dentro del plazo previsto por el art. 56 de la Ley de Seguros.

En lo concerniente al monto exigido, no ignoro que se desistió de la prueba dirigida a Agfa Graphics Argentina SA, quién reparó la máquina siniestrada.

Sin embargo, en la inobservada pericia mecánica el experto indicó que la información incorporada al expediente relativa a esa reparación (fs. 14/17) "resulta coherente y completa, y no pude encontrar indicio alguno para dudar de su veracidad" (fs. 460/462).

En consecuencia —teniendo presente la aceptación tácita del siniestro y desde que no se efectuó crítica concreta relativa al monto solicitado— si mi postura es compartida se deberá admitir íntegramente la demanda incoada, condenado a la accionada a pagar la suma de $27.719,52 (pesos veintisiete mil setecientos diecinueve con cincuenta y dos centavos).

En cuanto al cómputo de los intereses respecto del capital que adeuda la aseguradora, cabe precisar que de conformidad con lo normado por la ley 17418: 56 y 49, se arriba al punto de partida de los réditos sumando los plazos de ambos artículos. Ergo, el asegurador cuenta con cuarenta y cinco días para pagarle al asegurado —en el caso, desde el 18/07/2008 momento en el que la defensa admitió haber tomado conocimiento del siniestro—, resultando el vencimiento de esa fecha el *"dies a quo"* para el cálculo de los intereses (CNCom., esta Sala, "Martínez, Miguel Ángel c. AGF Allianz Argentina Cía. de Seguros SA s/ ordinario" del 16/12/2005; idem, "Ledesma, Irma c. Protección Buenos Aires Cía. de Seguros SA s/ ord." del 27/12/2006, entre otros).

En consecuencia, los réditos se calcularán desde el momento indicado en el párrafo anterior hasta el efectivo pago, a la tasa activa que el Banco de la Nación Argentina cobra en sus operaciones de descuento de documentos a 30 días sin capitalizar (conf. CNCom. en pleno *in re* "Sociedad Anónima La Razón s/ quiebra inc. honorarios de los profesionales —art. 288 LC" del 27/10/1994; CNCom. en pleno *in re* "Calle Guevara, Raúl, Fiscal de Cámara s/ revisión de plenario" del 25/08/2003).

Aclárese, por lo demás, que las breves consideraciones efectuadas al deducir la demanda relativas a intereses moratorios no son suficientes para modificar el criterio pacíficamente sostenido en este Fuero ni permiten tener por acreditado daño alguno que justifique reparación específica.

V. Costas.

Subrayo que es principio general en materia de costas que es la vencida quien debe pagar todos los gastos de la contraria y, que el juez puede eximir de ellos al litigante vencido, si encontrare mérito para ello, debiendo aplicar tal excepción, restrictivamente.

Estas, no importan una sanción para el perdedor, sino solo el resarcimiento de los gastos realizados por la parte vencedora para ver reconocido su derecho. La finalidad perseguida es que tales erogaciones no graviten en desmedro de la integridad patrimonial de quien se ha visto obligado a litigar por la actitud de su contraria.

Desde tal perspectiva, no se advierte que medien aquí circunstancias arrimadas cuya peculiaridad fáctica o jurídica permita soslayar el criterio objetivo de la derrota (Cpr.: 68). En consecuencia, de compartirse la solución propuesta, las costas de ambas instancias deberán imponerse a la demandada en su condición de vencida.

VI. Conclusión:

Como corolario de todo lo expuesto, propongo a mi distinguida colega admitir el recurso deducido por la actora a fs. 504 y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida condenado a la aseguradora a abonar $27.719,52 (pesos veintisiete mil setecientos diecinueve con cincuenta y dos centavos), más los intereses indicados supra. Con costas de ambas instancias a la demandada en su condición de vencida (Cpr.: 68).

Por análogas razones la doctora *Ballerini* adhiere al voto que antecede.

Por los fundamentos del acuerdo que precede, se resuelve: admitir el recurso deducido por la actora a fs. 504 y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida condenado a la aseguradora a abonar $27.719,52 (pesos veintisiete mil setecientos diecinueve con cincuenta y dos centavos), más los intereses indicados supra. Con costas de ambas instancias a la demandada en su condición de vencida (Cpr.: 68). Regístrese, y notifíquese por Secretaría, en su caso, conforme Acordadas N° 31/2011 y 38/2013 CSJN y devuélvase. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada N° 15/2013 CSJN. *— Matilde E. Ballerini. — María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero.*

EXCLUSIÓN DE COBERTURA

Falta de licencia habilitante para conducir. Excepción de no seguro. Prioridad de paso. Culpa de la víctima. Ruptura del nexo causal. Rechazo de la acción.

1. — La actora no tenía prioridad de paso y se introdujo en forma imprudente en una avenida, girando hacia su derecha porque debía hacerlo para traspasarla, con lo que su conducta interrumpió el nexo causal entre la cosa riesgosa conducida por el accionado y el daño sufrido.

2. — La cláusula de las pólizas de seguro que eximen de cobertura cuando el vehículo asegurado es conducido por personas que no cuentan con la licencia de conducir habilitante están muy lejos de ser abusivas, dado que la habilitación para conducir es el requisito previo para circular en la vía pública.

3. — La ampliación de la licencia por haber transcurrido dos años desde la obtención de habilitante para una categoría menor de motocicletas se logra en forma automática sin necesidad

de rendir examen, plazo que, además no se exige cuando se tienen más de 21 años.

4. — El demandado, al momento del accidente, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que había obtenido la licencia original y la edad que tenía, estaba habilitado para conducir motocicletas de 225 cc., por lo que no es de aplicación la cláusula de exclusión de cobertura del art. 22 de las Condiciones Generales de la póliza de autos. Esta interpretación es la que se condice con la más favorable al consumidor de acuerdo con la ley 24.240.

CCiv. y Com., Mercedes, sala I, 04/02/2021. - Oliva, María Esther c. Lecea, Roberto José y otro/a s/ daños y perj. autom. c/ les. o muerte (exc. Estado).

[Cita on line: AR/JUR/977/2021]

Expte: SI-118284

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 4 de 2021.

1ª ¿Es justa la sentencia en cuanto hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía? 2ª ¿Es justa la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

I. La sentencia del 17/07/2020 es apelada por la demandada y por la actora, quienes expresan agravios en forma electrónica, siendo los primeros contestados por la citada en garantía y los segundos por la actora.

II. 1.- La Sra. María Ester Oliva promovió demanda contra Roberto José Lecea por indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 17/03/2012 en la ciudad de Mercedes.

Dijo que transitaba en bicicleta por la calle 1 desde la calle 4, y al cruzar la calle 2 fue embestida brusca y violentamente por el ciclomotor Yamaha, modelo XT 225, conducido por el demandado con el frente de este contra el lateral trasero izquierdo de la bicicleta. Como consecuencia de ello sufrió lesiones y fue trasladada en ambulancia al Hospital municipal.

Describió las lesiones que sufriera, que calificó de gravísimas, y reclamó reparación por incapacidad sobreviniente, daño psicológico, daño moral, gastos médicos y de farmacia y tratamientos futuros.

2.- Contestó la demanda el Sr. Roberto José Lece, pidiendo su rechazo por la eximente de culpa de la víctima. Dijo que la colisión se produjo cuando ya había atravesado la calle 1 y que el golpe fue en el lateral delantero izquierdo de la bicicleta y no el trasero. Sostuvo que él tenía prioridad por ser la avenida 2 de mayor jerarquía que la calle 1, y que en esta, antes de llegar a aquella avenida había un cartel que decía "Ceda el paso". Expresó que la actora se interpuso imprevistamente y que le fue imposible evitarla pese a que hizo una maniobra de frenado y esquive.

Respecto de los daños invocados por la actora dijo que salió del hospital el mismo día y que en la IPP se daba cuenta de "lesiones leves".

3.- Antártida Cía. Argentina de Seguros SA contestó la citación en garantía oponiendo excepción de falta de legitimación pasiva (defensa de no seguro), sobre la base de que el asegurado carecía de carnet habilitante para conducir motocicletas de la cantidad de cilindrada que tenía la que conducía (225 cc) y que la póliza respectiva exigía tenerla "para el manejo de esa categoría de vehículo por autoridad competente". Dijo que así había sido comunicado al asegurado dentro de los treinta días de recibir la denuncia del siniestro. Opuso también el límite de cobertura de $180.000 previsto en la póliza.

Subsidiariamente negó los hechos expuestos en la demanda, la responsabilidad atribuida y los resarcimientos pedidos.

4.- Corrido el traslado de la excepción, la actora pidió su rechazo diciendo que la cobertura había sido rechazada fuera del plazo del art. 56 de la LS si se tenía en cuenta la fecha de ocurrencia del siniestro. En otro orden dijo que los contratos no podían perjudicar a terceros y que las cláusulas limitativas de responsabilidad debían interpretarse restrictivamente.

5.- El demandado también pidió el rechazo. Sostuvo que al ocurrir el siniestro estaba habilitado para conducir vehículos de mayor riesgo: autos, utilitarios, camionetas, casas rodante de 3500 kgs. Y hasta máquinas agrícolas, por lo que era irrazonable la aplicación de la cláusula toda vez que "quien puede lo más puede lo menos". Dijo que dos meses después del siniestro obtuvo una ampliación de la licencia para conducir motocicletas de hasta 300 cc, lo que permitía ratificar la presunción de capacidad para ese tipo de categoría que tenía antes. Dice también que al renovar la licencia se lo habilitó para esa categoría de motocicletas (acompañó las respectivas licencias).

Adujo que se trataba de un contrato de adhesión y que no debía interpretarse en contra del adherente, conforme al art. 37 de la LDC. Dijo que la cláusula 22 de la póliza no podía interpretarse aisladamente sino en consonancia con el art. 42 y la LDC.

5.- Se difirió el tratamiento de la excepción para el momento de la sentencia y se abrieron los autos a prueba.

6.- Producida la prueba, se dictó sentencia. En primer lugar el juez hizo lugar a la excepción de no seguro sobre la base de lo estipulado en la cláusula 22 de la póliza y jurisprudencia de la SCBA, con costas.

En segundo término, hizo lugar a la demanda por encontrar responsable al accionado por imperio del art. 1113 2do. párr. del CC. Es decir, por considerar que el demandado no había probado la ruptura del nexo causal entre la cosa riesgosa y el daño, y sobre la base de la valoración de la declaración de un testigo, de la que dedujo que circulaba con exceso de velocidad.

Fijó los siguientes montos indemnizatorios: $130.000 por incapacidad física; $20.000 por daño moral, $2.000 por gastos médicos y de farmacia, con más intereses a la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires, desde la fecha del hecho hasta el pago.

III. 1.- La demandada se agravia en primer lugar de la aceptación de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía. Dice que el *a quo* ha aplicado literal y automáticamente la cláusula 22 de las condiciones generales de la póliza, sin atender a la particularidad del caso y sin ninguna otra consideración con respaldo teleológico y sistemático de las fuentes conglobantes.

Insiste en que al momento del hecho estaba habilitado para conducir vehículos de mayor riesgo y que dos meses después del siniestro se lo habilitó para motocicletas de hasta 300 cc. y que, por ende, no se aumentó el riesgo que el seguro tiende a cubrir. Argumenta que las cláusulas del contrato de seguro deben interpretarse a favor del consumidor.

Dice que el art. 114 de la LS no libera a la aseguradora sino que establece que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado pero no le quita ese derecho a la víctima del accidente.

Cita jurisprudencia en cuanto a que la falta de habilitación para conducir es una infracción administrativa y expresa que no tuvo influencia causal en el hecho, y un precedente de la SCBA referido a que la cláusula de "no seguro" solo puede aplicarse al asegurado y no a la persona del conductor.

En segundo lugar se agravia de la atribución de responsabilidad endilgada a su parte. Dice que la sentencia lo responsabiliza como propietario de la motocicleta siendo que no lo es, como tampoco es tomador del seguro, de acuerdo a la pericial contable.

En cuanto a la forma de ocurrencia del siniestro dice que no surge de la pericial de ingeniero que la motocicleta circulara con exceso de velocidad y sostiene que no surge de la testimonial tal circunstancia. Expresa que la colisión se produjo cuando ya había terminado prácticamente de cruzar la calle 1, porque esta arteria atraviesa la avenida 2 casi en diagonal. Insiste en que en la calle 1 existe un indicador vial que señala que debe cederse el paso. Sostiene que carece de importancia la calidad de "embistente mecánico" que se le endilga. Sostiene que la avenida 2 es de mayor jerarquía por ser de acceso a la ciudad.

Finalmente se agravia de los montos fijados por considerarlos elevados. Dice que los $130.000 fijados por incapacidad física son excesivos dado que se trata de una mujer de 55 años, que no acreditó actividad productiva alguna, que no presenta secuelas motrices relacionadas con la fractura de clavícula, no hay constancias de rehabilitación fisiokinésico, y que no puede considerarse las lesiones en la rodilla dado que al ser atendida en el hospital no se le diagnosticó, además de manifestar en la entrevista psicológica que continuaba movilizándose en bicicleta.

Respecto del daño moral dice que la perito psicóloga ha dado cuenta de que no sufrió ningún tipo de alteración psíquica, su actividad laboral continuó pese al accidente, su relación familiar no se vio afectada, no se detecta padecimiento de trauma alguno y no requiere tratamiento.

2.- La actora se agravia de los montos fijados por estimarlos bajos.

En relación a la incapacidad física dice que el perito ha dictaminado un 15 por ciento irreversible y permanente y que, dado su edad, la excluye del mercado laboral. Dice que no se ha valorado la prueba testimonial.

Se agravia también de los montos fijados por daño moral y gastos médicos y de farmacia.

IV. Excepción de falta de legitimación pasiva (no seguro).

Esta Sala tiene dicho reiteradamente que la cláusula de las pólizas de seguro que eximen de cobertura cuando el vehículo asegurado es conducido por personas que no cuentan con la licencia de conducir habilitante están muy lejos de ser abusivas, dado que la habilitación para conducir es el requisito previo para circular en la vía pública (causas N° 111.513, "Rodríguez c. Gandolfo", 11/12/2007; 109.599, "Ba-

rigozzi c. Olivera", 11/09/2008; 114.877, "Corigliano c. Lorca" del 04/09/2014, 115.624 ("Mintegui c. Macías" del 05/05/2016, 117.857 "Córdoba c. Bracco" del 06/05/2020; 118.269, "Vargas c. Ibardia", del 30/11/2020, y también mis votos en causas N° 30.509, Bonello c. Gómez, de Sala II, de fecha 27/08/2019 y N° 4717, "Suárez c. Gómez", de Sala III, de fecha 13/11/2019).

Pero en el caso de autos se da la siguiente particularidad:

Regía al momento del hecho (17/03/2012) la Ley Nacional de Tránsito 24.449 por adhesión de la ley 13.927 (pub. el 30/12/2008). Dicha ley en el art. 16 contempla las clases de licencia. Comienza por la Clase A para: "ciclomotores, motocicletas y triciclos motorizados. Cuando se trata de motocicletas de más de 150 cc. de cilindrada se debe haber obtenido previamente por dos años licencia para motos de menor potencia, excepto los mayores de 21 años".

El decr. 532/2009 (reglamentario de la ley 13.927) en el Anexo II, Título I, establece las siguientes clases de licencia: A.1: para ciclomotores para menores entre 16 y 18 años; A.2.1: motocicletas de entre 50 y 150 cc.: se debe acreditar habilitación previa de dos años para ciclomotor; A.2.2: motocicletas de entre 150 y 300 cc.: "previamente se debe haber tenido habilitación por dos años para una motocicleta de menor potencia, que no sea ciclomotor".

De acuerdo a lo que surge de la copia de la licencia obrante a fs. 102 (no desconocida) fue expedida el 07/12/2017. Seguramente por ser la primera y contar con menos de 21 años de edad (conf. la misma licencia) le fue expedida para las categorías A.2 (motos de 50 a 150 cc.), B.1 y B.2. Ahora bien, al momento del accidente ya habían pasado dos años y el demandado tenía 22 años. Es decir, estaba en condiciones (tanto por el tiempo que hacía que contaba con licencia para motos de menor cilindrada como por la edad) de obtener la licencia para la categoría siguiente (A.2.2).

La pregunta es: ¿implicaba ello una ampliación automática de la licencia o debía rendir un examen teórico práctico?

Los textos de la ley 24.449 y del decreto provincial reglamentario cotejados con la documentación acompañada por la demandada al contestar la excepción (copias de fs. 129 y 30) me persuaden de que una cosa es la "ampliación" y otra la obtención de la licencia original o su renovación.

En efecto, el art. 13 de la ley 24.449 prevé que deben otorgarse licencias por hasta 5 años, debiendo en cada renovación aprobarse el examen psicofísico (inc. c). aunque el l art. 16 del Anexo II del decr. 532/2009 establece que si la renovación es pedida dentro de los 90 días de su vencimiento puede gestionarse sin rendir dicho examen. A su vez, el art. 11 del Anexo II del decr. 532/2009 contempla cuatro tipos de licencia: 1) licencia original; 2) licencia duplicada; 3) licencia reemplazada, y 4) licencia renovada.

La licencia cuya copia obra a fs. 130 (para las categorías A.3, B.1, B.2, G.1 y G.2) dice "Ampliación" con la misma fecha de vencimiento de la licencia original (07/12/2012). En cambio, la nueva licencia obtenida el 27/03/2014 no lo dice y tiene vigencia hasta el 27/03/2019 (fs. 129).

Ello me lleva a concluir que la ampliación de la licencia por haber transcurrido dos años desde la obtención de habilitante para una categoría menor de motocicletas se logra en forma automática sin necesidad de rendir examen, plazo que, además no se exige cuando se tienen más de 21 años.

No está claro si el demandado al obtener la ampliación que luce a fs. 130 rindió examen o no, pero induzco que no le fue exigido por las razones dadas (téngase en cuenta que no se requiere cuando se renueva la licencia dentro de los 90 días del vencimiento, como he señalado).

Estas circunstancias me llevan a concluir que el demandado, al momento del accidente, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que había obtenido la licencia original y la edad que tenía, estaba habilitado para conducir motocicletas de 225 cc., por lo que no es de aplicación la cláusula de exclusión de cobertura del art. 22 de las Condiciones Generales de la póliza de autos.Esta interpretación es la que se condice con la más favorable al consumidor de acuerdo a la ley 24.240 (arts. 37 y 38) (esta Sala, causa N° 118.251, "Adami c. Gómez", sent. del 28/12/2020, con cita de causas N° 111.844, del 26/08/2008; 114.457 del 29/08/2013; 117.024 del 18/12/2018; 117.437 del 07/05/2019; 114.457 del 29/08/2013, entre otras; SCBA. C.119.088 del 21/02/2018; SCBA LP 115.486 S 30/09/2014, CC0002 AZ 62.827 85 S 05/06/2018, CC0201 LP 120.537 rsd 286/16 S 25/10/201, CC0102 MP 161.454 263-S S 03/11/2016, CC0002 QL 16.462 113/15 S 07/08/2015, CC0002 QL 16.312 49/15 S 16/04/2015, CC0001 LM 213 RSD-25-S 09/09/2004; JUBA; Farina, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", Astrea, 2008, p. 481).

En consecuencia, propongo que se revoque la aceptación de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía y se rechace la misma, con costas a la vencida en ambas instancias (art. 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la negativa.

El doctor *Etchegaray*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

I. Responsabilidad.

Para resolver la responsabilidad de un accidente ocurrido en la encrucijada de arterias lo primero que debe discernirse es qué vehículo tenía prioridad de paso. Claramente prescribe el art. 41 de la ley 24.449 que la prioridad del que arriba por la derecha se pierde cuando existe "señalización específica en contrario" (inc. a) (ver esta Sala, causa N° 118.119, "Vallejos c. Ferreyra", sent. del 27/10/2020).

En el caso de autos, alegó el demandado al contestar la demanda que en la calle 1, antes de llegar a la av. 2 había un cartel que decía "Ceda el Paso". Ello ha quedado probado con el informe de la Municipalidad de fs. 463/64 (que agrega, además, fotografía respectiva), y por el informe del perito ingeniero mecánico (presentado el 28/07/2018, Anexo 3). De manera, pues, que es al revés de lo sostenido por la actora al deducir la demanda.

Tal circunstancia es medular para la definición de la controversia y es de destacar que, si bien, a diferencia de lo sostenido por el demandado, se trata de dos avenidas, es evidente que tal cartel indicador obedece a que la avenida 2 es la entrada a la ciudad de Mercedes (ex ruta 5) y por ende circulan por la misma mayor cantidad de vehículos (incluidos camiones y ómnibus, como es público y notorio).

El juez principalmente ha considerado responsable al demandado sobre la base de un presunto exceso de velocidad de la motocicleta, de acuerdo al testimonio de fs. 196, pero entiendo que asiste razón a la apelante en cuanto a que si la testigo dice que iba por la av. 2, casi llegando a la 1, escuchó una explosión, "por lo que me doy vuelta" (sic) y vio cómo la moto que había seguido golpeaba a la mujer, mal puede haber visto la colisión. Luego vuelve a decir: "miro para atrás que veo cómo la moto choca a la bicicleta" (sic). No da mayores detalles como para entender por qué considera que la moto iba "a tanta velocidad" si recién vio lo ocurrido luego de oír un ruido explosivo (art. 456 Cód. Proc. Civ. y Comercial). A su vez, el perito ingeniero mecánico informa que es imposible determinar a qué velocidad circulaba la motocicleta, y en relación al embestimiento dice que el contacto fue "frontolateral" para la moto (cierta oblicuidad) y en el lateral izquierdo para la bicicleta. Este vehículo fue embestido en la rueda delantera y no en la trasera como dijera la actora en la demanda (conf. pericial mecánica, fotografía de fs. 6/8 de autos y fs. 6 de la IPP). Es de recordar que la condición de embistente físico o mecánico, como tantas veces se ha dicho, no determina de por sí responsabilidad alguna (esta Sala, causa N° 117.049 del 01/11/2018, entre varias).

La actora dijo en la demanda que fue embestida al traspasar la avenida 2 pero es de señalar que, como surge del informe pericial de ingeniero, la avenida 1 no cruza en forma perpendicular a la 2. En el momento del hecho a esa altura de esta avenida se continuaba en boulevard, de modo que quien intentaba cruzar debía doblar hacia la derecha para hacer una "S" y cruzar para el otro lado de la avenida 2 (se ve claro en el Anexo 2 y en las fotografías de la pericial mecánica). Se trata de otra excepción a la prioridad de paso del que arriba por la derecha; o sea que se pierde cuando se gira para ingresar a la vía que corta la calle por la que se llega (art. 41 inc. G), 3) ley 24.449).

Por las razones dadas entiendo que la actora no tenía prioridad de paso y se introdujo en forma imprudente en la avenida 2 girando hacia su derecha porque debía hacerlo para traspasarla (arts. 384, 474, 456 y cctes. CC), con lo que considero que su conducta interrumpió el nexo causal entre la cosa riesgosa conducida por el accionado y el daño sufrido (art. 1113 2do. párr. CC).

II. Costas.

Si mi voto es compartido, las costas en ambas instancias deben ser a cargo de la actora vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la negativa.

El doctor *Etchegaray*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

3ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1°.- Revocar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía y rechazar la misma, con costas en ambas instancias a la vencida.

2°.- Revocar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda, y rechazar la misma, con costas a la actora vencida en ambas instancias.

Así lo voto.

El doctor *Etchegaray*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Por ello y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, se resuelve: 1°.- Revocar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la citada en garantía y rechazar la misma, con costas en ambas instancias a la vencida. 2°.- Revocar la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la demanda, y rechazar la misma, con costas a la actora vencida en ambas instancias. Notifíquese por medios electrónicos (conf. Res. del Presidente de la SCBA N° 10/2020 y Res. SCBA 480/2020 y sus sucesivas prórrogas). Y devuélvase. — *Emilio A. Ibarlucía*. — *Tomás M. Etchegaray*.

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

Cesación del daño (*)

Luis Moisset de Espanés

Sumario: I. Introducción.— II. Acepciones de la palabra "daño".— III. Hechos generadores y efectos dañosos instantáneos y permanentes.— IV. Hechos dañosos lícitos e ilícitos.— V. La cesación del daño en las relaciones obligacionales.— VI. Relaciones reales.— VII. Actos ilícitos.— VIII. Los daños contra el medio ambiente.

I. Introducción

La curiosidad es uno de los motores principales del progreso, pues impulsa al investigador a indagar en terrenos poco trillados.

En este caso la curiosidad me ha impulsado a indagar sobre la "cesación del daño", como algo distinto a la "reparación de los daños", tema que en nuestro país no ha sido todavía muy estudiado y que parece interesante poner a consideración para despertar inquietudes y ver si otros investigadores prosiguen una línea de búsqueda sobre un punto sobre el que es menester indagar más.

Por supuesto que no es algo que tenga novedad absoluta, pues si uno rastrea el Código Civil encontrará numerosas normas en que se habla de cesación de los daños y si busca en la doctrina extranjera hallará algunos autores que se han ocupado del problema.

En materia jurídica es casi imposible que nuestras investigaciones tengan novedad absoluta, pero tampoco debe llegarse a otros extremos y conformarse con que nuestros trabajos sean la mera repetición de lo ya dicho por otros autores, o constituyan un burdo plagio de sus ideas.

Hace algún tiempo, en una visita realizada al Paraguay a fin de participar en un Congreso, conocí a un abogado y periodista llamado Helio Vera, que ha publicado un pequeño libro satírico, titulado *Diccionario contrera*, que tiene algunas definiciones que quizá sea conveniente recordar. Define allí la "creatividad", como "una virtud que poseen algunos pocos elegidos, que dándose cuenta de que no tienen el talento de crear, tienen el coraje de copiar", y un poco más adelante define el "plagio" como "el apropiarse total o parcialmente, sin mencionar la fuente, de una obra ajena", y a continuación agrega: "Cuando se lo hace de varias obras, suele llamárselo investigación".

Antes de referirnos a la cesación del daño, quiero destacar que no debe confundirse con la prevención del daño, tema del que se ha hablado mucho, aunque se hace muy poco, y es un problema distinto, ya que se refiere a la etapa previa, en la que sería necesario adoptar las medidas destinadas a evitar que se concreten hechos jurídicos perjudiciales y dañosos.

La cesación del daño, en cambio, se plantea como problema cuando ya se ha producido un hecho que provocó un efecto perjudicial o nocivo; y tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen confundirlo o superponerlo con la reparación, que es el tema del que se ocupan generalmente los autores y tribunales cuando, frente al daño ya producido, el ordenamiento jurídico procura dar un resarcimiento integral del daño para que la víctima quede en situación similar a la que gozaba antes de que se produjese el hecho dañoso.

Pero al hablar de reparación incluyen en ella lo que nosotros denominamos hoy cesación del daño, que no es estrictamente la reparación.

II. Acepciones de la palabra "daño"

En este momento quizá sea necesario distinguir los distintos significados que asignamos a la palabra "daño", pues solemos utilizar el vocablo

(*) Publicado en Jurisprudencia Argentina 1999-IV-981.

para referirnos a dos cosas diferentes. Hablamos de daño para aludir al hecho dañoso en sí, es decir el hecho generador de las consecuencias perjudiciales... y hablamos también de daño para referirnos al efecto nocivo de ese hecho.

En realidad, el daño es solamente el efecto nocivo de un hecho, y el hecho dañoso no es más que la causa generadora de ese efecto.

III. Hechos generadores y efectos dañosos instantáneos y permanentes

Tanto el hecho generador como el efecto dañoso pueden ser de carácter instantáneo o tener cierta permanencia temporal.

El daño puede estar causado por un hecho que se agota instantáneamente; por ejemplo, el choque de dos automotores es un hecho instantáneo, que provoca un efecto dañoso.

En el orden obligacional, el incumplimiento de una obligación que tenía un plazo es un hecho instantáneo, o cuando en una obligación de no hacer se realiza el hecho prohibido, también nos solemos encontrar frente a un hecho dañoso instantáneo.

El efecto dañoso, en cambio, no suele agotarse —por lo general— de manera instantánea, aunque haya también algunos efectos dañosos que concluyen instantáneamente, sino que suele tener una proyección temporal continuada, mayor o menor. Cuando a una persona le roban algo, el hecho generador es instantáneo: desapoderarlo de la cosa; pero el efecto dañoso subsiste mientras no se le restituya la cosa. Su patrimonio se verá disminuido durante todo el tiempo en que él se vea privado de la cosa que le robaron.

Podemos advertir, entonces, que hecho generador y efectos dañosos son cosas diferentes, tanto en sí mismos, como en su proyección temporal.

Ustedes me dirán, quizás, por los ejemplos que hemos puesto, que los efectos dañosos casi siempre tienen proyección temporal; pero también puede haber efectos dañosos instantáneos, que se agotan junto con el hecho; por ejemplo, en el caso de las llamadas "inmisiones", en el campo de los derechos reales, es decir las turbaciones que se producen en las relaciones de vecindad: el ruido, los malos olores, son hechos que producidos resultan dañosos, pero que se agotan con el hecho mismo. Encontramos allí hechos que pueden ser instantáneos, o de muy breve duración temporal, que ocasionan molestias, pero cuyos efectos dañosos acaban junto con el hecho; incluso pueden ser hechos que se prolongan durante larga extensión de tiempo, pero cuando se agota la causa generadora cesa también el efecto dañoso.

Como ven, podemos tener hechos "instantáneos", generadores de un daño "prolongado"; hechos "instantáneos", que provocan un daño instantáneo; y hechos prolongados en el tiempo, que generan un daño "prolongado", o hechos "prolongados", que solamente provocan un daño de carácter "instantáneo".

Hay toda una gama de posibilidades frente a este problema del daño que nos exige efectuar un análisis detenido para determinar cuándo se presenta el problema de la "prolongación" temporal del daño.

IV. Hechos dañosos lícitos e ilícitos

Quienes suelen mirar el daño solamente como efecto de un hecho ilícito se quedan cortos, porque el daño puede darse en distintos ámbitos; es cierto que con frecuencia aparece como consecuencia de un hecho ilícito extracontractual, que genera responsabilidad civil, pero puede darse también en el ámbito contractual por el incumplimiento de una relación obligatoria previa, cuando no se ejecuta la prestación en el momento debido y esto trae también una consecuencia dañosa, e incluso en numerosas hipótesis hay conductas lícitas que pueden generar un daño resarcible.

Los efectos dañosos, pues, no solamente tienen como origen conductas ilícitas extracontractuales, o incumplimientos contractuales que también son ilícitos, sino que se extienden a casos en que el hecho generador procede de conductas lícitas: hechos tolerados, hechos permitidos e incluso autorizados por la ley.

Por ejemplo, cuando el Código de Minería autoriza a alguien a explotar una mina en terreno ajeno, lo autoriza a realizar todas las obras necesarias para esa explotación pero debe indemni-

zar los daños que ocasione al propietario, y allí el hecho generador de ninguna manera es un hecho ilícito, sino que es un hecho lícito, que genera un daño que debe ser indemnizado. Y cuando el Código Civil autoriza a alguien a buscar un tesoro en terreno ajeno, el hecho generador no es ilícito, sino un hecho lícito no solo admitido, sino autorizado por la ley, pero también se debe indemnizar el daño.

Vemos, pues, que hay daños que tienen su origen en hechos ilícitos, y otros en hechos lícitos, sean expresamente autorizados o simples hechos voluntarios lícitos, como sucede en los casos en que el daño se lo provoca uno mismo, por ejemplo en el "pago por error", o "pago indebido", donde el que por error entrega la cosa a otro, se está provocando él mismo el daño.

En estas últimas hipótesis, precisamente, el derecho adoptará como solución medidas que tienden a que "cese el daño", y en muchas oportunidades no otorgará una reparación.

Hemos elegido este ejemplo porque es típico de las hipótesis en que solo debe hablarse de cesación del daño, sin proyectarse en el problema de la reparación; en el caso del pago indebido la cesación del daño se producirá cuando el que recibió la cosa que le entregaron por error la restituya, pero si obró de buena fe no tiene ninguna obligación de reparar, sino que su deber se limita a restituir la cosa para de esa forma hacer que cese el daño que se había provocado el mismo autor del pago por error.

Personalmente entendemos que existe cesación del daño cuando, sin entrar en la faz indemnizatoria, se suprime el efecto dañoso principal.

Es cierto que en algunos casos puede quedar, de manera subsidiaria, la obligación de reparar los daños y perjuicios que realmente se han provocado, luego de haberse procurado la cesación del daño, que consistió, pues, en eliminar el efecto dañoso.

Esto ha llevado a que en algunos casos la doctrina superponga la cesación del daño con la indemnización en natura. En efecto, cuando se habla de la indemnización en especie suele pensarse que por esta vía se suprime el daño y que con la indemnización en natura, que para algunos es un capítulo de la reparación, lo que se logra es hacer cesar el daño, porque se ha restituido al patrimonio a la situación anterior a la producción del hecho dañoso.

V. La cesación del daño en las relaciones obligacionales

Proyectémonos en los distintos campos del derecho civil. ¿Qué pasa en las relaciones obligacionales? En ellas el principal objetivo es lograr que el deudor ejecute una prestación a favor de su acreedor y el daño va a devenir para el acreedor si se produce el incumplimiento de la prestación en tiempo debido: a partir de ese momento vamos a encontrar un efecto dañoso causado por el incumplimiento de la prestación. En primer lugar se presenta la llamada "situación jurídica de mora", que tiene existencia mientras todavía sea posible y útil para el acreedor que se ejecute la prestación debida.

El Código ordena indemnizar los daños y perjuicios que esa situación de mora provoca al acreedor, pero manda también al deudor moroso a ejecutar, aunque sea tardíamente, la prestación que debía.

La ejecución de la prestación debida ¿es un resarcimiento?, ¿es una reparación del daño? No: es simplemente realizar un hecho que hace cesar el daño por la vía de la ejecución de la prestación.

El resarcimiento es otro paso; consistirá en la indemnización de los daños y perjuicios moratorios que ocasionó el retardo en el cumplimiento de la obligación.

Pero, aquí nos debemos preguntar, dentro del campo obligacional, ¿qué amplitud tiene la posibilidad de hacer cesar el daño?

Para algunos autores la ejecución solo se produce si la prestación la realiza el propio deudor; pero el Código no contempla esa sola posibilidad, sino que admite en el art. 505 otras posibilidades complementarias cuando otorga facultades al acreedor para que logre por otras vías la cesación del efecto dañoso y admite tanto la ejecución forzada como la ejecución por otros a cargo del deudor. Parece conveniente recordar lo que disponen los distintos incisos de la mencionada norma que consagra una forma de cesación

del daño, como el primer paso que debe darse, y como un problema diferenciado de la indemnización de los daños y perjuicios.

El inc. 1º del art. 501, entre las facultades del acreedor, nos dice que tiene derecho a "emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado". Se trata de la ejecución forzada, por vía judicial, pudiendo llegarse incluso a desapoderar al deudor de la cosa, para entregarla al acreedor. De esta forma cesa el efecto dañoso de la inejecución, pero quedaría todavía el problema de la indemnización.

El inc. 2º del mismo art. 505 faculta a que el acreedor satisfaga su interés haciendo que otro ejecute la prestación, a costa del deudor. Se trata también de una forma de cesación del daño.

Luego el art. 505, en su inc. 3º, de manera separada, contempla las indemnizaciones:

"Art. 505.- 3º) Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes".

El Código distingue bien los dos primeros incisos, que son las medidas que tienden a obtener la cesación del daño, del tercero por el cual se contempla ya la reparación del perjuicio.

Esta diferenciación se proyecta también en otras normas obligacionales. Por ejemplo, en los arts. 579 y ss., al tratar la posibilidad de pérdida de la cosa cierta debida, encontraremos algunas normas que tienen particular interés en este camino de búsqueda que hemos emprendido para distinguir la cesación del daño de la reparación del perjuicio.

Vemos allí que el Código dispone que si la cosa se pierde por culpa del deudor, este será responsable por su equivalente y por los perjuicios e intereses (art. 579). Esta solución, tratándose de cosas ciertas, no es de cesación del daño, sino de reparación, porque el "equivalente" ya no es la misma cosa, e incluso para muchos autores el "equivalente" es de carácter dinerario, porque en materia de "cosas ciertas" solamente sería posible tratar de apreciar su valor en dinero, porque no hay otra cosa cierta igual que le pueda ser entregada; es decir, se desinteresa al acreedor indemnizándolo.

Es cierto que un sector de la doctrina ha criticado al Código por haber empleado ese vocablo, preguntándose: ¿qué "equivalente" puede haber cuando se trata de cosas ciertas? Al parecer ninguno.

Nosotros, sin embargo, pensamos que el vocablo "equivalente", utilizado en esa norma puede tener una proyección mayor; porque no debemos olvidar que el propio Código ordena que se aplique el régimen de las cosas ciertas a las obligaciones de dar cosas inciertas no fungibles, después que se ha producido lo que solemos llamar la "concentración", es decir después que se ha efectuado la elección **(1)**, y también a las obligaciones de dar cantidades de cosas después de que el acreedor las ha contado, pesado o medido **(2)**. Por ejemplo el deudor tiene que entregar diez botellas de Coca Cola; se trata de una obligación de dar cantidades de cosas, pero después de que se eligieron las diez botellas que deben entregarse se produce la "concentración", y a partir de ese instante se juzga la relación por las normas correspondientes a las obligaciones de dar cosas ciertas.

Si se destruyen las diez botellas que habían sido elegidas se debe el equivalente; pero, en este caso, ¿el equivalente se reduce a una suma de dinero? No; aquí el equivalente serán otras diez botellas de Coca Cola y, en esta hipótesis, en especial, podría pensarse que estamos frente un caso de cesación del daño, y no de reparación.

Adviértase que la ley distingue, y solo ordena el pago de daños y perjuicios si medió culpa del deudor **(3)**, o se encontrase en mora; pero si no han mediado culpa o mora, queda liberado con el pago del "equivalente", es decir si hace cesar el daño. En cambio, si medió culpa, deberán acumularse la cesación del daño, más la reparación.

¿Qué nos dice el Código cuando se trata de obligaciones de restituir las cosas a su dueño? En primer lugar, si se tratase de un poseedor de

(1) "Art. 603.- Después de individualizada la cosa por la elección del deudor, se observará lo dispuesto respecto a las obligaciones de dar cosas ciertas".

(2) "Art. 609.- Las cantidades quedarán individualizadas como cosas ciertas, después que fuesen contadas, pesadas o medidas por el acreedor".

(3) Ver arts. 579, 581, 610 y concs.

buena fe, hará suyos los frutos percibidos; pero si es de mala fe, considera que el acreedor ha sufrido un daño al ser privado de la percepción de los frutos, y dispone que devuelva la cosa no solo con los frutos pendientes, sino también que restituya los que había percibido, para que cese el daño sufrido por el acreedor (ver art. 590).

¿Qué pasa con las obligaciones de no hacer? Cuando la actividad prohibida admite la posibilidad de que se deshaga lo hecho, el Código, al igual que todos los Códigos del mundo, prevé como solución no el pedido de una indemnización, sino que se deshaga lo hecho, es decir que cese el daño **(4)**, a lo que se agregará luego la indemnización **(5)**.

Yo aclararía algo más, pues aunque en esta hipótesis nuestro Código parece reducir la indemnización a los casos en que no fuese posible destruir lo que se hizo, aunque se logre la destrucción de lo hecho, es solamente hacer cesar el daño que produjo el incumplimiento, pero igual existe un período durante el cual se violó la obligación de no hacer, que produjo daños que deben ser indemnizados, al margen de la cesación del daño.

En materia de pago indebido encontramos otro par de normas, los arts. 786 y 788, que ilustran lo que ya decíamos **(6)**; la primera medida es la "cesación del daño", mediante la restitución de la cosa y, luego, si hubo mala fe, se suma la indemnización.

Esta larga enumeración de casos puede parecer un poco árida, pero es fruto de una búsqueda que tiende a mostrar cómo a lo largo del Código encontramos numerosas normas en las que se separa la cesación del daño de la indemnización y —esto es lo más importante— colocan en primer lugar, frente a un efecto dañoso, la adopción de medidas que hagan cesar el daño, y luego que se pase a indemnizar.

En el caso de pago indebido, insistimos, si el *accipiens* era de buena fe solo se dispone la cesación del daño, y para el caso de mala fe, cesación del daño más indemnización **(7)**.

Para completar nuestro repaso panorámico en materia de relaciones obligatorias, citaremos algunas normas que encontramos en materia de contratos, cuando estudiamos la garantía de evicción. Vemos allí que si el comprador de una cosa es vencido por un tercero que la reivindica como propia, sufre un daño que consiste en el precio que había pagado, y lo primero que puede hacer es reclamar al vendedor que le restituya ese monto (ver art. 2118), es decir que se produzca la "cesación del daño" que ha sufrido, línea de pensamiento que inspira también otros artículos (ver arts. 2119 y 2120); mientras que si ha mediado mala fe del enajenante, a la cesación del daño, se suman las indemnizaciones correspondientes (art. 2123).

En esta materia, el Código deja un marco bastante amplio a la autonomía de la voluntad y permite que el adquirente renuncie a la garantía de evicción **(8)**, pero aun en este caso dispone el art. 2100 que "La exclusión o renuncia de cualquiera responsabilidad, no exime de la responsabilidad por la evicción, y el vencido tendrá derecho a repetir el precio que pagó al enajenante, aunque no los daños e intereses".

El adquirente de la cosa que se ve privado de ella y había renunciado en general a la "garantía

(4) "Art. 633.- Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor".

(5) "Art. 634.- Si no fuere posible destruir lo que se hubiese hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho".

(6) "Art. 786.- El que recibió el pago de buena fe, está obligado a restituir igual cantidad que la recibida, o la cosa que se le entregó con los frutos pendientes, pero no los consumidos. Debe ser considerado como el poseedor de buena fe".

"Art. 788.- Si ha habido mala fe en el que recibió el pago, debe restituir la cantidad o la cosa, con los intereses o los frutos que hubiese producido o podido producir desde el día del pago. Debe ser considerado como el poseedor de mala fe".

(7) El que recibió de mala fe, en el caso del pago indebido, es aquel que sabía que no debían entregarle la cosa y que se aprovechó de ello. Ese daño que provocó como *accipiens* de mala fe, debe ser indemnizado, mientras que el de buena fe se limita a restituir la cosa.

(8) "Art. 2098.- Las partes sin embargo, pueden aumentar, disminuir, o suprimir la obligación que nace de la evicción".

de evicción", tiene sin embargo derecho a dirigirse contra quien le vendió la cosa, para reclamar la restitución del precio que pagó por ella, pero no los otros daños. Es decir que hace "cesar el daño" que le ocasiona el no poder tener la cosa que ha salido de su patrimonio, pero no concede indemnización, porque había una expresa renuncia a ella.

VI. Relaciones reales

Hasta ahora nos hemos ocupado de ejemplos buscados en el campo de las relaciones obligatorias; pasemos a indagar qué sucede en el campo de los derechos reales.

El primer problema que nos planteamos se vincula con la posesión. ¿Cuándo hacemos valer las acciones posesorias? Cuando el poseedor ha sido desposeído; el daño, para él, es precisamente quedarse sin la cosa que estaba en su posesión. No estamos aquí hablando de un propietario, sino de un mero poseedor, protegido por el derecho en el uso y goce de la cosa; cuando es desposeído se le conceden las acciones de manutención o de restitución de la cosa (art. 2487), o la acción de despojo (art. 2491); en todos esos casos la primera medida que se va a obtener por medio de la decisión judicial es la de cesación del daño, es decir la restitución de la cosa. Después se entrará a indagar si quien desposeyó, o si quien estaba en posesión indebidamente, había actuado de buena o de mala fe, y si quien ha actuado de buena o de mala fe debe o no agregar a la restitución de la cosa una indemnización.

El primer paso es de cesación del daño, restituyéndole la cosa al poseedor, o haciendo que cesen las turbaciones. Encontramos aquí dos artículos básicos para el tema que nos interesa estudiar, los arts. 2499 y 2500, en los que debemos marcar la aparición de algo de sumo interés, porque se da un paso más, es decir se va un poco más allá de la mera cesación del daño, ya que se contempla una hipótesis de prevención. Antes de que se produzca el daño pueden tomarse medidas para procurar evitar que ese daño suceda, lo que nos permite diferenciar otro aspecto.

Vemos así en las acciones posesorias dispositivos que tienden a la cesación del daño, más la indemnización cuando ha mediado mala fe; pero también encontramos normas que permiten prevenir el daño. Es un daño temido, aspecto del cual nuestro legislador se ha ocupado cuando dispone: "Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares" (párrafo agregado al art. 2499 por la ley 17711) (ALJA 1968-A-498).

El art. 2500 pasa a una hipótesis de prevención del daño, pero no se vincula con el párrafo agregado por la ley 17711, sino con el primer párrafo del art. 2499 que se refiere a la acción de obra nueva, disponiendo: "Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de este sufre un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva".

Alguien ingresa en un inmueble ajeno, comienza a ejecutar una obra: ¿qué medida tiene el poseedor? Primera medida, tratar de que cese el daño parando la obra, que no continúe; luego, si se demostrase que estuvo mal realizada (como lo veremos cuando analicemos las normas de la edificación para el que construye de mala fe en terreno ajeno), va a proceder la máxima medida de cesación, que es la destrucción de lo hecho. Dice el art. 2500: "La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho".

Solución típica de la cesación del daño, como primera medida.

En la acción reivindicatoria, es el propietario el que trata de recuperar la cosa de que ha sido desposeído, y luego de la recuperación, que es cesación de daño **(9)**, podrán venir las indemnizaciones según que el poseedor condenado a restituirla haya tenido o no buena o mala fe, y en la medida que establecen los arts. 2422 y ss.

No nos vamos a detener a analizarlos punto por punto, pero destacamos que a la medida restitutoria, que hace cesar el daño, y que procede en todos los casos, se sumarán las indemnizaciones cuando haya mediado mala fe.

(9) Ver arts. 2793 y 2794.

Tanto en las acciones posesorias, como en la reivindicatoria, la primera medida es la restitución de la cosa, es decir una medida típica de cesación de daño.

En la edificación, como concordante con las previsiones del art. 2500 que ya hemos mencionado, nos encontramos con el art. 2589 **(10)**. En el texto ordenado por la ley 17.711 se refiere al que ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, y establece en primer lugar que el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo a costa del edificante, sembrador o plantador **(11)**.

En las servidumbres encontramos alguna norma que también puede ilustrarnos de cómo el codificador a lo largo de toda su obra se ha ido preocupando del problema de la cesación del daño. El art. 3038 nos dice que el propietario de la heredad sirviente que ha hecho ejecutar trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre está obligado a restablecer a su costa las cosas a su antiguo estado. Primer punto, hacer cesar el daño, y agrega el mismo artículo que, "en su caso", será condenado a satisfacer los daños y perjuicios. Deslinda con mucha justeza la cesación de daño de indemnización o reparación, explicando en la nota que la "cesación del daño" corresponde en todas las hipótesis, incluso cuando el fundo sirviente está en manos de un sucesor del que hizo los trabajos indebidos, aunque —por supuesto— contra él no podrá perseguirse la indemnización de daños y perjuicios **(12)**.

¿Qué pasa en las relaciones de vecindad, que nosotros mencionábamos al comenzar esta exposición?

Se recordará que la ley 17.711 modificó el art. 2618. Allí encontramos precisamente una autorización al juez para hacer cesar los daños que esas inmisiones ocasionen al vecino y, además, la autorización para la indemnización.

No en todos los casos el juez ordenará la cesación del daño, porque deberá tener en cuenta la antigüedad en el uso, las exigencias de la producción y el respeto al uso regular de la propiedad, que son las otras pautas que fija el art. 2618, pero nos interesa resaltar que en este caso el Código está previendo la cesación de los daños, como algo diferenciado.

El art. 2618 dispone textualmente que, "según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias".

Aunque la norma utiliza la conjunción "o", no se trata de una mera alternativa; el juez podría disponer simultáneamente las dos cosas, es decir la cesación, más la indemnización, es decir una u otra, o ambas, porque si las molestias no guardan relación con la normal tolerancia, el juez podrá ordenar que cese el daño y, además, se indemnice todo el daño que se causó durante el período prolongado en que se ocasionaron estas molestias al vecino.

Hace algún tiempo nos visitó en Córdoba un registrador español, José María Chico y Ortiz, autor de numerosos libros y, además, un hombre que como todos los españoles cultos tenía un gracejo muy particular. Entonces, además de incorporarse a la Academia Nacional de Derecho que lo había designado académico correspondiente, donde leyó su conferencia ciñéndose a los requisitos del protocolo académico **(13)**, en el Colegio de Escribanos de la provincia dio otra conferencia de "tono menor", como diría González Palomino,

(10) "Art. 2589.- Si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador...".

(11) Por supuesto que contempla también, en el último párrafo del art. 2589, la posibilidad de que el propietario del terreno pueda desear conservarla, pero en tal caso, para que no se hayan enriquecimiento sin causa deberá indemnizar a quien realizó los trabajos.

(12) "Nota al art. 3038.- ... La obligación de no hacer nada que sea contrario a la servidumbre, afecta sin duda a la cosa en el sentido de que el sucesor particular no debe contravenir a ella, y que él mismo está obligado a sufrir la destrucción de los obstáculos que su autor ha puesto al ejercicio de la servidumbre. Pero otra cosa es la obligación de reparar el perjuicio causado por un hecho ilícito de este último. El cumplimiento de la obligación personal que de él nace, no puede perseguirse sino contra el que ha causado el perjuicio...".

(13) El acto de incorporación se realizó el día 5/4/1994, y su conferencia, sobre "Revisión crítica de los principios hipotecarios", se encuentra en el tomo de *Anales* XXXIII, año académico 1994.

donde ilustra lo que él llamaba "incongruencias del Código Civil", con una serie de anécdotas más o menos risueñas ocurridas a lo largo del tiempo y que había tenido oportunidad de conocer con motivo de su ejercicio profesional.

Una de esas anécdotas puede vincularse con el tema de la cesación del daño. Relataba que un palurdo, es decir un campesino rústico y muy sencillo **(14)**, visita a un catedrático que se encontraba en su finca rural, y le efectúa una consulta, expresándole de manera dubitativa:

— Don Benito, me han dicho que mi vecino tiene derecho a cortar las raíces de mis árboles que pasan a su terreno. ¿Es cierto eso?

El catedrático, sin vacilar, le responde:

— ¡Sí, hombre; sí! El art. 2629 Cód. Civil **(15)** le concede ese derecho.

En realidad, como ustedes verán, se trata de una medida de cesación de daño que puede ser ejercitada de manera directa por el propio afectado. Pero el palurdo de la anécdota, que no parecía muy convencido, pese a la autoridad científica de quien así respondía a su consulta, agrega:

— ¿Me lo puede dar por escrito?

— ¡Con todo gusto!

Y don Benito toma el papel, estampa allí las normas que autorizan a cortar las raíces que avanzan sobre el terreno vecino, y lo firma.

Pasan quince días y el criado de Don Benito se acerca a su patrón y le dice:

— Don Benito, ese árbol tan bello que tiene al fondo de la finca, y a cuya sombra tanto le gusta reposar, ¡se está secando!

Insisto, pues, en que la cesación del daño no solamente es la primera medida prevista por el legislador, sino que a veces puede obtenerse por mano propia, sin recurrir a la justicia; es uno de los casos en los cuales el código autoriza a que uno mismo tome las medidas para obtener la cesación del daño. Y allí, el dueño del árbol no ha cometido un acto ilícito, sino que las raíces se extendieron por obra de la naturaleza; sin embargo, ha causado un daño con el árbol que es de su propiedad y se autoriza al vecino a que las corte.

Con las ramas somos más generosos en el Código, y tenemos que pedir permiso; no se nos permite cortarlas de manera directa. Al parecer, el legislador ha considerado que el daño es más grave cuando lo que pasan son raíces...

Adviértase, finalmente, que el daño puede producirse (tanto con el avance de las ramas, como de las raíces), tratándose de árboles que están plantados a las distancias que fija la ley, pero ello no es obstáculo para que el daño se produzca y se autorice a tomar medidas para que cese.

El actuar del dueño del árbol puede haber sido perfectamente lícito, lo que no impide que se produzca un efecto dañoso y se autorice a suprimirlo de "propia autoridad", de manera paralela a lo que sucede con la "defensa propia".

Allí también, en ese título tan extenso sobre las restricciones y límites al dominio que incluyó don Dalmacio Vélez a partir del art. 2611, al tratar el problema de las aguas, hay algunas normas que prohíben desviar su curso natural, para no causar daño al vecino. Y si se realizasen obras de ese tipo, la medida que prevé la ley es de supresión del daño: hacer destruir esas obras (ver arts. 2643 y 2644).

Adviértase que el art. 2644 pone a cargo del que realiza estas obras no solamente los gastos de remoción (es decir de cesación del daño), sino "a más", las indemnizaciones que correspondan **(16)**, y que constituyen un capítulo aparte.

Para concluir con los derechos reales traeremos a colación algunas normas que están fuera

(14) Nosotros diríamos un "pajuerano".

(15) "Art. 2629.- Si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre las construcciones, jardines, o patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para pedir que se corten en todo lo que se extendiesen en su propiedad; y si fuesen las raíces las que se extendiesen en el suelo vecino, el dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo, aunque los árboles, en uno y otro caso estén a las distancias fijadas por la ley".

En realidad Chico y Ortiz mencionó el art. 592 del Código español, que es sustancialmente idéntico.

(16) "Art. 2644.- ... Si fueren motivadas por culpa de alguno de los ribereños, que hiciese obra perjudicial o destruyese las obras defensivas, los gastos serán pagados por él, a más de la indemnización del daño".

del Código y se encuentran en una ley especial, la de propiedad horizontal. Vemos en ella que el art. 6º establece una serie de limitaciones a las facultades de uso de los propietarios u ocupantes de una unidad **(17)**, y para el caso de que se violen estas prohibiciones, el art. 15 prevé en primer lugar medidas que tienden a obtener la "cesación del daño", previendo multas o arrestos y la adopción de "las disposiciones necesarias para que cese la infracción, pudiendo ordenar el allanamiento del domicilio o el uso de la fuerza pública si fuera menester", y en el último párrafo del mismo artículo se prevé que "la aplicación de estas penas no obstará el ejercicio de la acción civil resarcitoria que competa al propietario o propietarios afectados", distinguiendo claramente la "cesación del daño" de la reparación de los perjuicios sufridos.

VII. Actos ilícitos

En los actos ilícitos encontramos también en el Código una serie de normas que están diferenciando la cesación del daño, del problema de la reparación; lo vemos, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad a los que el Código dedica un capítulo especial que comienza con el art. 1091, norma que expresa: "Si el delito fuere de hurto, la cosa hurtada será restituida al propietario con todos sus accesorios, y con indemnización de los deterioros que tuviere, aunque sean causados por caso fortuito o fuerza mayor".

Esto típicamente es una hipótesis de cesación del daño, y no su reparación, porque el autor del hurto, además de restituir la cosa tendrá que indemnizar al propietario por la privación indebida que tuvo durante un tiempo, hasta el momento que se le restituyó la cosa. Insistimos en que la ley prevé dos medidas: hacer cesar el daño por vía de la restitución de la cosa y luego indemnizar los daños que se produjeron durante el período en que el dueño estuvo privado de la cosa, o los deterioros que la cosa hubiese sufrido.

"Si no fuere posible la restitución de la cosa hurtada se aplicarán las disposiciones de este capítulo sobre la indemnización del daño por destrucción total o parcial de la cosa".

Se ve que las dos normas (arts. 1091 y 1092) diferencian claramente lo que es la cesación del daño, de lo que es su reparación.

También en los delitos contra la persona encontramos varias normas vinculadas con el problema que nos ocupa. El delito, por ejemplo, puede consistir en un atentado contra la libertad personal. En ese caso, lo primero que debe hacerse es ponerle fin haciendo cesar el daño que acarrea la privación de la libertad. El delito puede también consistir en provocar daños físicos o psíquicos a la persona; generalmente esos daños se traducen también de manera permanente o continuada en una disminución de la capacidad laborativa que tendrá que ser indemnizada incluso con la proyección temporal futura, pues se trata de un daño cierto que debe ser indemnizado. Pero lo primero que se debe procurar es que a esa persona se la cure para que cese el daño. Tendrán que solventarse los gastos de curación, pero lo primero se endereza hacia la cesación del daño. No siempre se logra de manera efectiva, porque si se trata de un accidente desgraciado que hace perder un miembro, no habrá cesación del daño posible, pero si se trata de la quebradura de un brazo, u otras lesiones reversibles, lo primero que debe procurarse es que cese el efecto dañoso que fue consecuencia del hecho ilícito, tanto sea que se trate de un daño físico o de un daño psíquico; y luego, en segundo lugar, indemnizar las consecuencias dañosas, comprendiendo toda su prolongación o proyección temporal. Dice el art. 1087 que "la indemnización consistirá solamente en una cantidad correspondiente a las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fue plenamente restituido a su libertad".

Y si el delito fuere de heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido (art. 1086).

(17) "Art. 6º (ley 13512 [ALJA 1853-1958-1-419]).- Queda prohibido a cada propietario y ocupante de los departamentos o pisos:

a) Destinarlos a usos contrarios a la moral o buenas costumbres o a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración;

b) Perturbar con ruidos o de cualquier otra manera la tranquilidad de los vecinos, ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble, o depositar mercaderías peligrosas o perjudiciales para el edificio.

La norma habla de indemnización, pero indemnización para lograr que cese el efecto dañoso.

Si hay completo restablecimiento ha cesado el daño y no habrá proyección futura, porque no habrá una disminución de ingresos; si no hay completo restablecimiento, tendremos una proyección futura dañosa, con la indemnización correspondiente, con el lucro cesante.

Cuando se trata de calumnias e injurias (art. 1089), tenemos hechos que pueden producir daños difícilmente reparables, y donde la cesación es algo que por más que el derecho intente, uno no sabe si se logra, porque la proyección de la calumnia que se echó a rodar no se detiene a veces nunca. Por supuesto que en esto, como en lo previsto en los delitos contra la intimidad, la cesación del daño no debe confundirse con la reparación de los perjuicios que el hecho produzca, como la disminución de ingresos, sino que buscaría lograr que se restituya a la persona la integridad de su honor que se ha visto menoscabado. Pero, insistimos, no solo en las calumnias y en las injurias, sino en el resto de los atentados contra los derechos personalísimos, en que se ve afectado el honor de la persona, es muy difícil —por más que se tomen las medidas para evitar que el hecho dañoso generador siga provocando efectos— lograr suprimir totalmente la proyección dañosa de ese hecho.

El art. 1071 bis, que trata del derecho a la intimidad, nos dice que quien "arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, ...". A ello se agregará el pago de una indemnización que equitativamente fijará el juez.

Pero insistimos, una cosa es la cesación del hecho dañoso generador y otra la cesación real y efectiva del daño. En este caso se pueden tomar medidas para que cese el hecho dañoso generador; se intenta a veces por la vía de publicaciones periodísticas que desmientan las informaciones injuriosas, pero no siempre con ello se logra como resultado hacer que cesen los daños.

Para concluir con esto, el Código incorporó la indemnización en especie, introduciendo importantes cambios al art. 1083. Algunos ven esto como una "cesación del daño", pero la reparación en natura no coincide totalmente con la "cesación del daño".

La cesación del daño se obtiene, como ya hemos visto, mediante la devolución de la cosa en el caso del robo, o en las acciones de reivindicación, o en el pago indebido, mientras que en la reparación en natura se intenta restablecer la situación patrimonial del damnificado dándole un equivalente en especie, y no la cosa misma. Se trata de una típica "indemnización" y no una mera "cesación del daño". El art. 1083 nos dice: "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero".

Está contemplando hipótesis en las cuales se procura reparar el daño "en especie", también con el propósito de que no sigan sus efectos, pero no coincide estrictamente con la "cesación del daño".

VIII. Los daños contra el medio ambiente

Ya fuera del campo del derecho civil encontramos problemas que acucian hoy a la humanidad, donde la "cesación del daño" adquiere mayor relevancia que la propia indemnización.

Nos referimos del problema de los daños que se ocasionan al medio ambiente, que han cobrado hoy magnitudes otrora inimaginables, que pueden poner en peligro el futuro mismo de la supervivencia de nuestro mundo: la extinción de especies animales; el consumo incontrolado de productos naturales no renovables; la contaminación de las aguas; el agujero en la capa de ozono y tantas otras actividades dañosas que requieren, en cada caso, medidas urgentes que los hagan cesar sin dilación, antes que proceder a indemnizar.

En muchos de estos casos, quienes aparecen ejercitando acciones como víctimas de los efectos dañosos de estas actividades no sufren en su patrimonio más que un pequeño menoscabo, pese a que los daños ambientales adquieren

enorme magnitud económica y suele plantearse el problema de si sería justo que se otorgase una "reparación integral" al que accionó, pues la integridad del daño provocado excede el monto del daño sufrido por el accionante.

En estas hipótesis lo sustancial, lo primario, es lograr que cese el hecho dañoso generador; y en segundo lugar quedará el monto de la indemnización y el destino a dar a esos fondos para que no enriquezcan indebidamente al actor, sino que se empleen adecuadamente para restablecer las calidades del medio ambiente que ha sufrido esta agresión.

Precisamente el problema de los daños ambientales es el que nos indica que resulta indispensable este enfoque que pone el acento en la "cesación del daño" como primera medida frente a los hechos dañosos.

Creo que con nuestro esfuerzo de búsqueda a lo largo del Código dejamos en manos del lector una inquietud, para proseguir un camino de investigación que hoy ha cobrado importancia capital, más allá del campo del derecho civil.