RCyS

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Año XXIII | Número 4 | Agosto 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 1ra. quincena de julio 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 4 | Agosto 2021

DIRECTOR:
ALBERTO J. BUERES

SUBDIRECTOR:
MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

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

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

ÁREA DERECHO DE SEGUROS:
Stiglitz G.

ÁREA PROCESO DE DAÑOS:
Kiper

ÁREA RESPONSABILIDADES ESPECIALES:
Cafferatta
Galdós
Kraut
López Herrera
Márquez
Vergara

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

CONSEJO ASESOR Y DE REFERATO

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

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

PROF. RAMÓN DANIEL PIZARRO
(Universidad Nacional de Córdoba)

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

COMITÉ ACADÉMICO

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

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

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

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

CORRESPONSALES EXTRANJEROS

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

Prof. Judith Martins Costa
(Universidad de San Pablo)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Ricardo de Ángel Yágüez
(Universidad de Deusto)

Prof. Eugenio Llamas Pombo
(Universidad de Salamanca)

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

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

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

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

Alemania: Prof. Wilfried Schlüter
(Münster Universität)

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

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

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

COMITÉ ACADÉMICO

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

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

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

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

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

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

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

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

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

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

ÍNDICE

DOCTRINA ESENCIAL

Reflexiones sobre el daño con trascendencia para el derecho
Pascual E. Alferillo 3

Responsabilidad preventiva y punitiva de los administradores de personas jurídicas privadas
Pedro Sánchez Herrero 14

La reticencia en el contrato de seguro. Aspectos del esquema legal vigente y algunos lineamientos para su reinterpretación
Carlos J. M. Federik 22

Relación entre la acción civil y la acción penal. Posible tensión entre el valor seguridad jurídica y el valor justicia
Santiago Cappagli 46

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

ACCIDENTE DE TRÁNSITO
Colisión entre automóvil y bicicleta. Víctima que fallece después de un mes por una infección intrahospitalaria. Concausalidad sobreviniente. 57

La concausalidad es siempre inexorable: un tema a reflexionar
Mariano Gagliardo 65

Jurisprudencia

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO
Resolución de un problema de inscripción de un vehículo en el Registro de la Propiedad Automotor. Reconocimiento del incumplimiento 71

LESIONES POR CAÍDA EN VEREDA DEFECTUOSA
Acreditación del contacto entre la cosa viciosa y el cuerpo del accionante. Cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente. Disidencia parcial 74

RESPONSABILIDAD DEL LABORATORIO. DAÑO PUNITIVO
Demanda deducida contra el fabricante de un bloqueador solar por los daños causados a dos niños. Dermatitis atópica como enfermedad preexistente. Indemnización. Revocación de la multa civil. Ausencia de una deliberada intención de introducir y dejar un producto defectuoso en el mercado para maximizar ganancias 86

RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD
Caída en la vereda. Mal estado de conservación. Falta de señalización. 95

CONTRATO DE HOSPEDAJE. DEBER DE SEGURIDAD
Persona que tropieza con cable tendido en el piso. Relación de causalidad adecuada 106

ACCIDENTE DE TRÁNSITO
Prioridad de paso. Alcances. Exceso de velocidad. Responsabilidad concurrente. Privación de uso 114

VICIO DE LESIÓN
Compraventa de inmueble rural. Evidente desproporción en las prestaciones de las partes. Nulidad del acto jurídico. Efectos. Restitución del precio recibido 122

MALA PRAXIS MÉDICA. CONSENTIMIENTO INFORMADO
Cirugía reparadora y estética. Resultados no deseados. Derechos del paciente. Prueba pericial. Responsabilidad de la empresa de medicina prepaga 132

HURTO EN CAJA DE SEGURIDAD
Imposibilidad de probar el hecho. Funcionamiento en el sistema de seguridad. Rechazo de la acción. 144

ROBO EN SANATORIO
Ingreso de un tercero a la habitación cuando la madre estaba en neonatología. Responsabilidad del propietario del establecimiento de salud. Indemnización 153

PRIORIDAD DE PASO. VEHÍCULO POLICIAL
Archivo de las actuaciones en sede penal. Intervención de móvil policial. Vehículos de emergencias. Balizas y sirenas encendidas. Lucro cesante 157

DERECHO AL HONOR
Frustración de operación inmobiliaria. Efectos de la retractación en sede penal. Existencia de los hechos 166

INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. FÓRMULAS MATEMÁTICAS
Cirugía estética. Infección posoperatoria. Incapacidad sobreviniente. Intereses. Disidencia parcial 173

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
Femicidio cometido por agente policial provincial. Utilización indebida de arma de fuego provista por la provincia. Daño moral por fallecimiento de madre 186

DAÑOS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL
Responsabilidad por daños originados en partes comunes. Humedad proveniente de balcones. Rechazo del daño moral 203

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS
Relación con el proceso principal. Notificaciones. Emergencia sanitaria. 215

VALORACIÓN DE LA PRUEBA. PRUEBA DE INFORMES
Medios de prueba. Señalización. Inidoneidad de la testimonial. Principio de originalidad. Exhibición de documental. Presunciones. 216

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA
Pintadas en pared de domicilio. Abogado. Clientela. Indemnización. Daño moral. Lucro cesante. Cuantificación de las pruebas producidas..... 221

INCOMPETENCIA. DECLARACIÓN DE OFICIO
Demanda contra distribuidora de energía eléctrica. Improcedencia de la declaración de incompetencia de oficio en razón del territorio. Asunto exclusivamente patrimonial. Revocación de sentencia. Disidencia. 225

CADUCIDAD DE INSTANCIA
Daños y perjuicios. Proceso avanzado. Revocación de sentencia que declara la perención. 226

SEGUROS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

EXCLUSIÓN DE COBERTURA
Delimitación del riesgo. Razonabilidad de la exclusión de cobertura por el uso de motocicleta. Deber de información. Disidencia. 233

Un fallo trascendente de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires
Carlos J. M. Facal 249

JURISPRUDENCIA

SEGURO DEL AUTOMOTOR. EXCLUSIÓN DE COBERTURA
Accidente de tránsito. Afectación comercial del vehículo. Prueba documental desconocida. Absurda ponderación del material fáctico. 257

SEGURO DE VIDA. DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Cláusulas de exclusión de la cobertura. Plazo para aceptar o rechazar la patología denunciada. Buena fe contractual. Daño moral. Daño punitivo. 262

DESTRUCCIÓN TOTAL DEL VEHÍCULO. CUOTAS IMPAGAS
Cumplimiento del contrato. Contrato de seguro. Rescisión del contrato por la pérdida del interés asegurable. Ausencia de deuda por parte del asegurado..... 278

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino
Atilio Aníbal Alterini - Roberto M. López Cabana 287

DOCTRINA ESENCIAL

Reflexiones sobre el daño con trascendencia para el derecho

Pascual E. Alferillo

Sumario: I. Introducción.— II. Principales criterios de la doctrina de los autores.— III. La definición de daño en el Código Civil y Comercial.— IV. El concepto de interés.— V. El daño con trascendencia jurídica es un concepto complejo, integral, unitario y dinámico.

I. Introducción

Desde una visión histórica de los presupuestos de la responsabilidad civil, surge como característica común la mutabilidad de la conceptualización de cada uno de ellos, conforme a las transformaciones socioeconómicas y culturales que van acaeciendo en el devenir de los tiempos.

Por cierto, que el concepto de daño en la esfera jurídica, de igual modo, está sometido a una permanente revisión de su alcance conceptual, en general, y, de un modo particular, respecto de la definición del contenido de cada uno de los tipos, lo cual ineludiblemente induce a replantear la validez de las clasificaciones conocidas.

De toda esta temática, se focalizará el esfuerzo investigativo, en explicar cuál es el concepto de daño con trascendencia jurídica.

La labor no es fácil, pero sí necesaria, especialmente para quienes ejercen la función jurisdiccional, dado que de su sabiduría depende la concreción del constitucional principio de reparación plena que implica no resarcir dos veces un mismo daño bajo denominaciones diferentes, como dejar de indemnizar un perjuicio por una inadecuada conceptualización de estos.

II. Principales criterios de la doctrina de los autores

El daño con relevancia jurídica tiene dos momentos de ponderación en la construcción de de una sentencia. En la primera etapa, cuando se determina el sujeto pasivo del deber de resarcir, actúa como presupuesto de su responsabilidad, junto al nexo de causalidad, la antijuridicidad y el factor de atribución aplicable.

En la segunda parte, el centro de atención se focaliza en valorar y cuantificar los distintos tipos que se presentan en cada caso como reclamo.

Pero en todo caso, *a priori*, corresponde precisar, en términos generales, qué se entiende por daño con importancia para el derecho.

En este sentido, el pensamiento de los principales ideólogos con relación al concepto de daño puede agruparse básicamente según sus respuestas del siguiente modo. El daño es: a) el menoscabo de un derecho, b) el menoscabo de un interés y c) las consecuencias del menoscabo.

Como paso previo se pondrá a la vista la conceptualización dada por el histórico Código Civil.

II.1. El contenido normativo del derogado Código Civil

El derogado Código Civil precisaba que no habría acto ilícito civil punible, si no se hubiera causado daño además de existir un factor de atribución subjetivo (art. 1067). En función de ello, a continuación, el art. 1068 especificaba que "habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades".

En cuanto al alcance del daño el art. 1069 aclaraba que "comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de

que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras 'pérdidas e intereses'". Estas normas se complementaban con el art. 1078 que, luego de ser reformado por la ley 17.711, permitía que en todos los actos ilícitos fuera posible la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima **(1)**.

Finalmente resaltar la nota adjunta al art. 2312 del Cód. Civil, que ha sido sistemáticamente soslayada por la doctrina de los autores, para no reconocer la resarcibilidad de algunos daños, por ejemplo, el daño a la vida del propio interfecto. En la nota se discrimina con suficiente elocuencia y claridad que "hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos, un bien "in jure". Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relación económica, las facultades del hombre constituyen sin duda la riqueza; más jurídicamente, ellas no hacen parte de sus bienes" **(2)**.

De un rápido análisis sistemático de estas normas, se verifica que Vélez Sarsfield destacaba el daño con una óptica patrimonialista, dado que calificaba de directo el producido a las cosas que estaban bajo el dominio o posesión del sujeto y de indirecto por los daños por mal hecho a la integridad psicofísica y social, como se dice en la actualidad.

Pero sin duda, en la nota antes transcripta, perfectamente aclara que hay derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc., derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc., que cuando son menoscabado pueden dar lugar a una reparación que si constituye un bien jurídicamente expresado **(3)**.

El art. 1068 se fundamentaba en LL 1 y 6, tít. 15, Part. 7ª, la cual conforme informa Varela expresa con mayor precisión que "daño es, empeoramiento, o menoscabo, o destruymiento, que ome recibe en si mesmo, o es sus cosas, por culpa de otro" **(4)**. Como se colige, ya se conocía perfectamente que el menoscabo podía afectar a la persona en su integridad psicofísica-social y en su integridad patrimonial, pero se puso énfasis en la cosa como integrante del patrimonio.

II.2. El daño está relacionado con el menoscabo de un derecho

Los principales autores de finales del siglo XIX y principio del XX, cuando analizaron la legalidad antes transcripta, no formularon una hermenéutica exegética, sino que en un contexto doctrinario emitieron su opinión, entre los más

(1) Texto original del Código Civil: "Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no solo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas".

(2) Vélez Sarsfield completa la nota expresando: "el que hace cesión de sus bienes a sus acreedores, no comprende en la cesión, ni su libertad, ni sus facultades personales. El poder jurídico que se puede tener sobre una persona, y los derechos que de él le resulten no son bienes, aunque las ventajas que obtenga den nacimiento a bienes. En la jurisprudencia solo se considera "bien" lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear este en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos o placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo o enriquecerlo, aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito".

(3) ALFERILLO, Pascual E., "Daño a la vida - Valoración - Cuantificación - Acción resarcitoria", Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, ps. 155-160. El autor cita y critica la posición asumida por LLAMBÍAS, Jorge J., "La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio; daño resarcible", JA Doctrina (Serie contemporánea - 1974), p. 624; BUSTOS BERRONDO, H., "Acción resarcitoria del daño causado por homicidio", *Jus*, 1962, nro. 3, p. 3. El autor recuerda que este artículo es tomado del 828 del Proyecto de Código Civil para el Brasil del Sr. Freitas, con algunas modificaciones.

(4) VARELA, Luis V., "Fundamentos del Código Civil", imprenta H. y M. Varela, Buenos Aires, 1875, t. XV, p. 339.

relevantes se puede citar a Rezzónico cuando expresaba que "para ser resarcible el daño, supone un derecho lesionado, es decir, es necesario que algún derecho del damnificado haya sido ofendido, lesionado" **(5)**.

De igual modo, Llambías entendía que "el daño puede entenderse en un sentido amplio y en otro restringido. En sentido amplio, daño es toda lesión a un derecho subjetivo. En sentido restringido, es todo menoscabo o desmedro patrimonial que alguien sufre. En la teoría de la responsabilidad civil el daño que se toma en cuenta es este último" **(6)**.

Lafaille, en una particular posición, describe que "la palabra 'daño', aparte del sentido directo que le corresponde encuéntrase utilizada con una acepción distinta. Ya que no es tan solo el detrimento —perdida o menoscabo— que sufre el individuo o su patrimonio, y en el orden que nos ocupa, la cosa, o más ampliamente, de la prestación, siempre que el titular no lo hubiere provocado: se lo extiende, asimismo, a cuanto corresponde satisfacer al lesionado, esto es, al resarcimiento. Tanto se llama, 'daño' al destrozo o inutilización del objeto, como a la suma que se entrega para indemnizar; pero comúnmente, se nos habla entonces de 'daños y perjuicios' o bien de *dommagés-interéts,* fórmula francesa que ha trascendido al derecho universal" **(7)**.

Bustamante Alsina explica que "nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta en el sentido estricto de daño patrimonial. Si se causa un daño no justificado a un tercero menoscabando su patrimonio, es conforme al señalado principio de justicia que el autor responda mediante el debido resarcimiento que ha de restablecer el patrimonio a su estado anterior. Este deber de resarcir es lo que actualmente se llama responsabilidad civil" **(8)**.

Por su parte, Orgaz entendía resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo. En efecto, este autor enseñaba que "los arts. 1079 Civil y 29 Penal, sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación: la acción de resarcimiento pertenece a 'toda persona' o al 'tercero' que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona; pero el perjuicio, debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, solo ese perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley" **(9)**.

II.3. El daño está relacionado con el menoscabo de un interés

Entre los autores que sustentan esta visión, Bueres considera que "en rigor, el derecho no protege los bienes en abstracto, sino los bienes en cuanto satisfacen necesidades humanas (intereses)". En otras palabras, "el daño es la lesión a unos intereses jurídicos patrimoniales o espirituales. El interés es el núcleo de la tutela jurídica. Los derechos subjetivos, los bienes jurídicos en general, se regulan o se tutelan en vista de la satisfacción de intereses. Cuando se afecta la esfera jurídica de un sujeto, el goce de los bienes sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar, existirá daño" **(10)**.

En los párrafos siguientes, interpretando las enseñanzas de Santos Briz, concluye expresando que "el daño *estricto,* lesiona un interés jurídico susceptible de ser resarcido [...] lo trascendente,

(5) REZZÓNICO, Luis M., "Estudio de las obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1956, 7ª ed., p. 587.

(6) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 708.

(7) LAFAILLE, Héctor, "Derecho civil. Tratado de las obligaciones", Ed. La Ley - Ediar, Buenos Aires, 2009, 2ª ed. act. y amp., act. por Alberto J. Bueres y Jorge A. Mayo, t. I, p. 373.

(8) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed. ampl. y act., reimp., p. 159.

(9) ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1992, ps. 98 y 99. Esta limitación traía, por ejemplo, la exclusión de la legitimación para reclamar de los concubinos, del pariente lejano alimentado por el fallecido, etc. En igual sentido: BREBBIA, Roberto H., "El daño moral - Doctrina - Legislación - Jurisprudencia", Ed. Orbir, 1967, 2da. ed., p. 71.

(10) BUERES, Alberto, "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en *Derecho de daños, Primera parte*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, ps. 166-167.

en esta acepción del daño, es que este tiene que ser *potencialmente* reparable" **(11)**.

El autor de referencia frente al interrogante de cuál es el valor que tienen las repercusiones o secuelas que la lesión al interés provocan a la hora de perfilar su significado estima que "esos efectos (alteración patrimonial en el daño material, y sufrimiento, dolor, aflicción, desesperanza, disgusto, pérdida de satisfacción de vivir, etc., en el daño moral), son trasuntos o consecuencias del daño, pero no son el daño mismo como concepto estricto (...) sin embargo, existe homogeneidad de sustancia entre el daño y su efecto o secuela. Si el interés afectado es patrimonial, la consecuencia será patrimonial; y si el interés vulnerado es moral la consecuencia también lo ha de ser" **(12)**.

A su vez, Zannoni precisó que "es correcto distinguir entre derechos subjetivos e intereses legítimos, pero con esta salvedad: todo derecho subjetivo presupone un interés legítimo. El interés legítimo trasciende el derecho subjetivo cuando su objeto es un poder de actuación conferido por la ley en beneficio directo y exclusivo de su titular. Si, en cambio, se trata de preservar o mantener la legalidad de una situación jurídica de la que el sujeto participa, sin lesión actual de un bien jurídico directo y exclusivo —aun cuando la preservación de la legalidad de esa situación jurídica pueda, eventualmente, y en el futuro, llegar a provocar esa lesión— hay solo un interés jurídico que no es derecho subjetivo. Pero en estos casos la tutela del interés legítimo no se funda en un daño personal sino en la presentación de la legalidad de una situación jurídica que puede llegar, en el futuro, a frustrar derecho subjetivo" **(13)**.

En función de ello entiende como resarcible el "simple interés" no contrario a derecho cuando explicó que "el daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que, ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el *agere licere*—, es decir, de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a ese interés —cualquiera sea este— produce, en concreto, un perjuicio" **(14)**.

II.4. El daño resarcible es la consecuencia de la lesión padecida

Para un sector importante de la doctrina se generalizó la idea de que el daño resarcible es la consecuencia patrimonial o moral de la lesión padecida. Esta idea ha sido defendida por importantes autores como Pizarro y Vallespinos **(15)**, Zavala de González **(16)**, Lorenzetti **(17)** y Galdós **(18)**, entre otros.

(11) *Ibid*., p. 170. El autor aclara que "el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien. En palabras de De Cupis, el interés es la relación objetiva existente entre el ente que experimenta la necesidad y el entre idóneo para satisfacerla (el bien). Asimismo, la necesidad es una exigencia, un menester que proviene de la falta de ciertas cosas (De Cupis, *El daño...*, ps. 109 y 110)".

(12) BUERES, Alberto, ob. cit., ps. 171-172. El autor procura conciliar las dos posiciones alrededor de las cuales, entiende, gira el concepto apropiado de daño: la lesión de un interés y la que define al daño en vista a las consecuencias. Este pensamiento conciliador influyó notablemente en Pizarro cuando define daño moral.

(13) ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, 2da. ed. act. y amp., 1ra. reimpresión, p. 29.

(14) *Ibid*., ps. 36-37. Esta evolución fue consignada en BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., ps. 174-175. El cambio de criterio permitió, entre otras hipótesis, p. ej., la factibilidad para que el concubino pudiera reclamar el resarcimiento del perjuicio material derivado de la muerte de su compañero.

(15) PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, ps. 639-640.

(16) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, comentario al art. 1067, en BUERES, Alberto J. (dir.) – HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, ps. 95-96.

(17) LORENZETTI, Ricardo L., "La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante", RDPyC, nro. 1, "Daño a la persona", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 104.

(18) GALDÓS, Jorge M., "¿Hay daño biológico en el derecho argentino?", JA 2006-II, fasc. 13, con cita de BUERES, Alberto, prólogo a CALVO COSTA, Carlos A., *Daño resarcible,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 25; "Daño a la vida en relación", LA LEY del 29/06/2006. El autor sostiene para marcar su posición que "lo que se esconde bajo el concepto de daño biológico no es otra cosa que un per-

Los postulados de esta posición son los siguientes: a) El daño jurídico (por ende, resarcible) no consiste en la lesión misma, sino en sus efectos. b) El daño versa sobre el resultado de la violación que repercute negativamente en el patrimonio y en lo moral. El daño no se identifica con la sola lesión a un derecho patrimonial o extrapatrimonial, o a un interés que es presupuesto de aquel, sino que es la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la aludida lesión. c) No es la lesión misma la que se resarce. d) Lo que se resarce son sus repercusiones económicas y morales. e) Finalmente, este grupo de autores identifica daño moral con daño extrapatrimonial.

III. La definición de daño en el Código Civil y Comercial

Esta breve introducción tiene la finalidad de mostrar la génesis intelectual de los conceptos doctrinarios elaborado por los autores y utilizados por la jurisprudencia cuando procuraban definir cuál era el concepto de "daño" adoptado, partiendo de la base que el derogado Código Civil no plasmo una definición de daño, sino que siguiendo a la doctrina francesa precisó el modo como se presentaba el daño material en el ámbito contractual (daños [*emergente*] y perjuicios [*lucro cesante*]) **(19)**.

En sentido contrario, el Código Civil y Comercial, bajo la influencia de un sector de la doctrina procuró diseñar en su normativa una diferencia entre el daño lesión y sus consecuencias.

A partir de esta idea, el art. 1737 conceptualiza que "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".

El sistema básico se completa con el contenido del art. 1738 que, con observaciones a la técnica legislativa empleada, enumera únicamente las consecuencias patrimoniales y omite mencionar al daño moral.

La lectura de las doctrinas y jurisprudencia que han precedido a la sanción del art. 1737 del Cód. Civ. y Com., permite *ab initio*, expresar que es una formula sincrética de ellas, por cuanto se aprecia en la descripción del daño que parte de referenciar, tanto a la lesión de un interés reconocido por el derecho como del simple interés no contrario a la legalidad junto con el bien donde se materializa el menoscabo.

Sin embargo, Alpa advierte que "en la actualidad, la noción ontológica de daño tiende a desmaterializarlo y a despatrimonializarlo. Esto es así por diversas razones de naturaleza teórica y de política del derecho. Hoy en día el "daño" no, es más, en la conciencia social, en la *praxis* jurisprudencial y en las propias intervenciones legislativas, la simple disminución del patrimonio de la víctima del ilícito; daño es la *lesión a un interés protegido*" **(20)**.

Esta tendencia se manifestó en el pensamiento de los proyectistas de la reforma al Código Civil y Comercial, designados por el dec. 182/2018, que no alcanzó trámite parlamentario, quienes proponían redactar el art. 1737 del siguiente modo: "Daño en sentido amplio. Daño es la lesión a un interés individual o colectivo, patrimonial o moral, no reprobado por el ordenamiento jurídico".

Los proyectistas pusieron, además de traer la vieja distinción entre daño en sentido amplio y restringido, pone énfasis en el "interés", calificando a estos, y marcando como límite que no pueden ser contrarios al ordenamiento jurídico, sean o no reconocidos por el mismo.

Estos valiosos antecedentes, en esta tarea que procura visualizar el concepto de daño jurídicamente relevante (deuda de valor), entendido como aquel que define el contenido y alcance de la obligación resarcitoria que debe satisfacer el sujeto responsable, imponen un breve repaso por los conceptos básicos del Derecho.

juicio físico, en sentido naturalístico, el que bien puede tener repercusiones patrimoniales y extrapatrimoniales y, como tal, dar lugar a una indemnización por daño moral o patrimonial".

(19) COLMO, Alfredo, "De las obligaciones en general", Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1920, p. 108.

(20) ALPA, Guido, "Responsabilidad civil. Parte general", Ed. Legales EIRL, Lima, 2016, vol. 2, trad. C. E. Moreno More, p. 780.

IV. El concepto de interés

IV.1. Aspectos generales

La elaboración de la "teoría del interés" es atribuida a Ihering como reacción a la teoría de la voluntad defendidas por Savigny y Winscheid, el cual sostenía básicamente que "el derecho subjetivo era el interés jurídicamente reconocido" por entender que el ordenamiento jurídico solo confiere derechos subjetivos gracias al interés y que el derecho subjetivo no tiene otra función que la de proteger los intereses individuales.

Por su parte, Vázquez Ferreyra, uno de los exponentes de esta tendencia, sintetiza que "el daño es la lesión a un interés jurídico", "es el núcleo de la tutela porque los derechos, los bienes en general, están regulados en vista de la satisfacción de intereses de la persona" **(21)**.

La teoría pergeñada por Ihering ha sufrido críticas, modificaciones y propuestas de compatibilización con la tesis de la voluntad, a lo largo de su existencia que no es del caso examinar en este ensayo, sino que importa, en primer término, analizar la vinculación entre el interés del sujeto y el *bien* sobre el cual recae dicho interés.

Respeto del punto, Escobar Rozas explica que, para la doctrina de Ihering, "el derecho subjetivo no existía para realizar una voluntad "abstracta" o vacía, sino para procurar al individuo un servicio, utilidad o ventaja, en suma, un bien. Por ello, la sustancia de aquel no podía ser la voluntad subjetiva, que era tan solamente la fuerza motriz del Derecho, sino más bien el interés" **(22)**.

Pero indudablemente, las ideas de Ihering no se agotaron en proclamar el "interés" como esencia del derecho subjetivo, sino que debió adicionar otros elementos sin los cuales este no existía como tal, sino que sería una entelequia de su creatividad sin sustento jurídico.

En esa dirección, añadió a la idea de interés su vinculación con una necesidad a ser satisfecha, y ello lleva, necesariamente, a verificar qué es lo que la satisface (*bien*).

Por otra parte, integra el concepto con el requisito de que dicho interés sea jurídicamente tutelado para que sea operativa su defensa.

IV.2. Necesidad, interés y bien

Sin lugar a hesitación, el ser humano, para su supervivencia y desarrollo en la sociedad en la que históricamente le toca vivir, tiene que satisfacer requerimientos de distintos tipos.

Es por ello que existe una primera simbiosis entre las necesidades del hombre y sus deseos de satisfacerlas. En ese sentido se asevera que "desde un perfil económico, el concepto de 'necesidad' representa todo aquello que exige la vida humana; y, más precisamente, todo estado de insatisfacción en que un sujeto se encuentra y del cual tiende a salir. De este concepto, a través de un razonamiento lógico, se deriva el concepto de 'bien', que, en este contexto, sirve para designar cualquier entidad capaz de eliminar un estado de insatisfacción. De los dos conceptos vertidos, se concluye, a su vez se deriva el de 'interés', que viene a denotar todo estado de tensión que se presenta entre el sujeto que quiere satisfacer una necesidad y el bien idóneo para ello" **(23)**.

En este punto, cabe destacar que cuando se hace referencia al término "interés", la RAE da múltiples significados, de los cuales se eliminan los relacionados con el lucro producido por un capital, para destacar que el término proviene del latín *interesse,* que se relaciona con "importar". En función de ello, se hace referencia, en la acepción 4ª, a la inclinación del ánimo hacía un objeto, una persona, una narración. En la si-

(21) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Responsabilidad por daños (Elementos)", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 174.

(22) ESCOBAR ROZAS, Fredy, "Derecho subjetivo. Consideraciones en torno a su esencia y estructura", *Ius et Veritas* 16, Perú, ps. 280 y ss., *http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15781*. El autor hace analiza el pensamiento de VON IHERING, Rudolf, *La dogmática jurídica*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, trad. E. Príncipe y Satorres, p. 180.

(23) *Ibid*., p. 290. El autor se fundamenta en ROCCO, Ugo, "Teoría general del proceso civil", Ed. Porrúa, México, 1959, trad. de F. De J. Tena, p. 20; NICOLO, Rosario, *Le situazioni Giuridiche Soggetive, lectura di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1990, recopilación de Guido Alpa y Paolo Zatti, p. 134; DE CUPIS, Adriano, "El daño", Ed. Bosch, Barcelona, 1975, trad. Á. Martínez Serrión, p. 109.

guiente, a bienes y, en la 6ª, a la conveniencia o beneficio en el orden moral o material.

El interés del sujeto es un proceso volitivo interno de su psique que mediante su capacidad de discernimiento decide "qué" le importa para satisfacer sus necesidades, sean de orden moral o material.

En esta dirección para denominar "qué" es lo que le importa al derecho, se emplea el término *bien* en sentido amplio, no limitado a las ideas economicista representadas por las cosas que integran su patrimonio (arts. 15 y 16, Cód. Civ. y Com.), sino incluyendo, también, derechos personalísimos que actualmente son reconocidos por la Constitucional Nacional, los tratados sobre los derechos humanos y el propio Código Civil y Comercial, como es el derecho a la vida, a la integridad psicofísica y moral, a la libertad, a la seguridad de su persona, etcétera.

Este criterio fue expuesto, entre otros autores, por Vázquez Ferreyra, cuando precisaba que "por bien se debe entender todo aquello que pueda satisfacer una necesidad, es decir, todo objeto de satisfacción. En el conjunto entran todos los bienes y cosas en su más amplia acepción. Puede tratarse no solo de cosas, derechos, créditos, sino también del cuerpo, la salud, la intimidad, el honor, la propia imagen, etc." **(24)**.

En igual sentido lo hace Bueres, cuando señala que "el bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad, mientras que el interés es la posibilidad que tiene el agente de satisfacer la necesidad proporcionada por el bien" **(25)**.

Es de suma importancia destacar que el interés sin referencia concreta a un bien no tiene existencia real, ni jurídica. Es solo una simple expresión de deseo el cual queda dentro de la psique del sujeto. Por ejemplo, un señor puede tener interés (*le puede importar*) en adquirir un automóvil de alta gama que por cierto satisficiera sus necesidades, pero por su condición económica no puede alcanzar. Pero, distinto es el caso, cuando efectivamente ingresa la cosa a su patrimonio. En ese momento se amalgama el nexo entre el *bien* (automóvil) que suple la necesidad y satisface el interés del sujeto.

El interés del sujeto no puede existir en forma autónoma dado que sería una idea abstracta. Para acercarse al mundo jurídico debe ineludiblemente reposar sobre un bien que es el que efectivamente satisface su interés, concretado el mismo en utilidad, provecho, beneficio, ganancia, ventaja, etcétera.

En este apartado es oportuno precisar que dentro del concepto de *bien que satisface el interés del ser humano*, se han incluidos derechos que son personalísimos, inalienables, inenajenables, etc., que por ello no tienen valor pecuniario, pero sin lugar a hesitación, ellos satisfacen intereses de la persona reconocidos y tutelados por la ley, como es su integridad psicofísica y social (derecho a la vida, a la integridad psicofísica, a la dignidad, etc.) que cuando son vulnerados se resuelven en una compensación económica **(26)**.

En síntesis, la satisfacción de una necesidad humana se realiza mediante un *bien* sobre el cual reposa el interés del sujeto. En otros términos, no puede existir interés jurídicamente relevante sino existe un *bien* que gratifique al sujeto.

IV.3. La tutela jurídica

El propio Ihering cuando sintetiza su tesis sostiene que *el derecho subjetivo era el interés jurídicamente reconocido*. Con esta propuesta reclama la tutela del ordenamiento jurídico como presupuesto necesario para la configuración del derecho subjetivo con la finalidad de protegerlo.

(24) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., ob. cit., p. 173.

(25) BUERES, Alberto J., ob. cit., p. 170.

(26) Ver nota al derogado art. 2311 del Cód. Civil cuando precisaba que "hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos, un bien *in jure*".

Este reclamo de protección del interés por la ley generó diversas doctrinas que procuran justificar su teoría sobre los derechos **(27)**.

Con independencia de esas doctrinas, lo más importante es que el derecho objetivo no elabora una norma particular para cada interés de los sujetos, sino que a partir de tener una visión política de cómo llevar a cabo el ordenamiento social en su Estado, legisla de un modo genérico las facultades que se pueden ejercer sobre bienes o sobre las prestaciones exigibles a otros sujetos.

Un claro ejemplo de ello se presenta cuando el Código Civil y Comercial regula en el art. 1882 que el derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código. A su par, el art. 1883 define que se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa.

De esta legalidad, se infiere que el poder real se ejerce sobre una cosa y es la ley la que confiere a su titular facultades para tutelar sus intereses.

Ello queda visualizado en el contenido del art. 1941, cuando regula que el dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de "usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa", dentro de los límites previstos por la ley. Además de estas facultades la ley reconoce que el dominio es perpetuo (art. 1942) que tiene la exclusividad sobre la cosa (art. 1943), la facultad de exclusión (art. 1944) y se define su extensión (art. 1945).

El reconocimiento legal que el derecho de dominio tiene las facultades de usar, gozar y disponer es lo que necesita para que tenga tutela legal, el interés de su titular.

Del mismo modo, pero acotado en sus facultades ocurre con el derecho de usufructo (art. 2129) y en el uso de la cosa (art. 2154).

En cuanto a los derechos personales que se vinculan con los intereses emergentes de las fuentes, de las obligaciones, la tutela legal se presenta en el art. 730 del Cód. Civ. y Com. cuando acuerda los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado, hacérselo procurar por otro a costa del deudor y a obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes. Y en el art. 1728 se prevé específicamente que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de la celebración.

En otras palabras, el *interés* debe estar tutelado por la normativa para ser jurídico.

Por ello, para Escobar Rozas, desde una postura conciliadora, sostiene que "derecho subjetivo es la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio. En ese sentido, constituye un medio para eliminar las necesidades que experimenta el hombre y no un fin en sí mismo" **(28)**.

Es ineludible destacar que, la opinión de Zannoni de incluir al "interés no reprobado por el ordenamiento jurídico" en el marco de tutela, debe ser reformulada dado que todos aquellos intereses que se obran o actúan sin tener una norma concreta que los reconozcas o autoricen, tienen —de igual modo— tutela del derecho por imperio del art. 19 de la CN por cuanto los sujetos no pueden ser privado de llevar a cabo lo que la ley no prohíbe, ni obligado a realizar lo que ella no manda (Principio de legalidad).

Esta observación surge de comprender que la tutela jurídica de los intereses de las personas, tienen dos áreas perfectamente delimitadas. La

(27) PEÑA FREIRE, Antonio M., "Cinco teorías sobre el concepto de los derechos", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009), ps. 665-686. El autor relata que "el debate entre teóricos de los derechos partidarios de la voluntad o del interés parecía encontrarse hasta hace poco en una situación de bloqueo y, sin embargo, se ha visto revitalizado por tres nuevos planteamientos que se presentan a sí mismo como forma de superar la dialéctica entre voluntad e intereses. La primera propuesta innovadora —aunque es simple como las anteriores— es la teoría de la restricción justificada de G. Raimbolt. Tras presentar su tesis básica sobre el concepto de los derechos, terminaré exponiendo los rasgos básicos de la teoría de la diversidad de funciones de los derechos de L. Wenar y la teoría hibrida de G. Sreenivasan. Estas teorías son innovadoras, pero son complejas, porque no ven posible una definición única para todo y cada uno de los derechos y consideran que existen categorías específicas de derechos con rasgos propios que podrían no presentarse en otros de otras categorías".

(28) ESCOBAR ROZAS, ob. cit.

primera se relaciona con la normativa que concede facultades sobre el *bien* que satisface el interés del sujeto, como es la señalada precedentemente. Estas normas, consagran una tutela sustancial.

Pero, cuando el vínculo del sujeto con el *bien* se ve perturbado, se reconoce y concede una tutela formal o adjetiva dentro de la legalidad, para la defensa de este o, para darle legitimación para reclamar la compensación de los perjuicios cuando la integridad psicofísica/social o patrimonial del sujeto es vulnerada.

IV.4. A modo de primera síntesis

Los autores defensores de que el daño con relevancia jurídica se focaliza en el interés que tiene el sujeto dañado, procuran, como critica Alpa, descosificar la definición para hacer foco exclusivamente en el interés.

Pero, no se puede soslayar la realidad de la vida, porque no se puede desconocer que, para llegar a tener un interés jurídicamente tutelado, primero existe una necesidad humana a satisfacer, la cual se gratifica con un *bien* (sentido amplísimo) donde reposa y se materializa el interés. No existe interés independiente del bien, ni en abstracto.

Es decir, el interés integra, compone, es parte, de un derecho subjetivo que le da sustento legal para operar la tutela sustancial acordada. Por ello no se puede desintegrar la íntima conexión existente entre el *bien* que satisface una necesidad con el interés del sujeto tutelado por el ordenamiento jurídico. Es una unidad conceptual.

En los puntos siguientes se abordará la temática que genera la producción de un evento dañino que menoscaba a la persona en su integridad patrimonial o psicofísico-social **(29)**.

V. El daño con trascendencia jurídica es un concepto complejo, integral, unitario y dinámico

El análisis de la fenomenología del daño con trascendencia para el derecho permite sostener la unidad conceptual del mismo dado que *es un proceso integral, unitario, complejo y dinámico*.

El fraccionamiento en estanco del daño sosteniendo que es el menoscabo de un derecho, o el producido a las cosas, o al interés del sujeto damnificado, o son las consecuencias, no responde a la fenomenología de los hechos, a la evidencia fáctica que debe ser receptada por el ordenamiento jurídico y por la visión de los juristas, dado que no es una situación estática, no es la fotografía de un momento sino que es un proceso perfectamente concatenado que tiene dinámica evolutiva propia, al igual que una película, razón por la cual es dinámico, complejo, unitario e integral que finalmente se consolida en un determinado valor. El cual, en una etapa posterior de la construcción de la sentencia de daño, será transformado en una suma dineraria conforme las directivas del art. 772 del Cód. Civ. y Com. para abonar la indemnización.

El proceso se inicia con el impacto dañino generado por la conducta antijurídica (arts. 1717, 1718, Cód. Civ. y Com.) que produce en la persona el deterioro de uno o más *bienes* de su integridad psicofísica-social o patrimonial. El daño, cualquiera sea su naturaleza, siempre afecta a la persona por ser el titular de los derechos subjetivos o, si se prefiere, de los intereses.

En este punto se visualiza la primera relación causa-efecto del proceso, dado que es la conducta reprochable (acción antijurídica) la causa que produce el menoscabo de un *bien* (sentido amplio) vinculado jurídicamente con un sujeto que pasa a ser el damnificado.

No puede existir discusión respecto de que el deterioro, con repercusión jurídica, recae inicialmente sobre un *bien* relacionado con el sujeto que se transforma en damnificado.

Esta integridad compleja tiene su protección sustancial en la legalidad que le permite usar, gozar o disponer de las cosas, o recibir tutela para efectivizar sus expectativas crediticias, o el reconocimiento de sus derechos personalísimos consagrados tanto en el Código Civil y Comercial, como en la Constitución Nacional y Convenciones Internacionales sobre los Derechos Humanos. La persona tiene interés a que se respete la integridad de todos y cada uno de los *bienes* de

(29) ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS, 2019-4, 3, AR/DOC/492/2019.

los cuales es titular, reconocidos y tutelados por la ley sustancial.

Avanzando en el análisis, como se resaltó, sobre el *bien* afectado reposa el interés o el derecho subjetivo del sujeto, pero en función del menoscabo sufrido, ya no resulta apto para satisfacer total o parcialmente, las necesidades de su titular.

Ello es explicado por Scognamiglio cuando dice que "el daño consiste, en cambio, ya en una primera institución, en la abolición o alteración de un bien-interés que a su vez coincide por lo general con una violación del poder del sujeto (sobre el bien mismo); e implica por su característico contenido, más allá de la reintegración (del Derecho) y así, aun cuando esta no sea posible o nos sea suficiente, la atribución de una pretensión indemnizatoria (en el sentido de que sustituya al bien afectado)" **(30)**.

En este punto es cuando surge la tutela formal o adjetiva de la normativa, la que concede después de acaecido legitimación para reclamar la protección del interés o la compensación por el daño sufrido por el bien que a consecuencia de este se tornó inapto para satisfacer su necesidad.

Entre las acciones que se ofrecen para defender el interés sobre la cosa que satisface una necesidad, se puede citar el contenido del art. 1886 Cód. Civ. y Com., el cual regula que el derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente.

En cambio, cuando el *bien* fue dañado la ley concede tutela otorgándole legitimación para el ejercicio de las acciones de responsabilidad. Ello está reglado en los arts. 1772 y 1773 del Cód. Civ. y Com.

En el primero, se hace referencia textual al "daños causados a cosas o bienes", concediendo el derecho a reclamar la reparación al titular de un derecho real sobre la cosa o bien [inc. a)] y al tenedor y el poseedor de buena fe de la cosa o bien. Todo en directa concordancia con los arts. 15 y 16 del Cód. Civ. y Com.

Como se infiere, no se puede soslayar la realidad que es donde las teorías se consolidan **(31)**. En ese sentido, *el legislador entendió que el daño se produce en la cosa o bien, no hace referencia al interés del sujeto perjudicado mencionado en la definición del art. 1737, sino a su calidad de titular del derecho, poseedor o tenedor.* A menos, que algún autor justifique que estas normas están equivocadas en su contenido, la dogmática es clara cuando define el legitimado.

A su vez, para el daño moral que siempre es consecuencia de la agresión de un *bien* que genera el desequilibrio espiritual, la legitimación para reclamar el resarcimiento es regulada por el art. 1741 Cód. Civ. y Com.

Procurando la superación de las posiciones estancos que focalizan al daño resarcible en el interés vulnerado (Bueres) o en las consecuencias de la lesión (Zavala de González), se observa que la primera y segunda simbiosis analizadas entre "acción antijurídica y daño al *bien* que satisfacía una necesidad" y entre "*bien* dañado e interés vulnerado e insatisfecho", se pasa a la etapa de la identificación de las secuelas **(32)**.

En ese sentido, siguiendo la tradición, se reconocen como consecuencias económicas al *daño emergente* y al *lucro cesante*, agregándose correctamente, porque tenía reconocimiento doctrinario y jurisprudencial, en la redacción del art. 1738 del Cód. Civ. y Com., a la *perdida de chance* **(33)**.

(30) SCOGNAMIGLIO, Renato, *Responsabilità civile e danno*, G. Giappichelli, Torino, Italia, 2010, p. 227.

(31) MARÍ, Enrique, "Rudolf Von Ihering y la interpretación finalista de la ley", *http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/67-68/rudolf-von-ihering-y-la-interpretacion-finalista-de-la-ley.pdf*, recuerda las palabras de Mefistófeles al Fausto goethiano cuando le decía que "toda teoría es seca mi buen amigo, y el árbol de la vida es florido". El profesor Luis Moisset de Espanés, en sus clases, para pregonar un análisis realista en la doctrina jurídica, señalaba que la imaginación más prolífera no supera a la realidad.

(32) Algunos autores concilian la teoría del interés con el daño consecuencia, sin hacer referencia a la existencia de un proceso, como se procura resaltar en este ensayo. Ello fue criticado por ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., ps. 95-96.

(33) Pascual E. Alferillo, comentario al art. 1738, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial Comen-*

Con relación a estos rubros, no existe dilema hermenéutico válido para ser desarrollado en el presente.

En cambio, en la segunda parte del artículo antes referenciado se "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".

Este párrafo pone en evidencia, primero, que se omitió mencionar expresamente como consecuencia al daño moral. Esta falencia, fue reconocida por los juristas integrantes de la Comisión creada por el Dec. PEN 182/2018 y procuró ser remediada sin éxito legislativo, introduciendo en el anteproyecto, al daño moral entre las consecuencias económicas.

De la propia redacción del segundo párrafo surge que se pide, con un análisis racional, el resarcimiento de las consecuencias derivadas de importantes *bienes* menoscabados, que serían las económicas o el daño moral. Es decir, este párrafo no soluciona de modo alguno la omisión del legislador. Sino que concede una tutela especial y tautológica a los *bienes* que enumera.

En la complejidad y dinámica del daño con trascendencia jurídica, simultáneamente, se produce un proceso que principia como indeterminado para finiquitar como una deuda de valor, individualizada en su tipo y en su dimensión.

En efecto, el menoscabo inicial en el *bien* que satisfacía una necesidad es indeterminado en su clase y extensión. El interés de su titular sobre el *bien* que siempre debe ser tutelado por el derecho, comienza con el proceso de determinación, por cuanto la vulneración de este marcará el grado de insatisfacción que procurará sea remediado con la compensación correspondiente. La clase de insatisfacción es concordante con el interés vulnerado y define la secuela.

El proceso de daño tiene finiquito cuando se consolida el proceso en el valor que representa el perjuicio, que posteriormente será cuantificado en dinero (art. 772, Cód. Civ. y Com.).

Este proceso descripto puede ser aplicado a todo y cada uno de los daños que puede sufrir una persona en su integridad patrimonial o en la psicofísica-social.

La idea de superar los estancos propuestos por la doctrina es compartida por Guido Alpa, cuando dijo que "es necesario aclarar qué se entiende por la noción de daño. Daño, en la acepción del art. 2043 del Cód. Civil italiano, es el daño injusto, vale decir, la lesión de un interés protegido. La simple lesión implica resarcimiento. Ello es así, porque la injusticia está referida al daño y no al hecho o a la conducta. No es necesario diferenciar, a efectos del ilícito civil, entre evento y consecuencia: el daño civil, comprende la lesión del interés y las consecuencias, es decir, los efectos de la lesión que son relevantes para la cuantificación y el resarcimiento" **(34)**.

Esta tesis que observa, con una fuerte visión jurisdiccional, el daño como un proceso complejo, integral, unitario y dinámico, tiene su reflejo en la clasificación de los perjuicios **(35)** y, especialmente, en la conceptualización del daño moral que permite diferenciar este de los otros daños que se producen en la psique (neuronal, psiquiátrico y psicológico) pero que tienen como característica el de ser patológicos **(36)**.

La característica esencial del daño, su permanente mutabilidad, impone el deber de examinar constantemente los criterios expuestos con el fin de observar su evolución, sin pretender hacer un dogma.

tado. Tratado exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 197.

(34) ALPA, Guido, ob. cit., p. 161.

(35) ALFERILLO, Pascual E., "Reflexiones…", ob. cit.

(36) ALFERILLO, Pascual E., "Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial", RCyS, 2020-IV, 3, AR/DOC/643/2020.

Responsabilidad preventiva y punitiva de los administradores de personas jurídicas privadas

Pedro Sánchez Herrero

Sumario: I. Introducción.— II. Responsabilidad preventiva.— III. Responsabilidad punitiva.

I. Introducción

En este trabajo me referiré a quienes administran personas jurídicas privadas. Más puntualmente, a asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones, asociaciones mutuales, sociedades y cooperativas.

El Código Civil y Comercial fue un enorme avance en materia de responsabilidad de administradores de esos entes. El art. 159 prevé su deber de obrar con lealtad y diligencia. Si bien es cierto que hay normas específicas al respecto para ciertos administradores **(1)**, la disposición establece un *piso* en cuanto a los deberes de quienes ocupan esos cargos, cualquiera que sea la forma adoptada. Además, conforme con el art. 160, los administradores son responsables frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.

Estas disposiciones pueden parecernos una obviedad a esta altura. Sin embargo, no muchos años atrás, la nula regulación general creaba dudas casi elementales de gran trascendencia práctica. Por citar un ejemplo, ningún tribunal titubeaba en hacer responsable a un administrador de una sociedad por los daños producidos a un trabajador en razón del indebido registro de su relación laboral, si esto último era consecuencia de la omisión del primero. En cambio, varios fallos de nuestra jurisprudencia rechazaron la responsabilidad de administradores de asociaciones y fundaciones por la carencia normativa apuntada.

Por otro lado, el Código Civil y Comercial introdujo una regulación muy significativa en materia de responsabilidad preventiva en los arts. 1710 a 1715. Dada la prolífica participación de personas jurídicas privadas en los más variados ámbitos de nuestra sociedad (por ejemplo, en lo económico), entiendo que es relevante hacer algunas consideraciones sobre la aplicación de esa responsabilidad a quienes las administran. Las normas de la responsabilidad preventiva son muy genéricas y no hay, prácticamente, disposiciones específicas para las personas jurídicas. Por consiguiente, es necesario intentar *bajar* esas normas a los administradores para comprender en qué medida pueden ser objeto de acciones con ese fundamento. Es lo que trataré de hacer a continuación, aunque advierto desde ya que será también una elaboración muy genérica. A mi entender, queda mucho camino por recorrer para establecer el alcance de esa responsabilidad y sus implicancias prácticas.

Por otra parte, al finalizar, haré un breve comentario sobre la responsabilidad punitiva, también aplicada a los administradores de personas jurídicas. Como sabemos, el Código Civil y Comercial no siguió el mismo criterio en la materia que utilizó para la responsabilidad preventiva

(1) P. ej., los administradores de sociedades también están obligados a obrar con lealtad, pero la diligencia requerida es la de un buen hombre de negocios (art. 59, ley 19.550). Esto implica un estándar de conducta más exigente para estos administradores con relación a otros, puesto que el análisis de su actuación para establecer la responsabilidad se hará con relación a un sujeto abstracto con un razonable grado de profesionalismo.

(en el sentido de establecer una regulación general). Por lo tanto, la incidencia de la responsabilidad punitiva para los administradores de personas jurídicas es mucho más acotada.

II. Responsabilidad preventiva

II.1. Nociones generales

No es el objeto de este trabajo analizar la responsabilidad preventiva en forma integral. No obstante, dado que el contenido y las implicancias de la responsabilidad preventiva no tienen respuestas uniformes en la doctrina, conviene que dé mi posición al respecto. Al menos, en cuestiones básicas o relevantes para este trabajo. De modo que mencionaré a continuación algunos aspectos sustanciales de la responsabilidad preventiva para luego aplicarlos a los administradores de personas jurídicas:

a) El contenido del deber de prevención (previsto en el art. 1710, Cód. Civ. y Com.) puede resumirse en la obligación de evitar causar un daño no justificado, sea futuro o por agravación del ya producido. Por consiguiente, el daño ya no es un requisito indispensable de la acción de responsabilidad.

b) El deber de prevenir daños le cabe a "toda persona" (art. 1710 del Cód. Civ. y Com.), por lo que hacerlo ya no solo es exigible a quienes tienen un deber jurídico específico en tal sentido. Incluso, la generalidad del dispositivo incluye a terceros que no generaron el peligro, pero que pueden evitar el daño o mitigar sus efectos **(2)**.

c) Para determinar cuándo una persona tiene un deber de prevenir hay que evaluar sus posibilidades materiales y jurídicas de actuar. Aun si la causa del posible daño le es extraña. Lo que el ordenamiento requiere es que el sujeto adopte medidas razonables para evitar un daño. No que realice conductas heroicas o de abnegación **(3)**.

d) En cuanto al legitimado activo, cualquier sujeto con un interés razonable en la prevención del daño puede accionar para evitarlo (art. 1712, Cód. Civ. y Com.). Esto incluye a los damnificados directos e indirectos. Asimismo, el daño a prevenir puede ser personal de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial o un derecho de naturaleza colectiva.

e) Los requisitos de procedencia de una pretensión basada en la prevención del daño son los siguientes: 1) acción u omisión que origina un peligro de daño; 2) antijuridicidad de la conducta riesgosa; 3) previsibilidad del resultado nocivo; 4) lesión a un interés razonable de quien insta la acción, y 5) posibilidad de detener el emprendimiento nocivo **(4)**.

f) Con respecto a la previsibilidad de que la acción produzca un daño, debemos aplicar la noción de la causalidad adecuada. Por lo tanto, habrá que probar una vinculación razonable entre la acción u omisión de un sujeto y el probable daño que puede provocar como su consecuencia mediata o inmediata **(5)**.

g) La responsabilidad preventiva es una pretensión independiente. Por consiguiente, no es accesoria ni requiere de otra, sino que es autónoma **(6)**. Sin perjuicio de la autonomía de esta pretensión, pueden tomarse otras vías procesales de tutela inhibitoria, a título accesorio, principal o complementario de otro objeto procesal (por ejemplo, medidas cautelares, autosatisfactivas **(7)**, tutela judicial anticipada, acción de amparo y de *habeas data*) **(8)**. Naturalmente, deberán satisfacerse los requisitos propios de cada una.

h) El art. 1713 del Cód. Civ. y Com. da facultades muy relevantes a los magistrados judiciales. En primer lugar, porque pueden actuar de oficio en la materia. En segundo lugar, la resolución puede ordenar obligaciones de dar, hacer o no

(2) PIZARRO, Ramón D., "Función preventiva de la responsabilidad civil. Aspectos generales", Abeledo Perrot Online, AP/DOC/708/2017; CALVO COSTA, Carlos A., "La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (¿o del Derecho de daños?)", LA LEY Online, AR/DOC/189/2018.

(3) AZAR, Aldo M. – OSSOLA, Federico, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) – SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), "Tratado de derecho civil y comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. 3, 2ª ed., p. 442.

(4) *Ibid*., p. 446.

(5) CALVO COSTA, Carlos A., ob. cit.

(6) AZAR, Aldo M. – OSSOLA, Federico, ob. cit., p. 442.

(7) En contra, porque las considera inconstitucionales: MEROI, Andrea A., "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños", LA LEY Online, AR/DOC/956/2016.

(8) PIZARRO, Ramón D., ob. cit.

hacer, según lo que sea apropiado para las circunstancias. Y esas obligaciones pueden ser definitivas o provisorias. Sin perjuicio de lo anterior, la norma ordena que el magistrado pondere "los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad".

II.2. Aplicación a los administradores de personas jurídicas

Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado —art. 1710, inc. a), del Cód. Civ. y Com.—. La responsabilidad preventiva genera deberes para evitar el daño. En principio, dado que analizamos la responsabilidad de los administradores en el marco de sus funciones como órgano de la persona jurídica, la legitimada pasiva será esta. En la medida que los eventuales daños serían imputables a la persona jurídica (sin perjuicio de la posible responsabilidad personal del administrador), el deber de prevención le atañe a aquella. La identidad del integrante del órgano puede ser una cuestión circunstancial que, incluso, puede variar desde que se generó la obligación de prevención hasta la ejecución de la medida prevista por el juez por su incumplimiento. No obstante, la identidad o *pertenencia* del administrador puede ser relevante. En particular, en los conflictos internos de la persona jurídica (por ejemplo, el daño a prevenir puede estar vinculado con acciones u omisiones del administrador controlante de una sociedad que quiere perjudicar a un miembro minoritario).

Sin perjuicio de la legitimación pasiva de la acción, la responsabilidad preventiva puede afectar a los administradores en varios sentidos. De mínima, porque, en su caso, seguramente serán los encargados de cumplir efectivamente las medidas ordenadas (sea por sí o a través de empleados u otros sujetos). Pero lo más relevante en este trabajo está relacionado con su responsabilidad personal. Al respecto, como es el sujeto encargado de la administración del ente, es factible que las obligaciones del deber de prevenir el daño que pueda cometer la persona jurídica recaigan en el órgano del que forma parte **(9)**.

Poco importa si esto está incluido en la pauta general de obrar con lealtad y diligencia (art. 159, Cód. Civ. y Com.), dado que el deber de prevención adquirió rango legal expreso y le cabe a "toda persona" (art. 1710, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, como dije, hacerlo ya no solo es exigible a quienes tienen un deber jurídico específico en tal sentido. Más aún, no es necesario ningún factor de atribución. Es suficiente con que una acción u omisión antijurídica haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento (art. 1711, Cód. Civ. y Com.). La previsibilidad será evaluada conforme con la causalidad adecuada. Por consiguiente, habrá que probar una vinculación razonable entre la acción u omisión del administrador y el probable daño que puede provocar como su consecuencia mediata o inmediata **(10)**.

En suma, la responsabilidad preventiva forma parte de las obligaciones inherentes al cargo de administrador de una persona jurídica. No solo por el cargo en sí, sino porque es un deber que le cabe a toda persona en cuanto dependa de ella evitar el daño (art. 1710, Cód. Civ. y Com.). No cumplir con esas obligaciones puede generar una causa para removerlo de su cargo, así como comprometer su responsabilidad civil resarcitoria. Respecto de esto último, vale señalar que deberán estar reunidos todos sus requisitos, incluidos el daño y el factor de atribución (que, como vimos, no son indispensables en la responsabilidad preventiva).

II.3. Legitimación

Están legitimados para reclamar por responsabilidad preventiva quienes acrediten un "interés razonable en la prevención del daño" (art. 1712, Cód. Civ. y Com.). Las personas jurídicas son especiales en este sentido porque, por un lado, confluyen múltiples intereses a su alrededor (piénsese tan solo en la cantidad de miembros que puede tener el ente) y, por otro lado, porque la persona jurídica en sí es un centro de interés distinto de todos los otros.

(9) En el sentido de que los administradores, personalmente, pueden ser legitimados pasivos de una acción preventiva de responsabilidad: CUERVO, Rodrigo, "La acción preventiva como solución definitiva al conflicto societario en las sociedades cerradas", ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, *Libro de Ponencias*, t. 3, p. 1676.

(10) CALVO COSTA, Carlos A., ob. cit.

A mi juicio, una de las carencias más significativas en materia de responsabilidad de administradores de personas jurídicas es la de un régimen general sobre la legitimación para reclamar la responsabilidad de los administradores. Lamentablemente, esta omisión tampoco es subsanada por las normas especiales, salvo en algunos casos particulares (p. ej., las sociedades anónimas tienen un régimen de acciones previsto en los arts. 276 a 279, ley 19.550).

Con todo, hay un criterio unificado en el sentido de que, en esencia, hay dos tipos de acciones de responsabilidad contra administradores: la social y la individual. Esta última es la más simple, puesto que, conforme con el art. 160 del Cód. Civ. y Com., todo sujeto que sufre un perjuicio por una conducta de un administrador puede instar la acción de responsabilidad contra este sin ningún requisito en particular más que los comunes de cualquier acción de responsabilidad (por ejemplo, un trabajador por su empleo indebidamente registrado o un socio de una sociedad anónima al cual el directorio le frustra la posibilidad de suscribir acciones preferentemente en un aumento del capital social). No hay ninguna duda de que ese sujeto también estará legitimado para iniciar acciones de responsabilidad preventiva (en la medida que cumpla con los otros requisitos de esta, naturalmente). Dado que el administrador es un órgano de la persona jurídica, la acción seguramente será instada contra esta, sin perjuicio de la eventual inclusión del administrador. Es difícil establecer una regla general, atento a la variedad de posibles acciones individuales.

Más compleja es la acción social. Esta es instada por un sujeto (un legitimado sustituto) que no es la persona jurídica, que lo hace en *beneficio* de esta (por ejemplo, un accionista que se opuso a la aprobación de la gestión del directorio puede instar la acción social para que sus integrantes reparen el daño producido al patrimonio social por la enajenación de un inmueble a un valor muy inferior al real —legitimación que está prevista en el art. 276, último párr., de la ley 19.550—; en tal supuesto, el resarcimiento ingresará en el patrimonio social y no en el del accionista que instó la acción).

No voy a profundizar respecto de quiénes son los sujetos legitimados para instar esa acción, dado que es un tema controvertido y que, incluso, puede tener distintas respuestas según el tipo de persona jurídica. Para simplificar, hay dos posturas. La restrictiva solo habilita el ejercicio de la acción por legitimados sustitutos cuando está expresamente establecido en una norma. La amplia, a la que adhiero, lo hace en todos los casos para los sujetos con un interés legítimo (en particular, los miembros del ente), aunque no haya una norma expresa en tal sentido. En definitiva, cualquiera sea el legitimado para instar la acción social de responsabilidad civil resarcitoria contra un administrador, también lo será para la acción social de responsabilidad civil preventiva. Insisto con la legitimación pasiva de la persona jurídica, dado el carácter de órgano del administrador y la imputación de sus actos al ente **(11)**.

Por su novedad y amplitud, la legitimación de todo sujeto que acredite un interés razonable en la prevención del daño es una fórmula que genera muchos interrogantes aplicada a la responsabilidad preventiva en el marco de una persona jurídica. Señalo tres a continuación:

a) ¿Están los miembros de la persona jurídica incluidos en esa fórmula legal? Reitero que hay tesis que son restrictivas en cuanto a legitimar a los miembros (u otros sujetos) para instar acciones sociales, que solo lo admiten cuando está específicamente previsto en la ley. Por un lado, justamente, esa norma (el art. 1712) podría ser utilizada como justificativo para legitimarlos, dada su amplitud. Sin embargo, para quienes sostienen la tesis restrictiva, supondría una distinción difícil de comprender con la responsabilidad resarcitoria. ¿Por qué un miembro podría instar una acción social de responsabilidad preventiva y no la resarcitoria? Para los que nos enrolamos en la tesis amplia no hay inconvenientes en este

(11) Respecto de esto último, si la acción social de responsabilidad tiene como finalidad resguardar o resarcir el patrimonio social, podría parecer contradictorio instar la acción contra la persona jurídica. Sin embargo, lo que sucede es que el accionar indebido de los administradores es imputado y tiene consecuencias en las relaciones jurídicas del ente (más allá de la responsabilidad personal del administrador). Como dije, las personas jurídicas son un conjunto complejo de intereses y relaciones. Una buena muestra es que la acción de impugnación de una asamblea de accionistas (que es una acción social, puesto que restablecerá la legalidad de los actos del ente) es dirigida contra la sociedad (art. 251, último párr., ley 19.550).

aspecto. Por el contrario, la norma atiende al fundamento mismo de esa postura: que los miembros tienen un interés legítimo y razonable en todo lo relacionado con la persona jurídica de la que participan. Por lo tanto, no es necesario que una ley diga expresamente que pueden accionar judicialmente al respecto (sin perjuicio de los requisitos previos a cumplir en cada caso) **(12)**.

b) ¿Están los integrantes de los otros órganos de la persona jurídica incluidos en esa fórmula legal? Me detengo específicamente en los administradores, dado el objeto de este trabajo. En este sentido, como señalé, la responsabilidad preventiva no crea nuevas obligaciones para los administradores. Estos deben siempre procurar desde su cargo prevenir daños a la persona jurídica. De modo que no solo es un sujeto con un "interés razonable en la prevención del daño", sino con un deber de prevenir perjuicios **(13)**. Esto puede ser significativo en órganos plurales en los que el administrador es minoría. El punto es no solo si *puede* instar estas acciones, sino si *debe* hacerlo. No es una cuestión menor con respecto a la eximición de su responsabilidad. En algunas personas jurídicas, basta para esto con votar en contra de la resolución y *denunciarlo* ante el órgano de gobierno. Pero, si tiene esta facultad, quizá no sea suficiente con esa acción, que puede ser fútil para evitar el daño. Tengamos presente que es deber de toda persona "adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud" —art. 1710, inc. b), Cód. Civ. y Com.— **(14)**. Con todo, no puedo dar una respuesta única. Habrá que analizar cada caso concreto y la normativa aplicable al ente en cuestión para definirlo.

c) Lo habitual es que el legitimado en las acciones sociales de responsabilidad deba de una u otra forma agotar la vía interna. Esto puede ir desde votar negativamente por la extinción de la responsabilidad de un administrador (tal el caso de los accionistas de una sociedad anónima, conforme con el art. 276, párr. 2°, ley 19.550) hasta realizar una convocatoria judicial al órgano de gobierno para resolver el inicio de la acción. En las normas de la responsabilidad preventiva no hay un requisito de este tipo, lo cual es razonable porque no está regulada específicamente para las personas jurídicas, sino en términos generales. Entiendo que la norma debe aplicarse con las adecuaciones de cada caso, por lo que, a mi juicio, la regla es que el legitimado sustituto debe agotar la vía interna. Sin embargo, otra regla no escrita es que es posible evitar agotar la vía interna cuando las circunstancias permitan establecer su previsible ineficacia o si es una materia urgente. En términos generales, entiendo que esto debe ser excepcional. La persona jurídica tiene que poder resolver la cuestión internamente. No obstante, la responsabilidad preventiva, por definición, procura evitar un perjuicio. Si agotar la vía interna va a implicar la ineficacia de la pretensión, es razonable suponer que en este tipo de acciones estará más morigerada aun esa exigencia. Con todo, insisto, no es la regla y habrá que evaluar cada caso en concreto para establecer excepciones **(15)**.

II.4. Medidas preventivas

Las facultades de los jueces para ordenar medidas en función de la responsabilidad preventiva son amplísimas: la resolución puede ordenar obligaciones de dar, hacer o no hacer, sean definitivas o provisorias. Supongo que con el correr

(12) Con respecto a las sociedades, Virgili San Millán entiende que la acción preventiva es un instrumento idóneo, dado por el derecho de fondo, para que los socios eviten daños producidos por los administradores, sin las limitaciones propias de las medidas precautorias vigentes hasta su previsión —en cuanto a accesoriedad y restrictividad— (VIRGILI SAN MILLÁN, Sebastián, "La tutela preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación y su influencia en control y responsabilidad del órgano de administración de las sociedades", *Revista Argentina de Derecho Societario*, 15, 2016, IJ-CCLI-948).

(13) En el sentido de que los integrantes de los órganos sociales pueden instar acciones de responsabilidad preventiva: NIEL PUIG, Luis, "Personas jurídicas privadas", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2014, p. 306.

(14) Al respecto, Virgili San Millán sostiene que este deber exigiría al administrador de una sociedad un papel más activo para eximir su responsabilidad, conforme con el cual "deberá llevar a cabo las acciones positivas que las circunstancias indiquen para evitar el daño, y si se está produciendo, disminuirlo o eliminarlo" (VIRGILI SAN MILLÁN, Sebastián, ob. cit.).

(15) En el sentido de que, previo a su petición, el socio de una sociedad que inste una acción de responsabilidad preventiva debe haber agotado la vía interna y haber hecho cuanto estaba a su alcance para prevenir su daño (CUERVO, Rodrigo, ob. cit., p. 1684).

del tiempo surgirán casos en los que veremos medidas de la más variada índole. Me detengo a continuación sobre algunas posibles que están relacionadas con la responsabilidad de los administradores o con el ejercicio de su cargo.

a) La intervención del órgano de administración es una medida preventiva de daños. Puede suceder que una intervención del órgano *venga de la mano* de la resolución preventiva, de modo de controlar o asegurar la ejecución de la medida ordenada. No obstante, cabe tener presente que el magistrado debe ponderar "los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad" (art. 1713, Cód. Civ. y Com.). Por lo tanto, debe haber hechos que justifiquen una medida de ese tipo. Es decir, su solo dictado no es argumento para intervenir el órgano. Debe haber razones para suponer que el órgano de administración no la cumplirá. Claro que la intervención es una medida que admite grados y que el más leve es el del veedor. Aún para esta última debe haber razones que la justifiquen.

b) Una tesis sostiene que las normas sobre responsabilidad preventiva dejan *al alcance* de los administradores o miembros acciones tendientes a que cese la conducta que pone en estado de riesgo al ente por su *infracapitalización* **(16)**. Esta última es una materia muy compleja, con grandes diferencias en doctrina y jurisprudencia. Más allá de la denominación (ya que, por su contenido, quizá sea más atinado referir a la *infrapatrimonialización* del ente), queda claro que toda situación que encuadre dentro de los términos descriptos en los puntos previos puede ser objeto de una acción de este tipo. Es decir, si operar una persona jurídica *infrapatrimonializada* hace previsible la generación de daños antijurídicos, no habría razón para no aplicar la responsabilidad preventiva al supuesto de hecho. Con todo, insisto, es una materia harto controvertida, que requiere precisiones según cada caso para poder establecer si se reúnen los requisitos de una acción de responsabilidad preventiva (fundamentalmente, en lo que refiere a la acción u omisión que origina un peligro de daño, la antijuridicidad de la conducta riesgosa y la previsibilidad del resultado nocivo).

c) Los conflictos societarios son difíciles de resolver razonablemente en la Justicia. Es usual que suceda lo siguiente: 1. que los expedientes se *eternicen* y que los controladores del ente abusen de su posición entretanto; 2. que, habida cuenta de lo anterior, la minoría ni siquiera atine a iniciar acciones judiciales y soporte el abuso, y 3. que una medida judicial (normalmente, de intervención del órgano de administración) dañe irreparablemente la administración de la persona jurídica. Ante este somero y triste panorama, algunas doctrinas apuntan a resolver de otro modo estos conflictos. Uno de ellos es la salida del socio en conflicto (con el debido pago del valor de su participación, claro está). En tal sentido, una tesis propone que el juez disponga ese retiro a través de la normativa sobre la responsabilidad preventiva **(17)**.

d) ¿La remoción del cargo puede ser una de las medidas ordenadas por el juez? No tengo dudas en cuanto a que el incumplimiento de los deberes de prevención de daños puede dar lugar a una acción de remoción. Como dije, forma parte de las obligaciones inherentes al cargo y todo incumplimiento de estas, en la medida que revistan gravedad suficiente, pueden ser causa de remoción. En su caso, será menester que estén cumplidos los requisitos necesarios para que proceda la acción de remoción (lo que depende de la normativa de cada especie de persona jurídica).

III. Responsabilidad punitiva

A diferencia de la responsabilidad resarcitoria y preventiva, la punitiva no está regulada en términos generales, sino que está acotada a los regímenes o normas especiales que la prevean.

La materia no tiene mayor desarrollo en lo que refiere a los administradores de personas jurídicas. Menos todavía la cuestión de si un administrador de una persona jurídica con responsabilidad punitiva es, a su vez, responsable. Entiendo que sí lo sería, en la medida que su conduc-

(16) NISSEN, Ricardo A., "Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas", ED digital.

(17) CUERVO, Rodrigo, "La función preventiva en la Ley General de Sociedades: más razones para resolver el conflicto societario", RDD 2016-2, p. 443.

ta encuadre en lo previsto en el art. 160 del Cód. Civ. y Com., esto es, que fueron daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión (y que estén dados los requisitos de la responsabilidad punitiva, naturalmente). El art. 160 no distingue según el tipo de daño a reparar, por lo que no habría razón para excluir el punitivo. Además, la responsabilidad de los administradores sería justa y razonable conforme con los objetivos de la responsabilidad punitoria. En principio, las personas no deben reparar más que el perjuicio que produjeron. Sin embargo, ante cierto tipo de conductas especialmente censurables, procedería una sanción económica, que es en lo que consiste la responsabilidad punitiva. De esta forma, se procura evitar que suceda o, cuanto menos, que al responsable *no le den más ganas* en el futuro de hacerlo. Desde este punto de vista, aunque las personas jurídicas son las responsables por ser titulares de la relación jurídica con el damnificado, el acto comisivo u omisivo es realizado por una persona humana. De ahí que, reitero, sería razonable y justo que el administrador deba también responder en la medida que la conducta le sea imputable. Más allá de esto, insisto, son las normas generales sobre responsabilidad las que habilitan esa eventual responsabilidad. Incluso, la responsabilidad punitiva es una vía a evaluar seriamente para evitar las conductas desleales y negligentes de los administradores en términos generales o para ciertos ámbitos particulares **(18)**.

En nuestro sistema, la responsabilidad punitiva está prevista en el derecho del consumidor. Al respecto, el art. 52 *bis* de la ley 24240 prevé lo que sigue: "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 parte, el art. 8° bis de la misma ley refiere a ciertas prácticas abusivas y establece que su comisión, además del resarcimiento ordinario, puede dar lugar a la "multa civil" del art. 52 bis. Y agrega al final que "ambas penalidades [son] extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor".

Como vemos, en la primera norma solo refiere al proveedor. En la segunda, a quien actúa en nombre del proveedor. Ambas pueden dar lugar a interpretaciones restrictivas para la materia que analizamos, ya que el administrador no sería el proveedor y, en el segundo supuesto, la responsabilidad quedaría limitada al acto de representación (y no al de administración) **(19)**.

Por mi parte, entiendo que la responsabilidad surge de las disposiciones generales sobre la responsabilidad de los administradores, por lo que, en su caso, procedería la "multa civil" contra los administradores, siempre que esté acreditado el incumplimiento de sus funciones **(20)**. No es un argumento que el adminis-

(18) En este sentido, Paz-Ares entiende que hay que ser severos con los incumplimientos al deber de lealtad de los administradores societarios (y no los relacionados con su negligencia). A tal efecto, sostiene que una forma de evitar conductas desleales es establecer multas o daños punitivos ante el incumplimiento (PAZ-ARES, Cándido, "Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 64).

(19) En el sentido de que los administradores de sociedades no son responsables por los daños punitivos del art. 52 bis porque no son proveedores: FERRER, Germán L., "La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos", LA LEY Online, AR/DOC/3340/2011. En el sentido de que la responsabilidad punitiva de los administradores frente a terceros en la ley 24.240 queda limitada a lo previsto en el art. 8° bis y en la medida en que hayan representado a la persona jurídica: ACHARES DI ORIO, Federico, "Responsabilidad de administradores y socios por daños punitivos", Abeledo Perrot Online, AP/DOC/1809/2013. Este último entiende que, en caso de que una sociedad incurra en responsabilidad punitiva, el administrador puede ser responsable frente a la persona jurídica (siempre que se acredite su responsabilidad en el hecho que dio lugar a esa responsabilidad del ente).

(20) En el sentido de que los administradores de sociedades responden por daño punitivo frente a los consumidores: MOLINA SANDOVAL, Carlos A. – PIZARRO, Ramón D., "Los daños punitivos en el derecho argentino",

trador no forme parte de la relación de consumo porque, en rigor, siempre las acciones contra los administradores encuentran que la relación jurídica tiene como partes a la persona jurídica y al damnificado. De requerir lo primero entre el administrador y este último, no habría acciones individuales de responsabilidad. Sumado a esto, una interpretación restrictiva de la ley 24.240 pondría al consumidor en una situación peor que la de un acreedor cualquiera, que sí puede instar acciones individuales de responsabilidad contra los administradores de personas jurídicas. Esto contradice el principio de interpretación más favorable para el consumidor (art. 3º, ley 24.240) y la tutela especial para este de la Constitución Nacional (art. 42) **(21)**.

LA LEY Online, AR/DOC/5372/2010. Los autores aclaran que debe haber "una conducta de extrema gravedad (casi dolosa en algunos casos) y fundamentalmente la indiferencia del dañador" y que es requerida "la acreditación de los mismos extremos necesarios para la procedencia de la indemnización punitiva en contra de la sociedad".

(21) MORO, Emilio F., "Daños punitivos y responsabilidad personal de administradores societarios. ¿Pueden los consumidores accionar directamente contra los administradores de sociedades mercantiles?", Abeledo Perrot Online, AP/DOC/1811/2013. Con respecto a la conducta que puede dar lugar a la responsabilidad punitiva, el autor sostiene que "la reprochabilidad del comportamiento debe ser máxima" lo que "no sucede si se trata de un incumplimiento puntual y que resulta concebible a la luz de los menoscabos que usualmente tienen lugar en el tráfico negocial".

La reticencia en el contrato de seguro

Aspectos del esquema legal vigente y algunos lineamientos para su reinterpretación

Carlos J. M. Federik

Sumario: I. Introducción.— II. El fundamento de la reticencia: la conservación de la equivalencia entre el riesgo asegurado y la prima comprometida.— III. La reticencia en la ley 17.418 de Seguros. — IV. Los presupuestos de configuración del instituto.— V. Los efectos de la reticencia.— VI. La impugnación del contrato.— VII. Régimen probatorio.— VIII. De una necesaria reinterpretación del régimen actual de la reticencia.— IX. Conclusión.

I. Introducción

El instituto de la reticencia ha sido regulado en la ley 17.418 de Seguros —en adelante, LS— en la secc. II del cap. I, bajo el título "Reticencia" **(1)**. Con ello surge prístino que se trata de una institución jurídica que es aplicable a todo contrato de seguro, sea patrimonial o de personas, sin perjuicio de algunos matices diferenciales que luego se analizarán.

La propuesta de este trabajo gira en torno a la posibilidad de realizar una nueva interpretación sobre los alcances de esta regulación especial, a la luz de los postulados —y, por qué no, del espíritu que inspira— del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y que tienda a atenuar en ciertos casos la aparente rigidez del sistema.

Para ello, se analizarán sus fundamentos, los presupuestos y los requisitos de configuración, los efectos legales dispuestos por la LS, para finalmente, ahondar en dos cuestiones: a) la necesariedad —o no— de que la circunstancia retaceada o falsamente declarada guarde relación causal con el siniestro o con la magnitud o extensión de los daños; b) la posibilidad de encontrar una salida menos "rigurosa" a la sanción legal de nulidad para los casos de reticencia culposa o de buena fe.

II. El fundamento de la reticencia: la conservación de la equivalencia entre el riesgo asegurado y la prima comprometida

Uno de los elementos *esenciales* del contrato de seguro es el *riesgo* **(2)**, lo que constituye el *objeto* en este tipo de contratos. Se caracteriza asimismo por tratarse de un contrato aleatorio (art. 968, Cód. Civ. y Com.), puesto que las ventajas o pérdidas para las partes dependen de un acontecimiento *incierto*, cual es la materialización del

(1) Lo hace en un total de seis artículos: 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10, LS. Sin perjuicio de ello, veremos que también podemos encontrar regulado el instituto en los arts. 130 y 131, referidos específicamente al seguro de vida.

(2) Definido como "la probabilidad de realización de un evento dañoso previsto en el contrato y que motiva el nacimiento de la obligación del asegurador consistente en resarcir un daño o cumplir la prestación convenida" (STIGLITZ, Rubén S., "Derecho de seguros", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 6ª ed., t. I, p. 291).

evento (siniestro) previsto de antemano (riesgo) en dicha convención **(3)**.

Por su parte, debemos recordar que estos contratos se celebran por adhesión a cláusulas generales predispuestas por el asegurador (arts. 984 ss. y concs., Cód. Civ. y Com.) **(4)**, por lo que le serán aplicables las normas de fondo que tutelan dicha modalidad de contratación. Asimismo, el seguro puede según el caso, configurar un "contrato de consumo" (arts. 1093 y concs., Cód. Civ. y Com.; arts. 1º, 2º y ss., ley 24.240 y modif.), con lo que regirá a su respecto la normativa constitucional (art. 42, CN) y legal (Cód. Civ. y Com. y ley 24.240) que tiende a la protección de los usuarios y consumidores en tal tipo de relaciones jurídicas **(5)**.

Ahora bien, esta especie de relaciones contractuales presentan notas y características que las particularizan del resto de los contratos; en efecto, subyace en ellas una "ecuación técnico-económica", constituida por la interrelación de dos elementos fundamentales, el riesgo y la prima; dicha relación debe mantener en todo momento su equilibrio o equivalencia, so pena en caso contrario, de afectarse no solamente al contrato aisladamente considerado, sino a todo el *sistema* asegurativo desplegado por la empresa.

Por ello resulta fundamental que la garantía asumida por la aseguradora parta de una correcta ponderación del *riesgo*, que le permita, a partir de las técnicas correspondientes, conocer o mensurar los alcances reales de la cobertura que está comprometiendo, y de esta forma fijar económicamente el importe de la prima. La relación es directamente proporcional y resulta fácil de leer: a mayor alcance del riesgo comprometido, mayor prima a cargo del asegurado.

Dicho esto, debemos situarnos ahora en el *iter* constitutivo del contrato de seguro. La reticencia **(6)** tiene su rol en la etapa de las tratativas contractuales, esto es, en la fase formativa del contrato; es el asegurando quien emite en esta etapa una propuesta dirigida al asegurador, la que contiene una declaración **(7)** sobre el "estado del riesgo" **(8)**. Esta información es esencialmente útil para el asegurador, quien podrá a partir de ella apreciar o valorar el riesgo asegurable, y en su caso, decidir si aceptar o no la propuesta formulada por el asegurando, y en caso de que así lo haga, fijar el importe económico de la prima de acuerdo con la mayor o menor probabilidad de que se materialice el riesgo a amparar.

Es por lo expuesto, que en esta etapa el asegurando debe brindar a su futuro cocontratante, de forma completa, suficiente, veraz y detallada, todos los datos e información que conociera —o debiera conocer— sobre aquellas circunstancias que resultan relevantes y pertinentes para incidir en el riesgo asegurable. Ello constituye un derecho del asegurador, puesto que, como se ha sostenido doctrinaria y jurisprudencialmente, por más diligencia que ponga en indagar sobre el estado del riesgo, le sería sumamente dificultoso, oneroso y muchas veces directamente imposible, desplegar una actividad destinada a conocer en profundidad el verdadero y real estado del mismo; lógicamente, implicaría también un proce-

(3) La atenuación de los efectos del alea propio de estos contratos, se alcanza mediante el agrupamiento de personas que contribuirán proporcionalmente con cada una de sus primas a un fondo común. La aseguradora tendrá que prever el número de siniestros que habrán de verificarse con relación a los riesgos asegurados, la regularidad con que acontecerán, su intensidad y su costo medio para poder calcular el valor de las mencionadas primas. Del fondo común se extraerán las sumas de dinero con las que se afrontarán los siniestros, en beneficio de los integrantes de dicha mutualidad.

(4) SCBA, 21/02/2018, "Martínez, Emir c. Boito, Alfredo A. s/ daños y perjuicios".

(5) "El seguro es un contrato de consumo cuando es celebrado a título oneroso, entre un consumidor final —persona física o jurídica— con una persona jurídica que, actuando profesionalmente, se obliga, mediante el pago de una prima o cotización a prestar un servicio (art. 1º, inc. b], ley 24.240), consistente en la asunción de riesgos mediante coberturas asegurativas" (STIGLITZ, Gabriel, en STIGLITZ, Gabriel – HERNÁNDEZ, Carlos A., "Tratado de derecho del consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, ps. 856 y 857).

(6) En el sentido amplio del término, como lo explicaré a continuación.

(7) "Esta información no es una declaración de voluntad, sino una declaración de conocimiento; su fin es aportar ese conocimiento al asegurador" (HALPERIN, Isaac, "Seguros", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, 3ª ed. act. y amp. por Nicolás H. Barbato, p. 303).

(8) "Conjunto de circunstancias que determinan en cada caso la mayor o menor probabilidad de que acaezca el siniestro" (STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, p. 182).

der sumamente lento, incompatible con la celeridad que se debe imprimir a este tipo de negocios, sobre todo, cuando se trata de contrataciones en masa **(9)**. Asimismo, es muchas veces el asegurando quien se encuentra en mejor posición de conocer aquellas circunstancias que resultarán trascendentes en orden a la correcta valoración de la probabilidad siniestral **(10)**.

Por su parte, el asegurador no está obligado a realizar una investigación sobre el estado del riesgo o sobre la veracidad de las informaciones aportadas al respecto por el asegurando, sino que tiene derecho a *confiar* en la veracidad de sus declaraciones, y que el mismo se manejará con la probidad, lealtad y buena fe que recíprocamente se deben (arts. 9º, 991, 961, 1067 y concs., Cód. Civ. y Com.).

Formuladas estas aproximaciones conceptuales, resulta sencillo advertir que la reticencia o falsa declaración en que incurra el asegurando sobre circunstancias que resulten relevantes en orden a la correcta ponderación del estado del riesgo, tendrá como consecuencia que la aseguradora se comprometa en virtud de un riesgo que no se corresponda con la realidad; ello así, por haberlo apreciado erróneamente, por lo que su consentimiento se encontrará viciado **(11)**. Esto importará una alteración del riesgo que, como se dijo, constituye nada más y nada menos que el *objeto* del contrato de seguro.

Así entonces, y como contrapartida directa de la errónea apreciación, es que la contraprestación principal a cargo del asegurado —prima— se fijará en una suma menor, que no se corresponderá con los reales alcances de la cobertura asumida por el asegurador **(12)** Ello importará un quebranto en la relación riesgo/prima, la que no guardará la debida equivalencia, produciéndose así un desequilibrio en el sinalagma genético del contrato **(13)**. Es por ello que el instituto que vamos a analizar en el presente trabajo tiende, al igual que otros regulados en la LS **(14)**, a evitar el mencionado quebranto.

III. La reticencia en la ley 17.418 de Seguros

El primer apartado del art. 5º de la LS pretende brindar una suerte de concepto de lo que denomina como "reticencia" **(15)**. De la literalidad de la norma se puede observar que, conceptualmente, la reticencia engloba tanto el supuesto de *falsa declaración* como la *reticencia* propiamente dicha. En el primer caso, el asegurando manifiesta o comunica como cierto algo que no lo es; se trata de una declaración que no se corresponde con la realidad, tomando aquí una postura positiva o activa. Por su parte, el asegurando es reticente en sentido estricto del término, cuando omite o silencia una circunstancia relevante, o la declara en forma incompleta, ambigua o confu-

(9) CNCom., sala A, 03/04/2014, "Lart Coinfort c. Aseguradora Federal Argentina"; *id.*, 06/04/2010, "Aranda, Oscar J. c. Mercantil Andina Cía. de Seguros SA s/ ordinario"; CNCiv., sala G, 25/06/2007, "Silva, Osvaldo W. c. Ibáñez, Julio César y otros s/ daños y perjuicios".

(10) "Es una aplicación de la regla, admitida en el Derecho Privado, de que debe informar quien está en mejores condiciones de hacerlo, lo que ha sido expresamente receptado por la ley 17.418 al sancionar la reticencia y la falsa información por parte del asegurado" (GAMBOA, Graciela B., "Seguro de vida. El deber de información. Prueba de peritos", LLC 2004 (dic.), 1121.

(11) CCiv. y Com. Jujuy, sala III, 27/04/2020, "Ovejero, René R. c. Caruso Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario por cumplimiento contractual y cobro de pesos", AR/JUR/17898/2020.

(12) "Es que, en tanto el contrato de seguro constituye una convención de carácter rigurosamente matemático, la prima es calculada sobre el riesgo asumido, por lo que dicha relación estrecha entre el riesgo y la prima se verá alterada por el pago de una suma menor a la correspondiente al riesgo, desapareciendo así el equilibrio calculado. Tal sinceridad en la comunicación precisa y exacta en la información brindada por el asegurado de las circunstancias que pudieran incidir en la valoración del riesgo viene dada por la propia naturaleza del contrato aseguratívo" (CCiv., Com., Lab. y Min. Neuquén, sala I, 23/07/2015, "Bezic, Mirta c. HSBC New York Life Seguros de Vida s/ cumplimiento de contrato", Rubinzal Online, 392785/2009, RC J 6362/15).

(13) "Los contratos sinalagmáticos se caracterizan por la reciprocidad de las obligaciones. En este tipo de contratos, toda parte puede esperar que la relación de los derechos bilaterales, deberes, chances y riesgos estén en cierto modo equilibrados" (CNCom., sala E, 03/08/1988, "Equitel SA c. Hacendal SA", LA LEY, 1989-A, 354).

(14) V. gr., la "agravación del riesgo" —art. 37 y ss., LS—.

(15) En tal sentido establece: "Toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato".

sa; se trata, por así decirlo, de una postura pasiva **(16)**.

En todos los casos, como bien analizaremos después, se debe tratar de circunstancias que el asegurando *conozca* o *debiera conocer*, juzgándose dicho conocimiento al tiempo de las tratativas contractuales y hasta el momento en que comienza la vigencia formal del contrato de seguro **(17)**.

Asimismo, el instituto requiere que la información retaceada o inexacta influya en la voluntad del asegurador, haciéndolo recaer en error sobre el verdadero estado del riesgo, de tal forma que de haberlo conocido no hubiera celebrado el contrato o bien lo hubiera hecho bajo diferentes condiciones contractuales.

Por ello entonces, se trata de supuestos que *vician* la voluntad negocial del asegurador y que se presentan en la génesis del acto jurídico, por lo que pueden acarrear la sanción legal de *nulidad* del contrato de seguro.

En dicha senda, el vicio debe existir al tiempo de la conclusión del contrato **(18)**, puesto que en caso de sobrevenir hechos o circunstancias posteriores a su celebración que aumenten o intensifiquen el estado del riesgo, la hipótesis se regirá por las normas relativas al instituto de la "agravación del riesgo" (arts. 37 y ss., LS) **(19)**.

Por otra parte, el mencionado art. 5º de la LS ostenta carácter imperativo, con lo que no puede ser objeto de convención en contrario, siquiera en beneficio del asegurado (art. 158, LS).

A su vez, se ha discutido cuál es la naturaleza jurídica de la declaración del riesgo que debe brindar el asegurando en esta etapa precontractual, siendo conteste la mayor parte de la doctrina autoral y pretoriana nacional en que, en rigor, no se trataría de una *obligación*, por cuanto no se concede derecho al asegurador a obtener la ejecución forzada en caso de su inejecución e, incluso, estrictamente el contrato aún no existe; constituiría más bien una *carga legal* de conducta, sita en la etapa precontractual, cuya inobservancia podrá traer aparejada la invalidez misma del contrato, obteniendo así el asegurador su liberación **(20)**.

Finalmente, la doctrina ha discurrido sobre si el sistema instaurado por la LS ostenta un carácter *objetivo* o *subjetivo*, vale decir, si se prescinde o no de la indagación sobre la intención del asegurando a los fines de disparar los efectos nulificantes del contrato. En la primera corriente, se encuentran aquellos que entienden que para que se pueda invocar la nulidad por reticencia, basta con el mero error en la ponderación de la situación real del riesgo en que incurra el asegurador, con total prescindencia de la buena o mala fe con la que haya obrado el asegurando **(21)**, sin perjuicio de que la intención de este último se tenga en cuenta para el reajuste de los arts. 6º y 7º de la LS o para la sanción del art. 8º; por su parte,

(16) CNCom., sala A, 13/05/2008, "Farchi c. HSBC La Buenos Aires"; *id.*, 14/08/2007, "Córdoba, Silvia A. y otros c. Nación Seguros de Vida SA"; CCiv. y Com. Santiago del Estero, 04/08/2003, "Silva, Edgardo R. c. Caruso Compañía Argentina de Seguros s/ cumplimiento de contrato"; LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., "Ley de Seguros 17.418 comentada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. I, 2ª ed. act., p. 110; STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, p. 183.

(17) CNCom., sala F, 21/02/2017, "Blanco, Valeria L. y otro c. Nación Seguros SA s/ ordinario".

(18) "Asiste razón a la quejosa en cuanto a que no se configura un supuesto de nulidad en el *sub examine*, pues no surge de autos que la utilización del vehículo como remise haya sido contemporánea a la celebración del contrato de seguro. Por el contrario, la contratación fue dispuesta por BankBoston al otorgar a la Sra. Sosa un crédito prendario para la compra del automóvil, por lo que puede inferirse válidamente que su explotación comercial se inició con posterioridad" (CNCiv., sala D, 13/09/2010, "Sacchet, Mirta M. c. Pompillo, Carlos W. y otros", RCyS 2011-III, 112, AR/JUR/79526/2010).

(19) CNCiv., sala G, 25/06/2007, "Silva, Osvaldo W. c. Ibáñez, Julio C. y otros s/ daños y perjuicios"; CNCiv., sala M, 12/11/2003, "Motzerski, Carlos c. Letamendia, Martín", RCyS, 2004, 745.

(20) CCiv. y Com. de Santa Fe, sala I, 19/10/2015, "M. J. R. c. Sancor Coop. de Seg. Ltda. s/ ordinario"; HALPERÍN, Isaac — BARBATO, Nicolás H., ob. cit., p. 303; STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, p. 181.

(21) MORANDI, Juan Carlos F., "Estudios de derecho de seguros", Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971, ps. 223 y ss.; CCiv. y Com. Santa Fe, sala 1ª, 19/10/2015, "M. J. R. c. Sancor Coop. de Seg. Ltda. s/ ordinario"; CNCom., sala A, 19/04/2011, "Boggio, Maximiliano y otros c. Metlife Seguros de Vida s/ ordinario".

quienes sostienen que se trata de un sistema de carácter subjetivo, posición en la cual me enrolo, parten de la base de que necesariamente deberá indagarse en la intención del asegurando, por cuanto se exige como mínimo que haya obrado con culpa, independientemente de que dicho reproche subjetivo no sea objeto de acreditación directa, sino que su existencia se pueda presumir —*iuris tantum*— en ciertos casos **(22)**.

IV. Los presupuestos de configuración del instituto

Para que la reticencia alegada por el asegurador pueda dar causa a la nulidad o readecuación del contrato, se deben cumplimentar con una serie de requisitos o presupuestos.

En términos generales, conforme dispone el art. 5º de la LS, debe existir reticencia o falsa declaración de circunstancias conocidas por el asegurado, independientemente de la buena fe con que haya obrado, y que a juicio de peritos hubiera impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador se hubiera cerciorado del verdadero estado del riesgo. El asegurador cuenta con un plazo de tres meses de conocida la circunstancia retaceada o declarada en forma inexacta para impugnar de nulidad el contrato respectivo.

Dejaremos para más adelante la cuestión formal de la impugnación y del plazo para efectuar dicho acto. Por el momento, nos centraremos en el análisis de los presupuestos sustanciales, por así decirlo, del instituto.

En primer lugar, venimos sosteniendo que la falsa declaración o reticencia vician el consentimiento del asegurador, por cuanto contrata sobre un riesgo cuyo estado no es el verdadero, al punto que, de haberlo conocido, o no hubiera celebrado el contrato o lo hubiera hecho bajo otras condiciones.

En dicha senda, estamos aquí en presencia de un *vicio*, que como tal afecta al elemento *intención* del acto voluntario del asegurador. Dichos defectos pueden consistir tanto en dolo como en error **(23)**. Básicamente, lo que sucede en estos casos, es que la conducta del asegurando, sea intencional o no ("aún hechas de buena fe"), tiene como resultado hacer recaer en error al asegurador sobre el verdadero estado del riesgo que se obligará a amparar. Existe un error en la apreciación o ponderación de este conjunto de circunstancias, las cuales no guardan correspondencia con su estado real.

Por ello entonces, es el *error* como vicio de la voluntad un elemento fundamental a considerar. Se trata de un error de hecho esencial (art. 265, Cód. Civ. y Com.), que recae sobre el objeto del acto —riesgo—; se puede entender, en los términos del art. 267, inc. c), del Cód. Civ. y Com., que dicho carácter *esencial* se da por recaer sobre "la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica" **(24)** según "las circunstancias del caso"; precisamente el riesgo amparado no ostenta las cualidades o características que el asegurador entendía que revestía, y ello debe ser determinante en su voluntad, por cuanto si hubiera sabido del verdadero estado del mismo, directamente no hubiera contratado o, al menos, lo hubiera hecho bajo otras condiciones.

En segundo lugar, el art. 5º de la LS establece que estas circunstancias omitidas o falsamente declaradas, deben ser *conocidas* por el asegurando, con independencia de la buena fe con que haya obrado. Es decir, conforme bien sostenía Halperin, la reticencia exige en el asegurando *saber* o *deber saber*, por lo que requerirá mínimamente un obrar *culposo* del mismo, en tanto no se puede declarar lo que sin culpa se ignora o desconoce **(25)**. En este sentido, es claro que el asegurando debe conocer efectivamente la circunstancia que calla o declara de manera inexacta, o al menos, tener el deber de conocerla, pero siempre conforme a un estándar normal u ordinario de diligencia **(26)**, no pudiendo exigírsele que informe sobre circunstancias olvidadas o no

(22) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, p. 210.

(23) RIVERA, Julio C. – CROVI, Luis D., "Derecho civil y comercial. Derecho civil —parte general—", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 595.

(24) "La cualidad sustancial es aquella sin la cual no se hubiese contratado. A diferencia del error sobre la identidad del objeto, aquí la cosa es aquella que se había tenido presente, pero que no reúne una calidad esencial que se creía que tenía" (*ibid.*, p. 782).

(25) HALPERIN, Isaac – BARBATO, Nicolás H., ob. cit., p. 311.

(26) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, p. 188.

conocidas, ni que realice arduas investigaciones para conocer. Dicho conocimiento se juzga al momento de celebrar el contrato de seguro **(27)**, por cuanto el conocimiento posterior quedará enmarcado en el instituto de la agravación del riesgo, mas no en la reticencia.

Por su parte, el texto legal recurre en varias oportunidades al término "buena fe" (y a su antónimo, "mala fe"). Ha discurrido así la doctrina sobre el sentido específico que debe dársele en el marco regulatorio especial de la reticencia, a este principio general del derecho privado argentino (arts. 9º, 729 y 961, Cód. Civ. y Com.).

En efecto, la ley habla por un lado de una reticencia "dolosa o de mala fe" (art. 8º), y por el otro, de una reticencia "no dolosa" (art. 6º) o de un obrar de "buena fe" (arts. 5º y 7º). Recordemos que siempre, conforme al art. 5º de la LS, la circunstancia omitida o inexactamente declarada tiene que ser "conocida" por el asegurando, lo que claramente nos indica que el mismo no ha obrado con la diligencia debida, por más que "fueran hechas de buena fe" (art. 5º, LS). Al normar los efectos de la reticencia, queda claro el disímil régimen conforme el asegurando haya actuado con dolo o mala fe, o en su caso, con buena fe. Si bien sabemos que conceptualmente en nuestro ordenamiento jurídico, la culpa y la buena fe no se identifican ni se funden en un mismo significado, de la atenta lectura de los arts. 5º a 8º de la LS, debe entenderse que "cuando la LS en materia de reticencia habla de buena fe, quiere significar que se encuentra excluida la intencionalidad de engaño, por lo tanto, de dolo, lo que nos conduce a la presencia de culpa".

En tercer lugar, a este conocimiento —o deber de conocer— del asegurando tenemos que relacionarlo con la posibilidad de que dicha parte haya podido *reconocer* el error en que recaía el asegurador **(28)**.

En este punto, es importante destacar que el Código Velezano exigía, para que se pueda configurar el error nulificante del acto, no solo que este sea *esencial*, sino también que sea *excusable* para quien incurría en dicho error, esto es, que el yerro no haya provenido de su propia falta de diligencia (art. 929, Cód. Civil). Cambiando la perspectiva de análisis, el nuevo Código Civil y Comercial exige ahora que, si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error sea *reconocible* (art. 265).

De esta manera, al no requerirse más que sea excusable, el foco se coloca ahora en el destinatario de la manifestación de la voluntad (en nuestro caso, el asegurando, destinatario de la aceptación de la propuesta) **(29)**. En tal sentido, el art. 266 del Cód. Civ. y Com. sostiene que el error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Ello quiere significar que el destinatario, actuando con la normal diligencia, ha debido advertir —conoció o debía conocer— el error en que incurría su contraparte; dicha diligencia deberá ser apreciada *in abstracto* **(30)**. La prueba de la reconocibilidad recae sobre quien invoca la nulidad del acto. El fundamento del cambio de perspectiva radica en la protección del interés y de la confianza de la parte que no ha incurrido en el error (en nuestro caso, el asegurando) **(31)**.

(27) CNCiv., sala K, 15/12/2004, "López Quintela, R. c. Caja de Seguros", LA LEY, 2005-D, 193.

(28) Soy consciente de que para quienes sostengan que el esquema de vicios de la voluntad de la LS configura un sistema especial y distinto al general regulado en el Código Civil y Comercial, el requisito de "reconocibilidad" del error podría no ser exigido. Por mi parte, entiendo que al haber cambiado el enfoque el nuevo digesto argentino sobre esta específica cuestión, centrándose ahora en el destinatario del error y eliminando el requisito de la excusabilidad de quien incurre en el yerro, nada impide que se armonicen ambos regímenes en este específico punto, debiendo exigirse ahora la reconocibilidad del error en el asegurando.

(29) Sostuvo así la Comisión Redactora en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial: "Se mantiene la necesidad de que el error sea esencial y se prescinde del requisito de la excusabilidad. Tratándose de actos bilaterales o unilaterales recepticios, el esquema de la excusabilidad se traslada —para tutela de la confianza— del que yerra hacia el destinatario de la declaración: se requiere, por ello, la reconocibilidad".

(30) RIVERA, Julio C. – CROVI, Luis D., ob. cit., p. 785; BENAVENTE, María Isabel, en LORENZETTI, Ricardo, L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. II, ps. 44 y ss.

(31) "El que celebra un contrato bajo una falsa o equivocada representación evidentemente actuó de un modo involuntario. Pero el ordenamiento no puede invalidar el contrato frente a cada error pues correría el riesgo de

En otro orden de ideas, el asegurando puede haber obrado de manera intencional, incurriendo en reticencia "dolosa", la que se configurará cuando omita o declare en forma inexacta una circunstancia relevante con el propósito de engañar al asegurador. Vemos en el dolo la presencia de un elemento finalístico, procurar que el destinatario del engaño otorgue un negocio jurídico o realice un acto (art. 271, Cód. Civ. y Com.).

En el régimen general del Código Civil y Comercial, para la procedencia de la acción de nulidad por el vicio de dolo **(32)**, se exige que este revista carácter de *esencial* (art. 272), pudiendo asimismo acumularse a dicha pretensión de invalidez del acto la del resarcimiento del daño causado. Sin embargo, en el régimen especial de la Ley de Seguros, se da la particularidad de que el dolo *incidental* (art. 273, Cód. Civ. y Com.) también puede ser causa de nulidad del contrato, acarreando asimismo el efecto dispuesto en el art. 8º de la LS **(33)**.

En cuarto lugar, resta señalar que, tratándose el error y el dolo de vicios de la voluntad, dan lugar a la invalidez del acto por *nulidad relativa* (art. 386, Cód. Civ. y Com.), en tanto la sanción legal está impuesta en protección de quien ha visto viciada su voluntad —en este caso, el asegurador—. Dicha nulidad podrá articularse por la parte afectada (art. 388, Cód. Civ. y Com.), sea por vía de acción o excepción (art. 383, Cód. Civ. y Com.).

Es por ello que, siendo la nulidad de carácter relativa, puede el acto viciado sanearse por confirmación expresa o tácita (arts. 388, 393 y concs., Cód. Civ. y Com.). Respecto de la forma tácita de subsanación (art. 394, 2ª párr. Cód. Civ. y Com.), puede resultar tanto del cumplimiento total o parcial del acto anulado, realizado con conocimiento de la causa de nulidad, o de otro acto del que se pueda sostener inequívocamente la voluntad de sanear el vicio, v. gr., cuando no se impugna el contrato en el plazo de tres meses del art. 5º de la LS **(34)**.

Finalmente, el último presupuesto —y no por ello menos importante— que debe estar presente para que pueda configurarse la reticencia, es el de la *relevancia* o *trascendencia*. Con ello se alude a que los hechos o circunstancias omitidos o declarados falsamente por el asegurando deben ser importantes, en el sentido de influir a tal punto en la apreciación del estado del riesgo, que de haber conocido la situación real el asegurador, no hubiera celebrado el contrato o lo hubiera hecho bajo otras condiciones. Sobre cuáles son estas circunstancias trascendentes, no es posible saberlo de antemano y a ciencia cierta, porque las que lo son para un riesgo, pueden no serlo para otro, e igualmente los que lo son para un asegurador conforme a su práctica comercial de suscripción de riesgos, pueden no serlo para otro **(35)**.

V. Los efectos de la reticencia

V.1. De los efectos en los seguros de daños patrimoniales y en los de personas que no constituyan "seguros de vida"

El régimen de los efectos difiere según el asegurando haya obrado con culpa o con dolo al momento de perfeccionar el contrato.

---

perjudicar un interés igualmente merecedor de tutela: el interés del cocontratante, que habiendo confiado en la declaración del que cometió el error sería defraudado si el contrato fuera eliminado. Su interés, por tanto, es contrario a la anulación y, además, refleja el interés general a la seguridad y el dinamismo del tráfico jurídico, en coherencia con el significado que el vínculo negocial recibe del sistema. El Código concilia los dos intereses contrapuestos mediante la regla del artículo 265: el error es causa de nulidad solo cuando es esencial y reconocible por el otro contratante o parte del negocio. Es decir, media un doble filtro que selecciona los errores relevantes" (BENAVENTE, María Isabel, ob. cit., t. II, p. 46.)

(32) Así se ha sostenido en un fallo: "Incurre en reticencia dolosa, el asegurado que ha contratado en sendas aseguradoras dos seguros el mismo día, cubriendo el mismo riesgo y sobre el mismo automotor uno como de uso particular y otro como afectado a remís y en la omisión en denunciar la existencia de pluralidad de riesgos" (CNCiv., sala G, 25/06/2007, "Silva, O. c. Ibáñez, J. C.", LA LEY, 2008-F, 80).

(33) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, p. 200.

(34) Todo lo sostenido en relación con el conocimiento del asegurador, rige igualmente para los actos y conducta del productor de seguros que se encuentre facultado para recibir propuestas de celebración y modificación de contratos —art. 53, inc. a), LS— y para el agente institorio —art. 54, LS—.

(35) ESTEBENET, Carlos A., "El tema de la reticencia en los fallos: una cuestión recurrente", ED del 27/09/2010, ED 239.

En este sentido, conforme disponen los arts. 5º y 6º de la LS, si el asegurando es de buena fe, habiendo obrado culposamente, el asegurador ostenta una opción ejercitable "a su exclusivo juicio" **(36)**:

a) De articular una acción o excepción de nulidad del contrato, restituyendo la prima percibida con deducción de gastos (arts. 5º y 6º de la LS). Es menester aclarar que la nulidad no opera de pleno derecho, sino que tiene que ser articulada y declarada judicialmente. La restitución de la prima —con las deducciones que correspondan—, es lógico efecto del carácter retroactivo de la nulidad. Finalmente, y a diferencia de lo que sostenía el art. 6º del Anteproyecto de Ley General de Seguros preparado por Halperin, la Ley 17.418 no exige que la circunstancia omitida o declarada falsamente subsista al tiempo en que se deduce la nulidad; en dicho Anteproyecto, la acción nulificante se extinguía si la circunstancia había dejado de existir *antes del siniestro*.

b) De reajustar o revisar el contrato de seguro de conformidad al verdadero estado del riesgo. Esta vía de revisión, obviamente más favorable para el asegurado, exige el consentimiento de este último (art. 6º, LS), por cuanto si no llegara a aceptar, el asegurador solo podrá impugnar de nulidad la convención o mantenerla en vigencia en los términos y condiciones originarios. En caso de aceptar, el contrato conservará su vigencia, readecuándose la prima, la extensión de los riesgos o la suma asegurada.

El ejercicio de esta opción no requiere que se haya producido el siniestro, o al menos el art. 6º de la LS no refiere a ello. Sin embargo, se han levantado opiniones sosteniendo que la opción que brinda la norma es practicable en tanto no se haya materializado el riesgo **(37)**.

Por su parte, si la reticencia es dolosa o de mala fe, el asegurador podrá plantear la acción o excepción de nulidad del contrato, teniendo asimismo conforme al art. 8º de la LS, derecho a las primas de los períodos transcurridos y del período en cuyo transcurso invoque la reticencia o falsa declaración. Esta norma —art. 8º— es de orden público, insusceptible de modificación por las partes (art. 158, LS). Si bien la nulidad tiene efecto retroactivo, por lo que el asegurador debería, conforme al régimen general, restituir la prima percibida y reclamar en su caso la indemnización de daños, al haber obrado el asegurado con dolo, el ordenamiento especial establece una suerte de sanción legal complementaria, por lo que no será restituible la prima percibida y tendrá derecho a percibir las no pagadas, tanto por los períodos pretéritos como por aquel en cuyo transcurso invoque la reticencia.

Por otro lado, el art. 9º regula los efectos de la reticencia si el siniestro ocurre *durante el plazo para impugnar*, estableciendo que "en todos los casos" el asegurador "no adeudará prestación alguna", salvo el valor de rescate que corresponda en los seguros de vida.

Este artículo ha sido objeto de alguna controversia, por lo cual nos detendremos sobre él para precisar su alcance.

En este sentido, Stiglitz **(38)** sostiene que, si el siniestro se materializa durante el plazo para impugnar del art. 5º de la LS, el asegurador se hallará liberado —*ex lege*— de su obligación principal de otorgar la cobertura, aun cuando se encuentre pendiente la impugnación y siempre y cuando impugne posteriormente en dicho plazo legal.

Para Barbato **(39)**, el art. 9º de la LS establece un supuesto de caducidad del derecho del asegurado a la cobertura por incumplimiento de la carga legal de declarar el estado real del riesgo. Al producirse el siniestro, encontrándose vigente el plazo para impugnar del art. 5º de la LS, el asegurador se liberará de su prestación principal. Pero

(36) Sostiene Halperin que al rechazarse las limitaciones y atenuaciones de los arts. 5º y 7º del Anteproyecto, no cabe un control judicial de la decisión del asegurador, por cuanto la opción es ejercitable "a su exclusivo juicio" (HALPERIN, Isaac – BARBATO, Nicolás H., ob. cit., p. 332).

(37) "En mi visión, el art. 6º trata un supuesto específico en el cual permite al asegurador reajustar el contrato con la conformidad del asegurado o anularlo restituyendo la prima percibida, pero solo en caso de toma de conocimiento, sin que se hubiese producido el siniestro ni reclamo del asegurado (…). Se trata de una norma que permite una solución protectora del asegurado, que resulta impensable en un contexto de controversia entre asegurado y asegurador" (ESTEBENET, Carlos A., ob. cit.).

(38) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, p. 230.

(39) BARBATO, Nicolás H., en sus comentarios en la obra de HALPERIN, Isaac, ob. cit., ps. 307 y ss.

para este autor el plazo de tres meses del art. 5º de la LS rige únicamente para la invocación de la nulidad, mas no para oponer la caducidad de la cobertura del art. 9º de la LS, que se regirá por el plazo de 30 días de formulada la denuncia del siniestro —art. 56, LS—, extensible incluso ante el pedido de información complementaria del art. 46, 2º párr., LS. Ello así, por cuanto se trataría de dos normas que regulan supuestos distintos, ya que el art. 5º de la LS refiere a la subsistencia o no del contrato por el desequilibrio técnico que genera, mientras que el art. 9º a la caducidad del derecho del asegurado por inobservancia de una carga legal precontractual. Sin embargo, si el asegurador invocara primero la caducidad del derecho a la cobertura del art. 9º, requerirá también la invocación de la nulidad del contrato. Ello así, por la teoría de los actos propios, es decir, si consideró relevante la reticencia como para suspender la cobertura, no puede pretender continuar con el contrato viciado o sin que se modifique la prima. Es así como, para este autor, en estos casos la nulidad también debería ser invocada en el plazo del art. 56, LS, y dicha invocación podría extenderse más allá de los tres meses que impone el art. 5º de la LS, en los casos de suspensión del plazo de la carga de pronunciamiento por pedido de información complementaria (art. 46, 2º párr., LS).

En mi opinión, considero que se presenta una cierta contradicción entre el tenor literal del art. 9º de la LS, con la opción que concede al asegurador el art. 6º de la LS para los casos de reticencia culposa. Partamos de la base de que, a los fines prácticos, desentrañar el verdadero sentido del art. 9º resulta fundamental, por cuanto la mayoría de las veces el asegurador se impone de la existencia de información retaceada u omitida una vez que se encuentra desarrollando las tareas investigativas *luego de ocurrido el siniestro*.

Ahora bien, el art. 9º principia sosteniendo "En todos los casos", lo cual podría hacer pensar que la norma sería de aplicación tanto para la hipótesis de reticencia culposa como dolosa. Por su parte, ya hemos dicho que el art. 6º de la LS, aplicable al caso de reticencia culposa, no distingue si la opción ejercitable por el asegurador "a su exclusivo juicio", rige para *antes* o *después* de verificado el siniestro.

En tal sentido, si el asegurador tomare conocimiento de la reticencia o falsedad *culposas* (art. 6º), comenzando así a correr el plazo de 3 meses para impugnar y en el ínterin ocurre el siniestro, o cuando ocurre el siniestro y a partir de las tareas de investigación toma dicho conocimiento, el asegurador *no adeudará prestación alguna* (art. 9º) durante el período de tres meses, "hasta tanto decida en ese término si invocará la nulidad del contrato u optará por el reajuste". Digo esto por cuanto si se elige esta última vía, notificada que le sea al asegurado y prestada su conformidad, no tiene ningún sentido que "habiendo ocurrido el siniestro" el asegurador quede liberado de su prestación principal, ya que el contrato se mantuvo vigente y fue reajustada la prima respectiva. En todo caso, por la prima "menor" que se ha abonado hasta la ocurrencia del evento, se debería reducir proporcionalmente la indemnización a cargo del asegurador, mas no liberarlo *in totum;* en caso contrario, el pago de la/s prima/s a por parte del asegurado habrá constituido un pago sin causa, produciendo un enriquecimiento patrimonial indebido en cabeza del asegurador.

En cambio, sí tendrá sentido que "no adeude prestación alguna" cuando se ha impugnado de nulidad, puesto que, una vez declarada judicialmente, su efecto retroactivo conllevará a que el asegurador quede liberado de su prestación principal. Por lo expuesto, la frase del art. 9º de la LS "En todos los casos" debiera leerse así: "En todos los casos en que el asegurador impugne de nulidad el contrato de seguro". Lo que se propone es interpretar el sentido de la imperativa **(40)** solución del art. 9º, en forma coherente con lo dispuesto por el art. 6º, evitando evidentes injusticias y contradicciones.

V.2. De los efectos en el seguro de vida

El esquema general explicitado *supra* sobre los efectos de la reticencia se particulariza en este tipo contractual con algunas reglas especiales normadas en los arts. 6º, 7º y 130 de la LS.

En tal sentido, la última norma citada establece que la aseguradora no puede invocar la reti-

(40) Recordemos que el art. 9º, LS, es una norma absolutamente inmodificable, ni siquiera se podría pactar una modificación en favor del asegurado. Así lo que dispone el art. 158, LS.

cencia una vez que hayan transcurrido tres años desde la celebración del contrato. A ello se lo conoce como principio de incontestabilidad, el que no regirá en caso de haber obrado el asegurado con dolo o mala fe. Se trata de un plazo de caducidad legal, que puede ser objeto de modificación convencional en beneficio del asegurado (art. 158, LS).

Por su parte, el art. 6º de la LS, referido a la reticencia de buena fe o culposa, establece como regla general que el asegurador podrá impugnar de nulidad el contrato en el plazo del art. 5º de la LS; sin embargo, la norma regula una excepción, al "imponer" el reajuste contractual en el seguro de vida en caso de que se verifiquen —acumulativamente— las siguientes condiciones: a) la nulidad fuera perjudicial para el asegurado **(41)**; b) el reajuste fuera posible conforme juicio de peritos —prueba legal, tasada, exclusiva y excluyente—; c) se hubiera celebrado de acuerdo con la práctica comercial del asegurador. Estos dos últimos requisitos se consideran al momento de la celebración del contrato, no a la época en que se debe cumplir el reajuste.

Asimismo, si la reticencia fuera culposa y se alegare en término, pero *después de ocurrido el siniestro*, el art. 7º de la LS dispone que la prestación debida se *reducirá* si el contrato fuera reajustable conforme a los criterios del art. 6º de la LS. Aquí hay una observación que formular, conforme bien lo señala López Saavedra **(42)**, y es la aparente contradicción del art. 7º de la LS con el art. 9º de la LS, el que establece que la aseguradora no adeudará prestación alguna salvo el valor de rescate que corresponda en el seguro de vida. Esta última solución, se contradice con la de reducción de la indemnización que trae el art. 7º. Por ello entonces, el mencionado autor entiende que, para los seguros de vida, el art. 9º de la LS se refiere a los casos previstos en el art. 8º de la LS —reticencia dolosa—; ello así, por cuanto si el asegurado actuó en forma culposa, y se dan los requisitos del art. 6º de la LS, se deberá aplicar en cambio la solución del art. 7º de la LS, con lo que luego de ocurrido el siniestro se deberá *reducir* la prestación a cargo del asegurador.

V.3. El Anteproyecto de Ley General de Seguros

Creo necesario hacer un breve análisis retrospectivo sobre la manera en que estaba regulada la Reticencia en el Anteproyecto de Ley General de Seguros, confeccionado por Isaac Halperin por encargo del Poder Ejecutivo Nacional en el año 1959, sin las modificaciones que luego se fueron introduciendo al texto proyectado por las Comisiones Revisoras de 1959 y 1966 y que sirvieron de antesala a la ley 17.418.

La importancia de rememorar el texto originario radica en lograr comprender que el diseño legal actual del instituto y las particularidades que presenta, no fueron producto de meros descuidos u olvidos involuntarios del legislador, sino que constituyeron modificaciones introducidas —guste o no— deliberadamente al texto primigenio del Anteproyecto.

En dicha senda, el Anteproyecto preveía en su art. 5º un sistema subjetivo, en donde la *nulidad* solamente podía ser alegada en caso de dolo o culpa grave **(43)**. No se hablaba de "buena fe". En cambio, para el caso de reticencia meramente culposa, si el asegurador la alegaba en término y "antes de producirse el siniestro", podía "rescindir" el contrato o "reajustar" la prima al verdadero estado del riesgo (art. 7º, 1er. párr.); para el supuesto de que se invocare en plazo, pero "ya ocurrido el siniestro", la indemnización se "reduciría" en la medida en que la reticencia o falsedad "hubieran influido en la producción del siniestro o en la extensión de la indemnización" (art. 7º, 2º párr.).

(41) "Es cierto que la norma así lo dispone si 'la nulidad fuere perjudicial para el asegurado' pero ello casi siempre será así o bien porque el asegurado pudo haber cumplido un año más, actuarialmente hablando (es la edad al cumpleaños más cercano) o porque se pudieron haber deteriorado las condiciones de salud sin que haya llegado al límite de ser un riesgo no asegurable" (FACAL, Carlos J. M., "Algunos apuntes acerca de la reticencia en el contrato de seguros de vida", publicado en *https://www.facalmartin.com.ar*).

(42) LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., ob. cit., t. I, p. 130.

(43) "Esto es que se consagraba un sistema subjetivo de anulación atenuada, acorde con la naturaleza del vicio, y concordante con la explotación por una empresa, sobre la base del sistema de contratación en masa para la formación de grupos de riesgos homogéneos: para esto, era suficiente la rectificación del encasillamiento del riesgo, dejando bajo la sanción de nulidad los casos de reticencia dolosa o con culpa grave" (HALPERIN, Isaac – BARBATO, Nicolás H., ob. cit., p. 306).

Finalmente, el art. 6º impedía al asegurador invocar la reticencia en los siguientes casos: a) si esta cesó antes de acaecer el siniestro; b) si producido el siniestro, la circunstancia omitida o inexacta no había influido en su acaecimiento ni en la medida de la prestación, salvo que hubiera existido fraude del tomador.

Vemos así que nuestra Ley de Seguros vigente rechazó las limitaciones o atenuaciones del régimen originario proyectado por Halperin. En lo referido a la alegación de nulidad ante la mera reticencia culposa y luego de acaecido el siniestro, Halperin señalaba: "La ley se aparta así de la orientación de la legislación universal, que reajusta el contrato en todas las ramas si no existe dolo (...). La comisión revisora juzgó peligroso introducir ya en el país esa solución, por la escasa buena fe comercial, propia de los países jóvenes, que induciría a la comisión de reticencia, amparado por el alea de su no descubrimiento oportuno y la dificultad de la prueba del dolo" **(44)**.

VI. La impugnación del contrato

El art. 5º, 2º párr., LS, establece que el asegurador debe impugnar el contrato dentro de los tres meses de haber conocido la reticencia o falsedad. Me referiré brevemente al plazo y forma en que se debe articular la mencionada impugnación.

En lo relativo al plazo, el texto legal establece que el asegurador cuenta con tres meses de conocida la reticencia o falsedad para proceder a la impugnación. En tal sentido, se trata de un plazo de caducidad legal, vencido el cual queda subsanado el vicio que adolecía el contrato, por lo que por su mero transcurso caducará el derecho del asegurador a impetrar la nulidad de este, sea por vía de demanda, reconvención o excepción **(45)** (art. 2566, Cód. Civ. y Com.). Dicho plazo es insusceptible de modificación por las partes, siquiera en beneficio del asegurado (art. 158, LS). Asimismo, tratándose de un plazo de caducidad establecido por ley, corresponde al juez declararla de oficio (art. 2572, Cód. Civ. y Com.).

El *dies a quo* del término legal comienza a computarse desde que el asegurador conoció o debió conocer la existencia de la circunstancia inexactamente declarada u omitida, lo que por lo general ocurrirá luego de acaecido el siniestro, con motivo de las tareas investigativas que desarrolle la empresa. A este deber de conocer, en una empresa de altísima especialización técnica en la actividad comercial que despliega, se lo debe interpretar conforme a la pauta de valoración de conducta que trae el art. 1725 del Cód. Civ. y Com. Asimismo, la prueba del momento en que tomó dicho conocimiento corresponde al asegurador.

En caso de que el siniestro ocurra durante el plazo para impugnar, debemos correlacionar este término de tres meses con el de 30 días del art. 56 de la LS. Para un sector, debe impugnarse en el menor plazo conferido por ambos artículos **(46)**. Para Stiglitz **(47)** los plazos de los arts. 5º y 56 de la LS cumplen funciones distintas; el primero es presupuesto de una pretensión judicial posterior de nulidad, mientras que el segundo, es una carga legal que recae sobre el asegurador a los fines de que se pronuncie sobre los derechos del asegurado, lo cual presupone asimismo un contrato de seguro válido. Por lo tanto, para este autor, si media reticencia y el asegurador no se pronuncia adversamente en el plazo del art. 56 de la LS, puede igualmente hacerlo en el plazo del art. 5º de la LS, si no, no se comprendería la función que cumpliría dicho término legal. Similar opinión expresa López Saavedra **(48)** y así lo ha señalado también actual jurisprudencia **(49)**.

Por otra parte, en cuanto a la impugnación en sí, se trata de una declaración unilateral y recepticia dirigida por el asegurador al tomador, en donde le comunica su voluntad de que el contrato sea anulado por la existencia de circunstancias omitidas o falsamente declaradas.

---

(44) *Ibid.*, p. 333.

(45) AGUIRRE, Felipe F., "El medio de impugnación por reticencia en el contrato de seguro", JA 2002-IV-941.

(46) CNCom., sala A, 31/07/1991 "Rolón, R. c. Belgrano Coop. Ltda. de Seguros".

(47) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, p. 231 y ss.

(48) LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., ob. cit., t. I, p. 119.

(49) CNCiv., sala G, 25/06/2007, "Silva, Osvaldo W. c. Ibáñez, Julio C. y otros s/ daños y perjuicios".

La impugnación se encuentra libre de formalidades **(50)** y puede ser planteada tanto judicial como extrajudicialmente, aunque siempre dentro del plazo de tres meses del art. 5º de la LS. Recordemos que la impugnación actúa como un presupuesto de admisibilidad de una ulterior pretensión o excepción judicial de nulidad. Por último, en cuanto a su contenido, debe informar de manera clara, detallada y suficiente al asegurado sobre cuáles son las causales concretas que estima han sido calladas o declaradas en forma inexacta.

VII. Régimen probatorio

Como principio general, corresponde a la aseguradora en el marco del proceso judicial respectivo, acreditar el presupuesto de hecho de la norma que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

También resulta de importancia señalar que para el caso de que el asegurador sea citado en garantía en un proceso de responsabilidad civil entablado por un tercero contra el asegurado, dado que la reticencia tiene como límite temporal de configuración, el momento de la celebración del contrato, se trata claramente de una *defensa nacida con anterioridad al siniestro*, por lo que resultará oponible en juicio al tercero damnificado (art. 118, 3º párr., LS).

Por su parte, en cuanto a los extremos que deben ser acreditados por el asegurador, resulta imperioso distinguirlos, en tanto ostentan un disímil régimen probatorio. Antes de ello, es importante dejar sentado que, como regla, la interpretación de la prueba de la reticencia debe ser restrictiva, por lo que en caso de duda deberá el intérprete inclinarse en favor del asegurado **(51)**.

Dicho esto, el asegurador tendrá la *carga* de probar en juicio: a) la existencia de los hechos constitutivos de la reticencia o falsa declaración al momento de concertarse el contrato **(52)**; b) el conocimiento —o deber de conocer— del asegurado de tales circunstancias al tiempo de celebración del contrato **(53)**; c) el momento en que conoció la real situación del riesgo **(54)**; d) la influencia que las circunstancias ocultadas o inexactas hayan tenido en la apreciación del riesgo por parte del asegurador.

En tal sentido, los presupuestos indicados en los incs. a), b) y c) del párrafo anterior admiten cualquier medio probatorio, rigiendo al respecto el principio de libertad en la apreciación de la prueba **(55)**.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el inc. d), esto es, con la prueba de lo que se ha dado en llamar la "influencia", "relevancia" o "trascendencia"; con ello se hace referencia a que la circunstancia o hecho omitido o falseado haya incidido de tal manera en la apreciación del riesgo que hizo el asegurador, que si hubiera conocido su verdadero estado al momento de la celebración, no hubiera contratado o lo hubiera hecho bajo distintas condiciones **(56)**.

Para su acreditación, el art. 5º de la LS impone el "juicio de peritos", habiéndose sostenido en nuestra doctrina pretoriana que dicho dictamen constituye una prueba legal tasada, esencial, exclusiva, irremplazable, solemne, indispensable y

(50) CCiv. y Com. Concepción (Tucumán), 19/02/2019, "Benítez, Hugo A. c. La Buenos Aires New York Life SA s/ cobros", Rubinzal Online, 250/05 RC J 4144/19.

(51) CCiv. y Com. Concepción (Tucumán), 03/03/2016, "Coronel, Miguel Á. c. Véliz, Antonio D. s/ daños y perjuicios"; CNCom., sala A, 20/12/1991, "Moreira, Antonio c. La Nación Compañía Argentina de Seguros SA"; CCiv. y Com. Santiago del Estero, 11/03/1999, "Abraham, Edic A. c. Caruso Compañía de Seguros SA s/ cumplimiento de Contrato", Id Infojus: FA99220261.

(52) CNCom., sala A, 19/03/1976, "Graziano, V. c. El Cabildo Cía. Arg. De Seguros", ED, 68-406.

(53) En caso de pretender alegar el asegurador una reticencia dolosa (art. 8º, LS), recordemos que la buena fe del asegurado se presume, por lo que, admitiendo dicha presunción prueba en contrario, corresponderá acreditar al asegurador el obrar doloso o de mala fe de su asegurado al tiempo de la contratación.

(54) Lo que resultará de importancia por el *dies a quo* del plazo para impugnar del art. 5 LS.

(55) CCom., sala F, 13/12/2016, "Assen, Maximiliano E. c. Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ ordinario", La Ley Online, AR/JUR/106581/2016; *id.*, "Expreso Cantarini SA y otros c. Provincia Seguros SA y otro s/ ordinario", AR/JUR/12162/2016.

(56) Entre ellas: la extensión de los riesgos, la suma asegurada y la prima (C. 2ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib. San Rafael, 17/05/2012, "Garde Vda. de Battini, Elva S. y otra c. Federación Patronal Seguros SA s/ sumario", LLGran Cuyo 2012 [nov.], 1061).

de imperiosa producción para el asegurador, de tal suerte que si incluso hubiera logrado acreditar la existencia de la circunstancia omitida o falsa declaración, pero no hubiera ofrecido y producido la pericial respectiva, por más convincente que sea el resto del plexo probatorio arrimado a la causa, no podrá tenerse por configurado el instituto de la reticencia. El dictamen no puede ser sustituido por otros medios probatorios. Ello, por tratarse del único medio de prueba admitido por la ley, constituyendo una excepción al principio de libertad en la apreciación probatoria; siempre y cuando, claro está, el informe sea referido a la relevancia o trascendencia **(57)**, científicamente fundado y sus conclusiones no sean arbitrarias **(58)**.

En dicha senda, se ha sostenido asimismo que el desistimiento por el asegurador de la prueba pericial, o su directa ausencia de ofrecimiento, no puede ser revertida por el juez de la causa por otro medio probatorio, ni siquiera mediante una medida para mejor proveer, por cuanto debe apreciarse que la parte que incurre en tal omisión es una persona jurídica altamente organizada que se dedica profesionalmente a la actividad asegurativa (art. 1725, Cód. Civ. y Com.) **(59)**.

Sin embargo, a pesar de lo anteriormente expuesto, en un interesante fallo, se excusó al asegurador de producir el "juicio de peritos", teniéndose por configurada la reticencia y declarándose la nulidad del contrato, en casos extremos en donde la ocultación o mendacidad es de tal entidad o magnitud, que autoriza a concluir que de haber conocido el asegurador los reales alcances del riesgo asegurado, no lo hubiera cubierto, o al menos, lo hubiera hecho bajo otras condiciones **(60)**.

Finalmente, en lo relativo al objeto del dictamen pericial y a la incumbencia que debiera tener el perito que lo realiza, se ha señalado con razón que debe ser un experto en el mercado de coberturas. En rigor, no se requiere un especialista en asuntos técnicos de seguros, ni que sea abogado, actuario o contador público **(61)**, sino que el perito conozca el mercado asegurador en el que se desenvuelve la Compañía aseguradora en cuestión y, asimismo, que indague sobre las *específicas* políticas, procedimientos y prácticas de suscripción de riesgos que tenía dicha aseguradora al momento de celebrar el contrato que ahora pretende impugnar **(62)**, con independencia de las políticas de cualesquiera otras compañías que pudieran desplegar su actividad en el mismo mercado.

Ello permitirá apreciar si en caso de haber conocido el verdadero estado del riesgo, *ese* asegurador no hubiera contratado o lo hubiera hecho en otras condiciones **(63)**; la relevancia de la re-

(57) "Las afirmaciones de los peritos en todo aquello que no es asunto propio de 'prueba legal' carecen de valor vinculante para el órgano judicial, que puede apartarse de ellas con la apoyatura de razones serias" (CNCom., sala B, 30/06/1988, "Sucesión de Jorge Risso Patrón y otros c. Círculo Cerrado SA de Ahorro para Fines Determinados y otros", ED, 130-366).

(58) CNCom., sala D, 28/06/2016, "O., J. W. y otros c. Nación Seguros SA s/ ordinario"; CCiv. y Com. Santa Fe, sala 1ª, 19/10/2015, "M. J. R. c. Sancor Coop. de Seg. Ltda. s/ ordinario"; CNCom., sala B, 16/12/2014, "Gaitán, C. c. Nación Seguros SA"; CCiv. Com. Lab. y Min. Neuquén, sala I, 23/07/2015, "Bezic, Mirta c. HSBC New York Life Seguros de Vida s/ cumplimiento de contrato"; CNCom., sala E, 03/04/2008, "Quingley, E. c. Liderar Compañía General de Seguros", ED, 229-595; C. 4ª Civ. Com. Min., Paz y Trib. Mendoza, 20/05/2004, "Amaya Vilchez F. c. Mercantil Andina Seguros", JA, 2004-IV-866.

(59) CNCom., sala E, 22/12/2005, "Rodríguez, N. c. Metropolitan Life Seguros de Vida", JA 2007-I-síntesis; CCiv. y Com. Concepción (Tucumán), 03/03/2016, "Coronel, Miguel Á. c. Véliz, Antonio D. s/ daños y perjuicios", Rubinzal Online; 144/06 RC J 1994/16.

(60) CCiv. y Com. Bahía Blanca, sala I, 01/12/2015, "Pavino, Nora del C. c. Santander Río Seguros SA s/ cumplimiento de contrato", Rubinzal Online: 143770 RC J 7881/15.

(61) CNCom., sala A, 10/04/2012, "Orlando Espinoza, Catalina J. y otro c. Aseguradora Argentina SA s/ ordinario", RC J 7639/12.

(62) "Al respecto debe tener en cuenta las normas o manuales de contratación vigentes en la entidad aseguradora al momento de la contratación, y el mecanismo de contratación utilizado por la misma. No es suficiente que el perito repita la información que se le proporciona, sin chequear y comprobar documentalmente la misma con los medios a su alcance" (SOTO, Héctor M. – VILA, Nancy A. – CONTARINO, Felisa L. – CRACOGNA, Fernando – MAGULA, Martín – CEREJIDO, Pablo S. – PEREYRA, Rita T. N., "La reticencia y la falsa declaración en el contrato de seguro", LA LEY, 2003-B, 1434).

(63) Así, por ejemplo, algunas aseguradoras que operan en el ramo automotor pueden no suscribir riesgos relativos a taxis, remises o del transporte público, mientras que otras pueden dedicarse exclusivamente a suscribir dichos

ticencia se aprecia entonces sobre la práctica de suscripción de riesgos del asegurador en particular en una plaza específica, al momento de celebrarse el contrato **(64)**.

VIII. De una necesaria reinterpretación del régimen actual de la reticencia

El régimen legal de la reticencia, tal como fuera concebido originariamente en la LS, resulta ciertamente riguroso para el asegurado; recordemos, en tal sentido, que las comisiones revisoras del Anteproyecto de Halperin no consideraron pertinente incluir las "atenuaciones" existentes en la redacción primigenia de los arts. 5º, 6º y 7º, tales como la necesidad de que la circunstancia omitida o retaceada subsista al tiempo del siniestro, la relación causal de la circunstancia falseada con la producción del siniestro o la extensión de los daños, la necesidad de que la acción de nulidad se funde, al menos, en culpa grave del asegurado, la sanción de reducción de la indemnización ante la mera culpa en la reticencia, entre otras.

En este sentido, nos abocaremos a continuación al tratamiento de dos tópicos, y la posibilidad de reinterpretar, con distintos fundamentos, su alcance actual: a) el ejercicio de la "opción" legal de nulidad ante la reticencia culposa del asegurado; b) el requisito de la relación causal entre la circunstancia omitida o falseada con la producción del siniestro o extensión o magnitud de los daños.

VIII.1. La sanción de nulidad en la reticencia culposa

A lo largo del trabajo hemos explicado que el asegurador, ante la reticencia culposa del asegurado, tiene "a su exclusivo juicio", el derecho de alegar la "nulidad" del contrato o, contando con la conformidad del asegurado, "reajustar" sus condiciones al verdadero estado del riesgo (arts. 5º y 6º, LS).

La facultad discrecional que la ley otorga al asegurador no fue un descuido del legislador, quien acto seguido, se encargó de señalar que, en los seguros de vida, este "exclusivo juicio" se convierte en una "imposición de reajuste" en caso de presentarse los presupuestos señalados en el art. 6º, 2º parte, LS.

Así entonces, surge evidente la rigurosidad del sistema, en el que, ante la mera reticencia culposa del asegurado, se permite al asegurador impugnar de nulidad el contrato, con la lógica consecuencia de que, en caso de producirse el siniestro, no tendrá a su cargo prestación alguna (art. 9º, LS), salvo restituir la prima con deducción de gastos y el valor de rescate en los seguros de vida.

Es por ello por lo que nos debemos preguntar si esta severidad no puede ser atenuada realizando una reinterpretación que tienda a conciliar y equilibrar los intereses involucrados, más allá de la —aparente— rigurosidad del texto legal. Entendemos que la respuesta afirmativa se impone, a la luz de los argumentos jurídicos que se expondrán a continuación.

De manera liminar, no quiero dejar de enfatizar que el derecho de opción que el art. 6º de la LS concede al asegurador de elegir entre la nulidad o reajuste, lo es "a su exclusivo juicio", lo que quiere decir que es discrecional; esta potestad no puede ser limitada, porque así lo quiso el legislador; los argumentos jurídicos que se brindarán a continuación actúan más bien como una guía que permitirá fundar, *en el caso concreto*, una reinterpretación del esquema legal vigente.

Así las cosas, para encontrar una solución conciliadora debemos partir de la base del nuevo Código Civil y Comercial y los principios que lo inspiran. En tal sentido, el art. 963, inc. a), del mencionado digesto, al disponer sobre la prelación normativa en materia contractual, establece que cuando concurren disposiciones del código y de alguna ley especial, se aplican en primer lugar, las normas indisponibles de la ley especial y de dicho código.

Precisamente, el art. 158 de la LS establece que el art. 6º de la LS no es una norma totalmente invariable, sino que puede modificarse en favor del asegurado. Con ello tenemos que la posibilidad

riesgos, o al menos, tener criterios o políticas más laxas al respecto.

(64) CCiv. y Com. Concepción (Tucumán), 19/02/2019, "Benítez, Hugo A. c. La Buenos Aires New York Life SA s/ Cobros"; CNCom., sala D, 03/02/2009, "Bisio, Juan Carlos c. Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ ordinario"; PERUCCHI, Héctor – PERUCCHI, Juan Ignacio, "Código - Seguro", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 79 y 82-83.

de que exista una sanción más "blanda" a la nulidad, no es una quimera, sino que la propia LS permite que, en caso de reticencia culposa, pueda por acuerdo de partes limitarse ese "exclusivo juicio" del asegurador.

Viendo así que el sistema puede no ser tan rígido como en principio pareciera serlo, indagaremos sobre las posibilidades que tiene el asegurado que ha incurrido en *reticencia culposa*, de plantear la *readecuación* del contrato para el caso de que el asegurador haya invocado, en ejercicio de su derecho de opción, la nulidad de dicho convenio.

En primer lugar, tenemos como basamento jurídico de su pretensión o defensa de readecuación, el derecho que concede el art. 269 del Cód. Civ. y Com. Dicha norma, titulada "subsistencia del acto", dispone que la parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquella entendió celebrar.

Esta es una solución que se incorpora al nuevo digesto fondal, y que resulta de gran utilidad para estos casos. Se podrá decir que el derecho del asegurador de alegar la nulidad lo es a "su exclusivo juicio", con lo que dicho "juicio" no puede ser forzado en distinto sentido, de ahí la palabra "exclusivo". Pero adviértase que la facultad que el art. 269 del Cód. Civ. y Com. otorga siempre tiene como presupuesto que la parte que incurrió en error plantee la nulidad relativa del acto, y si así lo hace, es porque tiene derecho a hacerlo, o al menos supongamos que lo tiene, es decir, lo hace siempre "a su juicio", por cuanto si así no lo quisiera simplemente confirmaría el acto viciado, al tratarse de hipótesis de nulidad relativa. Con ello queremos decir que el art. 269 le coloca una clara cortapisa a quien "a su exclusivo juicio" invoque la nulidad, priorizándose en cambio la subsistencia del acto, en una clara reafirmación de los principios de buena fe, conservación del negocio y lealtad negocial **(65)**.

Así entonces, ante la nulidad impetrada por el asegurador, el asegurado podría oponerse al avance de dicha pretensión, ofreciendo abonar retroactivamente la prima conforme al verdadero estado del riesgo, si es que el siniestro no ha ocurrido, o para el caso en que este ya se haya materializado, aceptando una indemnización reducida en forma proporcional a la menor prima que ha abonado. Vemos así que se concilian ambos intereses en conflicto, logrando la sobrevida del negocio.

Este art. 269 del Cód. Civ. y Com. no entra en colisión con el art. 158 de la LS, por cuanto, en definitiva, se trata de una atenuación "en favor del asegurado" de la solución que trae el art. 6º de la LS.

Resulta importante aclarar que la solución que se propone es para el caso de mediar *culpa* del asegurado, más nunca para el supuesto de *dolo*, por cuanto los arts. 8º y 9º de la LS son absolutamente inmodificables (art. 158, LS).

En segundo lugar, existe otro fundamento jurídico que podrá permitir al asegurado, *en determinados casos*, hacer frente al avance de la acción o excepción de nulidad.

En tal sentido, el derecho del asegurador de optar entre la nulidad del contrato o su reajuste, si bien puede ser ejercido a "su exclusivo juicio", ello no importa habilitar que dicho ejercicio sea *abusivo* o *antifuncional*. Encontramos aquí como medida correctora e inhibidora el instituto del abuso del derecho, normado en el art. 10 del Cód. Civ. y Com.

Así entonces, la invocación de nulidad por parte del asegurador podrá considerarse abusiva, cuando "exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres" (art. 10, 2ª parte, Cód. Civ. y Com.).

En lo relativo a la "buena fe", se ha sostenido en innumerables pronunciamientos que el seguro es un contrato calificado como de *uberrimae bona fidei*, en donde las partes deben conducirse con buena fe no solo en la celebración del contrato, sino que dicho débito recíproco alcanza a la etapa de ejecución (arts. 729 y 961, Cód. Civ. y Com.), fundamentalmente, y luego de verificado el siniestro, al período de verificación y liqui-

(65) "Es una aplicación concreta del principio de conservación y de aquel que establece que el interés es la medida de la acción. Si no existe perjuicio que merezca ser subsanado, tampoco habrá razones para demandar la invalidez del acto, por cuanto se trataría de la nulidad por la nulidad misma" (BENAVENTE, María Isabel, ob. cit., t. II, p. 60).

dación de este, en donde la expectativa indemnizatoria del asegurado se deberá ver concretada **(66)**. Es por ello por lo que en esta etapa se exige que el asegurador despliegue una conducta rigurosamente diligente, honesta, transparente, leal y coherente.

Entendemos por lo dicho que podría repulsar los límites de la buena fe, erigiéndose en abusiva, la conducta del asegurador que, dedicándose con un alto grado de profesionalismo técnico y organizativo a contratar seguros —constituyendo dicha actividad su objeto social—, pretende, *una vez ocurrido el siniestro*, ampararse en la facultad que le concede el art. 6º de la LS para solicitar la nulidad del contrato, ante la reticencia meramente culposa de su asegurado, dejándolo a la postre sin cobertura y tornando ilusoria su legítima expectativa de aseguramiento. Se consagraría una consecuencia notoriamente disvaliosa.

No olvidamos que la circunstancia omitida o falseada debe haber influido en el estado del riesgo, de tal forma que el asegurador no hubiera contratado o lo hubiera hecho bajo otras condiciones. Pero, por otra parte, cuando dicha reticencia se debe a la mera falta de diligencia del asegurado en la etapa precontractual, no encontramos óbice a que, si ese contrato fuese reajustable, cumplimentando las condiciones del art. 6º, 2ª parte, de la LS, *de acaecer el siniestro*, la indemnización a cargo del asegurador se vea *reducida* a la diferencia proporcional entre la menor prima que le fue abonada y la que realmente se debería haber pactado.

Insistir en seleccionar el camino de la nulidad, a pesar de la existencia de un remedio menos gravoso para el asegurado y que prácticamente no le causa perjuicio alguno al asegurador, no se condice con un actuar probo, leal y honesto, contrariando claramente la buena fe, defraudando la confianza que en él ha sido depositada y erigiéndose en un actuar antifuncional y abusivo **(67)**.

Asimismo, dicha conducta resultaría atentatoria de la *moral* y las *buenas costumbres*, conceptos contingentes y variables en el tiempo. Refieren, decía Rezzónico **(68)**, a la moral social dominante y objetiva de la colectividad en la que se actúa, resultando contrario a ellos la conducta que nos expone a un reproche general, por contradecir las ideas morales existentes en la conciencia social, aceptadas por la generalidad de los individuos. Cabría de esta forma preguntarse si la aseguradora, *proveedora* del servicio de aseguramiento (arts. 1º, 2º, ley 24.240; art. 1092, 1093 y ss., Cód. Civ. y Com.), ante la posibilidad clara de elegir entre dos vías *selecciona la más gravosa y perjudicial* para el asegurado —usualmente consumidor—, dejándolo sin ningún tipo de cobertura, y si ello no repugna la moral imperante en nuestra sociedad, plexo axiológico que de alguna forma fue cristalizado con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial en donde se protege el actuar recto, leal, regular, probo, la confianza legítima entre las partes y sobre todo, los derechos de quienes contratan en situación jurídica, técnica o económica de desigualdad (arts. 984, 1093 y concs., Cód. Civ. y Com.).

Consideramos que el ejercicio abusivo del derecho de opción solamente podría darse *luego de ocurrido el siniestro*, por cuanto con anterioridad, no vemos que la nulidad produzca, en principio, grandes perjuicios al asegurado reticente, en cuyo caso le será restituido el importe de las primas abonadas. Asimismo, interpretamos que para que el reajuste sea posible, vedando al asegurador el camino de la nulidad, debería exigirse que se cumplimenten con las tres condiciones del art. 6º, 2ª parte, de la LS.

---

(66) Trib. Col. Resp. Extr. Santa Fe, 4ª Nom., 15/10/2020, "Legaspi, Gabriel D. c. Fernández, Iván A. y otros s/ daños y perjuicios" (inédito); CCiv. y Com. de Jujuy, sala III, 27/04/2020, "Ovejero, René R. c. Caruso, Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario por cumplimiento contractual y cobro de pesos", AR/JUR/17898/2020; CNCom., sala F, 13/12/2016, "Assen, Maximiliano E. c. Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda. s/ ordinario", AR/JUR/106581/2016; *id.*, sala E, 22/02/2010, "Pafundi, Gerardo C. y otros c. Protección Buenos Aires SA Cía. de Seguros", cita online: 70060764.

(67) "Ni el derecho ni los jueces pueden brindar tutela a un proceder que —por diversas causas o razones— puede haber devenido inmoral, calificativo que puede merecer la conducta por la intención de dañar, por la elección del medio más perjudicial para el deudor, por aparecer como una manera de actuar reñida con la lealtad y confianza que debe presidir las relaciones jurídicas o por ocasionar un perjuicio excesivo o anormal" (CCiv. y Com. 1ª Bahía Blanca, 29/08/1978, ED 82-191).

(68) REZZÓNICO, Luis M., "El pacto comisorio, la buena fe, el abuso del derecho y siempre la regla moral", LA LEY, 122-280.

El planteo de abusividad impetrado por el asegurado lo que buscará es evitar que se consagre el ejercicio antifuncional del derecho de opción del asegurador (arts. 10, 1717 y 1718, Cód. Civ. y Com.). En rigor, lo que se persigue, es que el Juez advierta la irregularidad del ejercicio, y con ello adopte una solución que prevenga sus efectos. Esto se traducirá, una vez acaecido el siniestro y comprobándose previamente todos los extremos que hacen a la reticencia culposa, en declarar la subsistencia del contrato, pero mandando a abonar una indemnización menguada o reducida en proporción a la diferencia entre la menor prima que ha abonado el asegurado durante el período de aseguramiento y la que realmente debería haber sufragado.

Asimismo, advertido el proceder irregular, es el juez quien "debe" de oficio adoptar las medidas necesarias para "*evitar los efectos del ejercicio abusivo*" (art. 10, Cód. Civ. y Com.); es por ello por lo que el magistrado está facultado, sin necesidad de planteo alguno de parte, a declarar improcedente la acción o defensa de nulidad y ordenar el cumplimiento "reajustado" de la prestación principal por parte del asegurador. El fundamento de ello es que el remedio jurídico consagrado en el abuso de derecho protege el *orden público*. La vulneración mediante el ejercicio antifuncional de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, provoca la necesidad de adoptar las medidas necesarias para evitar la consagración en la sentencia de una conducta antijurídica e ilícita (arts. 1717 y 1718, Cód. Civ. y Com.); es el orden público subyacente en dichas instituciones **(69)** lo que habilita la actuación *ex officio* de la magistratura.

Finalmente se reitera que lo que se propone en relación con el abuso del derecho lo es teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto; no se pretende una solución general ni automática aplicable a todo supuesto de reticencia culposa.

VIII.2. La relación causal entre la circunstancia retaceada y la producción del siniestro o extensión de los daños

Uno de los requisitos configurativos de la reticencia que desde hace tiempo se discute, trata sobre la necesidad de que la circunstancia callada o falsamente declarada guarde un nexo de causalidad adecuado con el acaecimiento del siniestro o con la extensión o magnitud de los daños.

Así, recordemos que el Anteproyecto originario de Halperin en su art. 6º establecía que la nulidad por reticencia no se podía invocar si producido el siniestro, la circunstancia omitida o inexacta no había influido en su acaecimiento ni en la medida de la prestación, salvo que hubiera existido fraude —dolo— del tomador. El requisito regía exclusivamente para el supuesto de *reticencia culposa*.

Ello no fue incorporado finalmente en la Ley de Seguros. Por su parte, al comentar Halperin el texto legal sancionado, sostenía que es indiferente que la circunstancia omitida no influya en el siniestro o en su extensión, porque el vicio es de formación del contrato, es vicio de la voluntad del asegurador, lo que tendrá por efecto la nulidad de dicho convenio **(70)**. Incluso entiende que exigir en todos los casos ese requisito, sería absurdo, por cuanto habría que si o si esperar a que se produzca el siniestro para que el asegurador pueda invocar la nulidad del contrato. En dicha posición se ha enrolado parte de la doctrina **(71)** y alguna jurisprudencia **(72)**.

---

(69) "La lesión, el abuso del derecho, la buena fe y la teoría de la imprevisión son remedios en cuya vigencia está interesado el orden público y la moral social, y de ahí su imperatividad incompatible con una renuncia anticipada" (CCiv. y Com. Santa Fe, sala III, 27/11/1984, ED 116, 175). En el mismo orden, sostenía Salvat que la conservación de las "buenas costumbres", por ser una cuestión de interés social, era de orden público. Esta noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida (SALVAT, Raymundo M., "Tratado de derecho civil argentino. Parte general", t. I, Ed. TEA, Buenos Aires, 1954, ps. 148 y ss.).

(70) HALPERIN, Isaac, ob. cit., ps. 305 y ss.

(71) "Dentro de la normativa del art. 5 LS, procede la nulidad del contrato de seguro, aunque la reticencia o falsa declaración no hayan tenido influencia en la producción del siniestro, porque la norma en cuestión busca proteger el equilibrio económico en el contrato de seguro y entonces, verificada la inexactitud, la nulidad del seguro es procedente" (MEILIJ, Gustavo R. – BARBATO, Nicolás H., "Tratado de Derecho de Seguros", Ed. Zeus, Rosario, 1975, p. 46).

(72) "[E]n los términos del art. 5º, la consecuencia contemplada en esa norma viene impuesta con prescindencia de la intención del asegurado ('aun hechas de buena fe') y de la entidad de la declaración falsa o la retaceada para provocar el siniestro o agravar sus consecuencias dañosas

En carril contrario, con anterioridad incluso a la sanción de nuestra Ley de Seguros, Fernández ya sostenía que las circunstancias retaceadas o falseadas debían guardar relación de causalidad con el riesgo realizado, poniendo como ejemplo, para el seguro de vida, que la reticencia no podría tenerse por configurada ante la ocultación de una operación de apendicitis, si el asegurado fallecía en un accidente de tránsito **(73)**.

Por su parte, si bien Stiglitz seguía de alguna manera dicha línea de pensamiento, reconocía que en las hipótesis de *reticencia dolosa*, de no presentarse el mencionado nexo causal, no parecía justo que el asegurado, quien obró en fraude a la buena fe del asegurador, se vea favorecido, habiendo sufragado durante la vigencia de la relación una prima inferior; por lo que en estos casos la entidad de la obligación del asegurador no podía ser la misma, siendo lo equitativo y razonable que, a pesar de no existir relación causal entre el siniestro o los daños con la circunstancia omitida, se reduzca la indemnización hasta la concurrencia proporcional a la diferencia existente entre la prima que debió pagarse y la que en realidad se pagó **(74)**. Ha sido basta la jurisprudencia que se ha enrolado en esta segunda posición, exigiendo la relación causal de la circunstancia retaceada con la producción del evento siniestral o extensión de los daños a los fines de declarar la nulidad del contrato por reticencia **(75)**.

Ante este estado de situación, creo necesario primeramente remarcar que no debemos confundir el ya explicado requisito de la "influencia" o "trascendencia" de la circunstancia omitida o inexacta, con la relación causal entre dicha circunstancia y el siniestro o extensión de los daños. Una cosa es que dicha circunstancia haya influido sobre el estado del riesgo en forma tal que si el asegurador hubiera conocido la verdad no hubiera contratado o lo hubiera hecho bajo distintas condiciones, y otra muy distinta es que dicha circunstancia, aunque "influyente" sobre el estado del riesgo al tiempo de contratar, incida en el evento siniestral o en la extensión de los perjuicios **(76)**.

Aclarado ello, brindaré mi postura sobre si la relación causal puede constituirse en un requisito exigible al efecto de tener por configurada la reticencia del asegurado:

I) Ante todo, debemos recordar cuál es la finalidad del instituto de la reticencia, su razón de ser. Hemos explicado que el precio del contrato —prima— guardará estricta simetría y equilibrio con el estado del riesgo a la fecha de celebración del negocio. Existe una relación de equivalencia entre el riesgo y la prima; ergo, si el estado del riesgo no es el real, la equivalencia prestacional presupuesta por el asegurador tampoco lo será, su voluntad negocial se encontrará viciada. Existirá así un desequilibrio en el sinalagma genético del contrato.

(*Régimen de Seguros ... Revisado, ordenado y comentado* por Jorge Osvaldo Zunino, Ed. Astrea, 2015, p. 86)" (CCiv. y Com. Jujuy, sala III, 27/04/2020, "Ovejero, René R. c. Caruso Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario por cumplimiento contractual y cobro de pesos", AR/JUR/17898/2020).

(73) FERNÁNDEZ, Raymundo L., "Código de Comercio Comentado", Ed. Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1945, t. II, p. 431.

(74) STIGLITZ, Rubén S., ob. cit., t. II, ps. 205 y ss.

(75) CCiv. y Com. de Santa Fe, sala I, 19/10/2015, "M. J. R. c. Sancor Coop. de Seg. Ltda. s/ ordinario"; CCiv. y Com. Jujuy, sala III, 27/04/2020, "Ovejero, René R. c. Caruso, Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario por cumplimiento contractual y cobro de pesos", AR/JUR/17898/2020; CNCom., sala F, 21/02/2017, "Blanco, Valeria L. y otro c. Nación Seguros SA s/ ordinario"; CNCom., sala D, 01/09/2009, "S., L. M. y otro c. Galicia Seguros SA s/ ordinario"; CNCom., sala E, 10/09/1998, "Álvarez, C. c. Compañía de Seguros Unión Comerciantes", JA 2002-I-síntesis.

(76) Así, por caso, en un fallo se sostuvo que el asegurador no podía pretender eximirse de su obligación de pago, alegando la falsedad del estado civil declarada por el asegurado al tiempo de concluirse el contrato, si no acreditaba que la falsedad había tenido influencia en los daños padecidos como consecuencia del robo automotor (CNCom., sala B, 19/09/2008, "Gómez E. c. Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada", LA LEY, 2009-F, 712). Entiendo que el enfoque allí realizado por la Cámara fue incorrecto, por cuanto no importaba, en rigor, que el estado civil hubiera influido en la extensión de los daños sufridos como consecuencia del siniestro, sino que directamente el estado civil del asegurado no era una circunstancia que, en el caso particular del riesgo de robo, hubiera podido llegar a influir como para hacer que el asegurador adopte un temperamento distinto al sostenido al momento de celebrar el contrato, por cuanto muy probablemente, de haber conocido la verdad sobre dicha circunstancia, hubiera de todas maneras contratado bajo las mismas condiciones en que lo hizo.

En definitiva, este instituto tendrá por finalidad última asegurar la conservación de la equivalencia en la ecuación riesgo-prima, que se encontraría afectada en estos casos desde el nacimiento mismo del negocio; recordemos que la preservación de la equivalencia prestacional resulta de gran importancia, no solo para el contrato aisladamente considerado, sino para todo el sistema de aseguramiento desplegado por la empresa respectiva. A la ley le interesa a tal punto que la relación riesgo prima guarde estricta simetría, que fulmina de nulidad el convenio para el caso de existir un quebranto originario, permitiendo solo bajo determinados supuestos, proceder a su readecuación, recomponiendo así el equilibrio real.

II) Expuesta la finalidad del instituto, debo aclarar que lo que propondré a continuación aplica únicamente para el caso de que el asegurador tome conocimiento de la reticencia con posterioridad al acaecimiento siniestro o si este ocurre habiéndose enterado antes la aseguradora, pero encontrándose vigente el plazo de tres meses del art. 5º de la LS.

En tal sentido, considero que permitírsele al asegurador *nulificar* el contrato, y con ello, no cumplir su prestación de cobertura, en hipótesis en las que la circunstancia omitida no hubiera guardado relación de causalidad con el siniestro o la extensión de los daños, consagra una palmaria injusticia para el asegurado, constituyendo el acto sentencial que así lo consagre en un decisorio que, si bien estrictamente apegado al texto legal, se convierte en sumamente disvalioso e incluso, reñido con la razonabilidad.

Si la circunstancia callada o falsa "no tiene ninguna incidencia en el siniestro ni en la extensión de los daños", dejar huérfano de toda prestación al asegurado, como consecuencia de la nulidad, se erige en una sanción evidentemente desproporcionada en relación con los fines que procura alcanzar el instituto. El centro de protección legal se centra, en una solución de tal tipo, únicamente en el asegurador, al cual se lo exime totalmente de cumplimiento, debiendo únicamente restituir la prima con deducción de gastos si la reticencia es culposa (art. 6º, LS) y el valor de rescate si es un seguro de vida (art. 9º de la LS).

El régimen legal cae con todo su peso sobre el asegurado reticente, quien recordemos se trata justamente de la parte débil en el sistema de contratación en masa, constituyéndose en un mero adherente a cláusulas generales predispuestas por el asegurador (art. 984, Cód. Civ. y Com.) y, en la mayoría de los casos, tratándose asimismo de un consumidor (art. 42, CN; art. 1092 y ss., Cód. Civ. y Com.; arts. 1º, 2º y concs., ley 24.240). No decimos que haya que premiarlo, como si nada hubiera pasado, pero la severidad de la sanción no se condice hoy día con una correcta hermenéutica legal, a la luz de los postulados del nuevo digesto fondal argentino.

III) En dicha línea argumental debemos recordar que, en principio, el juez debe dar pleno efecto a la norma vigente, sin juzgar sobre el acierto o desacierto de la decisión del legislador **(77)**. Sin embargo, constituye también criterio judicial consolidado que cuando la inteligencia de un precepto, basada únicamente en la literalidad de su texto conduzca a resultados concretos que no se armonicen con principios axiológicos o *produzca consecuencias notoriamente disvaliosas*, se debe dar preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del derecho, no pudiendo erigirse la aplicación de la ley en una tarea mecánica, incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la misión de los magistrados de administrar justicia **(78)**; asimismo, cuando la aplicación de la ley conduce a *resultados disvaliosos* o *irrazonables*, no es justo atribuirlos a la intención del legislador, ni se compadece ello con el fin común de las tereas legislativa y judicial **(79)**.

De igual forma, y en una clara reafirmación del "principio consecuencialista", la doctrina autoral y pretoriana han sostenido que los jueces no pueden fallar con abstracción, desprecio o des-

(77) CS, 16/05/1995, "Bolaño c. Benito Roggio e Hijos SA", JA, 1996-IV.

(78) CS, 12/09/1996, "Bramajo, Hernán J. s/ recurso de hecho"; *id*., 06/11/1980 "Saguir y Dib, Claudia G.", Fallos 302:1284; CS Santa Fe, 12/08/1998, "Insaurralde, Mirta", AP online.

(79) CS, 06/11/2018, "Incidente Nº 34 Lenna s/ verificación de créditos", COM 00828312006/34/CS001; id., 24/10/2000, "Distribuidora de Gas Pampeana SA c. Ente Nacional Regulador de Gas", JA, 2001-IV-241.

preocupación por los resultados del fallo **(80)**, y por las consecuencias que la decisión puede tener sobre las partes y el cuerpo social todo **(81)**, constituyendo estas consecuencias uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma **(82)**. El derecho es lógica y sentido común, revestido de previsibilidad, y cuando las soluciones jurídicas adoptadas carecen de estos caracteres, es porque o son incorrectas o el operador ha hecho una deficiente labor interpretativa o integrativa **(83)**, siendo una de las pautas más sensatas para corroborar el acierto de la norma analizar si ella conduce a un resultado razonable y justo **(84)**.

IV) En la faena interpretativa que planteamos, tendrán un rol preponderante los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. Respecto de la proyección de estas normas sobre microsistemas legales especiales, la misma Comisión Redactora lo reconoció en sus "Fundamentos" **(85)**.

En esta senda, existe una pauta central a tener en cuenta, la del art. 3º del Cód. Civ. y Com., que impone a los jueces resolver mediante "una decisión razonablemente fundada". Es decir, el código de fondo no solo impone a los jueces una correcta labor silogística o racional de subsunción normativa, sino ahora también axiológica, de análisis de las consecuencias de la decisión a adoptar, de forma tal que se obtenga la finalidad para la cual la norma fue pensada, y los derechos se ejerzan o se restrinjan en un marco de razonable proporcionalidad, lo que exigirá una ponderación de los valores en juego y de fines y medios por parte de la judicatura **(86)**.

La decisión del juez debe ser *razonable*, siendo tal aquella que consulte las fuentes y pautas de integración e interpretación que traen los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., y que conduzca así a resultados justos y racionales de conformidad con los hechos concretos del caso. El requisito de la razonabilidad se erige así en un "estándar de control de la decisión judicial", que procura evitar la consagración de soluciones disvaliosas o antifuncionales en la aplicación de la ley **(87)**.

Por ello entonces, el resultado de la labor judicial debe ser un acto que además de encontrarse debidamente fundado, conlleve una solución *razonable* para el caso *sub discussio* **(88)**.

V) El propósito de evitar consecuencias disvaliosas, irrazonables e injustas, nos conduce entonces a analizar, conforme a los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com., cuáles serían las correctas pautas hermenéuticas aplicables a un caso en donde se invoque la nulidad por reticencia y que permita fundar la exigibilidad de relación causal entre la circunstancia retaceada con la producción del siniestro o la extensión de la prestación.

En tal sentido, la primera regla que deberíamos aplicar se encuentra constituida por "las palabras de la ley" (art. 2º, Cód. Civ. y Com.), esto es, por la literalidad de su texto **(89)**. Y no nos estamos

(80) CCiv. y Com. Trelew, sala A, 10/09/2008, "Provincia de Chubut c. Blint".

(81) CS, 19/08/1999, Fallos: 322:1540.

(82) CS, 06/11/1980, "Saguir y Dib, Claudia G.", Fallos 302:1284.

(83) CCiv. y Com. Trelew, 23/03/2016, "Álvarez Kraus, Patricio c. Provincia del Chubut. Dirección de Aeronáutica Provincial s/ acción de amparo".

(84) LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., t. 1, p. 91.

(85) "Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable".

(86) LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob. cit., t. 1, ps. 55-103-138.

(87) RABBI–BALDI CABANILLAS, Renato, comentario al art. 3º, en RIVERA, Julio C. (dir.) – MEDINA, Graciela (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, t. I.

(88) "El principio de razonabilidad obliga a realizar siempre y, en primer lugar, un cuidadoso análisis de los hechos a fin de determinar cuál es la solución más 'razonable', proporcionada, justa, equilibrada o cuáles soluciones resultan desechables por irrazonables" (CS Salta, 12/04/2013, "Masciarelli c. Prov. de Salta", Lejister.com, IJ-CCLVII-717).

(89) "La primera regla de interpretación, es que corresponde atenerse al texto de las disposiciones aplicables, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu" (CS, 26/12/2017, "Sosa c. ANSeS", Fallos 340:2021). En similar sentido: "Las normas deben interpretarse de conformidad con el sentido propio de las palabras, computando que los términos

refiriendo a interpretar las palabras de un artículo aislado o concreto, sino de todo el conjunto de normas plasmadas en la Ley de Seguros que está destinada a regular el instituto de la reticencia, como una unidad o todo coherente, pauta esta de interpretación sistémica que se impone asimismo en el art. 2º *in fine* del Cód. Civ. y Com. **(90)**.

Así entonces, analizando los diferentes artículos que la Ley de Seguros dedica a la temática, tenemos que el requisito de la relación causal no surge de "las palabras" de ninguno de ellos. Lo que nos lleva a formularnos el siguiente interrogante: ¿se trató de una omisión involuntaria o deliberada del legislador? Como respuesta, recordar que es criterio consolidado que la inconsecuencia o falta de previsión del legislador jamás se puede presumir **(91)**. Y de hecho, los integrantes de la Comisión Revisora del texto de la Ley de Seguros finalmente sancionado, se explayaron sobre el tema en la "Exposición de motivos" que elevaron junto con el proyecto, manifestando: "La obligación de indemnizar cuando, salvo fraude, la circunstancia callada o inexactamente declarada no influyó en el siniestro ni en la medida de la prestación, *se omitió por razones que hacen a las peculiaridades de nuestro medio,* no obstante hallarse consagradas en otros países (Alemania, Suiza, Austria)" (la cursiva me pertenece).

Si bien como veremos a continuación la interpretación no puede quedar anclada a la intención subjetiva del legislador, se ha reconocido un innegable valor práctico a la exposición de motivos de un proyecto de ley cuando se pretende discernir el sentido atribuido por sus autores **(92)**. En conclusión, la omisión del requisito analizado no solo no puede atribuirse a un olvido legislativo, sino que intencionalmente se lo excluyó del Anteproyecto originario preparado por Halperin.

Cabe preguntarse entonces si podríamos nosotros exigir el nexo causal pese a que las normas especiales que regulan el instituto no lo establecen, tratándose además de normas en donde impera el orden público, cuestión que no resulta menor **(93)**.

VI) Es en esta senda que debemos reiterar, en la labor interpretativa no cabe atenerse rigurosamente a la literalidad del texto legal, cuando una hermenéutica razonable y sistémica lo requiera, a los fines de evitar la consagración de consecuencias disvaliosas e injustas **(94)**.

Aquí tenemos entonces, y como pauta fundamental que le permitirá al juzgador arribar a una solución razonable y equilibrada, el criterio teleológico de interpretación, es decir, la *finalidad* de la norma o conjunto de normas, conforme establecen los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.

Adviértase que estos artículos no hacen referencia a la intención del legislador, sino a la finalidad de la norma, con lo que se pretende que la tarea no se limite al designio histórico u originalista *de su sanción*, sino que, por el contrario, a una consideración de las finalidades objetivas del texto al momento *de su aplicación* **(95)**.

Y esta innecesariedad de apego a la intención originaria del legislador resulta de fundamental importancia en la solución que buscamos, por cuanto se permite que la interpretación de las normas que regulan la reticencia sea dinámica y que evolucione conforme vayan evolucionando las necesidades, condiciones y valoraciones de la comunidad, adaptándose a las nuevas relaciones sociales, culturales, económicas, etc. **(96)**.

---

utilizados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o de corregir los preceptos" (CS, 30/10/2018, "Yurrita c. Estado Nacional", causa Y. 48 XLIX.RHE).

(90) "Debe indagarse el verdadero alcance de la norma mediante un examen de sus términos que consulte su racionalidad, no de una manera aislada o literal, sino computando la totalidad de sus preceptos de manera que guarden debida coherencia y atendiendo a la finalidad que se tuvo en miras con su sanción" (CS, 16/03/2016, "Boggiano c. Estado Nacional", Fallos 339:323).

(91) CS, 27/06/2000, "Quelas, José c. Banco de la Nación Argentina", Fallos 323:1787; *id.*, 12/06/2018, "Recurso de Queja Nº 1 Benoist c. Anses", Fallos 341:631.

(92) CS, 19/10/1995, "Dessy s/ hábeas corpus", JA, 1995-IV-251.

(93) De conformidad al art. 158 LS, no pueden modificarse por acuerdo de partes los artículos 5, 8 y 9, y solo admiten modificación en favor del asegurado los arts. 6 y 7.

(94) CS, 06/11/1980, "Saguir y Dib, Claudia G.", Fallos 302:1284.

(95) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., t. I, p. 35.

(96) "La ley es pensamiento y voluntad del presente y no del pasado y ha de adaptarse a las relaciones nuevas o transformadas, hasta que en su virtud intrínseca de ex-

Surge evidente, a mi juicio, que declarar la nulidad en supuestos en donde no haya exhibido ninguna incidencia la circunstancia omitida o falsamente declarada en el siniestro, liberando con ello de toda responsabilidad al asegurador, si bien pudo haber tenido algún justificativo por "las particularidades de nuestro medio" hace más de 50 años, época en que se sancionó la LS, no se compadece con "las particularidades actuales de nuestro medio", en donde el asegurado se reconoce como sujeto de especial tutela, sea constitucional (art. 42, CN) o infraconstitucional (arts. 984, 1092 y concs., Cód. Civ. y Com.), en un mercado asegurador reglado en muchos de sus aspectos, pero sumamente evolucionado, y en un orden jurídico patrimonial en donde la buena fe (art. 9º), la confianza legítima (art. 1067), la razonabilidad (art. 3º) y la interdicción del ejercicio abusivo (art. 10) se constituyen en máximas que deben guiar las conductas de todos los sujetos de derecho y de toda decisión que heterocomponga sus conflictos de intereses.

Con mayor razón, en las hipótesis de reticencia culposa, en la que no exista ninguna intención del asegurado en hacer recaer en error a su cocontratante, y pese a ello, en la etapa de verificación y liquidación del siniestro, cuando procura ver plasmadas sus legítimas expectativas de cobertura, siendo el momento en que los deberes de buena fe e información a cargo del asegurador cobran suma relevancia y virtualidad, se "desayuna" con que su cocontratante no cumplirá su principal prestación, en virtud de una circunstancia que si bien fue negligentemente omitida, no tuvo ningún tipo de relación causal con el siniestro acontecido ni con la extensión de los perjuicios. La injusticia de tal solución aparece palmaria.

Por ello entonces, para declarar la nulidad del contrato por reticencia debiera exigirse el vínculo causal adecuado entre la circunstancia retaceada con la producción del siniestro o con la magnitud de los daños, liberando así al asegurador de la principal prestación a su cargo. La ineficacia negocial tenderá en tal supuesto a resguardar el equilibrio prestacional perdido, cumplimentándose así con la *finalidad* de las normas regulatorias del instituto.

Por su parte, de no existir dicho nexo, un adecuado criterio de razonabilidad **(97)** nos conduce a afirmar la necesidad de rechazo de la nulidad intentada; caso contrario, existirá una desproporción notoria entre la finalidad perseguida por el instituto —conservación del equilibrio riesgo/prima— y el medio elegido para alcanzarla —nulidad relativa—, erigiéndose este último en excesivo o extremadamente riguroso en atención al fin procurado.

El fallo que soslaye el requisito del nexo causal consagraría una incontestable injusticia, dejando sin ningún tipo de cobertura al asegurado que abonó en tiempo y forma la prima y cumplió con el resto de las cargas y obligaciones emergentes del contrato; e incluso, adviértase lo disvalioso que puede resultar para el resto de la comunidad, como, por ejemplo, en el caso de un juicio de daños en donde el tercero víctima del siniestro vea diluida la posibilidad de cobro de su indemnización.

Por ello entonces, atendiendo a la *finalidad* de las normas que regulan el instituto, en casos en donde se compruebe que la circunstancia omitida o falsamente informada no ha tenido influencia en el riesgo realizado o en la extensión de los daños, debería rechazarse la pretensión de nulidad, condenando al asegurador a cumplimentar la cobertura asumida.

Pero adviértase que esa sola decisión también surge injusta e inequitativa para el asegurador, por cuanto muchos fallos soslayan que, en definitiva, la reticencia se ha probado, y el asegurado

---

pansión no halle obstáculo en una voluntad manifiesta y contraria del precepto legislativo. Si este obstáculo no existe, se facilita el triunfo de una idea de justicia (...) no hay porqué mantener un criterio que, lejos de propender a ese fin, disminuye sin causa alguna la función reguladora del derecho" (SCBA, 01/02/1985, "Di Pietro c. Monte Paco SA", ED, 114-367).

(97) "La razonabilidad ponderativa de la ley indica que, para obtener ciertos fines, que se aprecian como valiosos, se utilizan ciertos medios. Entonces, debemos suponer que el legislador considera que el medio elegido satisface el objetivo propuesto. El control debería determinar si existe una relación de causalidad entre motivos, fines y medios. Dicha relación de causalidad parece ser la condición para reconocer la existencia de proporción entre los medios y los fines" (CAYUSO, Susana G., "El control de razonabilidad. Pautas de revisión", *Lecciones y Ensayos*, 1992, nro. 57, p. 16).

abonó una prima inferior a la que le correspondía. Tampoco luce justo entonces que se beneficie de ello **(98)**, por lo cual precisamente una decisión *razonable*, que consulte los intereses involucrados y *procure recomponer el mencionado equilibrio en el sinalagma*, debería condenar al asegurador a pagar la indemnización pero *reduciéndola proporcionalmente a la diferencia existente entre la menor prima abonada por el asegurado y la que se debiera haber abonado;* se puede adoptar así como solución analógica la dispuesta por el art. 7º de la LS, y exigir incluso al asegurado la presencia de los requisitos señalados por el art. 6º *in fine* (que el contrato fuese reajustable a juicio de peritos y que se hubiera celebrado de conformidad a la práctica comercial del asegurador; omito el perjuicio que la nulidad cause al asegurado, por cuanto surge prístino del solo hecho de eximir a su contraparte de la prestación principal a su cargo).

Entiendo que un pronunciamiento judicial que rechace la nulidad sustentado en dichos lineamientos consagrará para las partes consecuencias proporcionadas, razonables, justas y equitativas. El asegurador nada pierde, por cuanto él ha asumido una obligación de cobertura, a juicio de peritos se ha entendido que el contrato es reajustable, en consecuencia al materializarse el riesgo cumplirá su obligación pero "reducida" a la proporción antedicha; y el asegurado por su parte obtendrá la cobertura por la cual ha contratado, aunque soportará el incumplimiento de su obrar reticente percibiendo una indemnización menguada, relacionada con el menor precio que ha pagado en el transcurso del contrato.

Finalmente, cabe decir que la solución que se propone no sería posible en caso de advertir el asegurador la reticencia y que, pese a no existir relación causal con el siniestro, a juicio de peritos de haber conocido dicha circunstancia al tiempo del perfeccionamiento del contrato, no lo hubiera celebrado. Aquí no sería viable condenarla a una indemnización reducida, porque directamente el asegurador de haber sabido la verdad no hubiera asumido el riesgo respectivo, no hubiera contratado. Por lo cual lo único que deberá hacer es restituir la prima previa deducción de gastos en caso de reticencia culposa (art. 6º, LS) o tendrá derecho a percibir las primas devengadas en caso de reticencia dolosa (art. 8º, LS).

IX. Conclusión

Como cierre, advertimos que, en lo referente al instituto de la reticencia, nuestra Ley de Seguros ha quedado en cierta forma anclada al pasado. Lógicamente no todo es negativo, pero hoy día el avance y evolución de nuestro ordenamiento en sus distintos niveles (constitucional —art. 42— o infraconstitucional, Código Civil y Comercial, ley 24.240 , entre otra normativa) impone una reinterpretación que armonice ciertos aspectos del esquema legal con los nuevos postulados jurídicos y axiológicos.

En tal sentido, la facultad legal del asegurador de impugnar de nulidad del contrato en casos de *reticencia culposa*, en caso de ocurrir el siniestro, debe ser reinterpretada. En primer lugar, porque en virtud del art. 269 del Cód. Civ. y Com. se permite a la parte que no ha incurrido en error ofrecer ejecutar el acto viciado conforme a las modalidades y contenido que su contraparte entendió celebrar; en segundo lugar, por cuanto debe analizarse que el ejercicio del derecho consagrado en el art. 6º de la LS de peticionar la nulidad del contrato y no así el reajuste de sus condiciones, no se erija en abusivo o antifuncional (art. 10, Cód. Civ. y Com.). En tales casos, se impone adoptar una solución razonable, que vuelva a sus andariveles regulares el ejercicio del derecho del asegurador, rechazando la pretensión o defensa de nulidad, aunque condenándolo a abonar una indemnización reducida. Se prioriza la readecuación del contrato, la conservación y sobrevida del negocio, y asimismo se salvaguardan las legítimas expectativas de cobertura del asegurado reticente, aunque vea reducida la prestación a cargo de la contraparte en proporción a la menor prima que ha abonado.

Por otro lado, una adecuada hermenéutica de las normas regulatorias de la reticencia, a la luz del principio teleológico (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.), nos conducirá a exigir, a los fines de la declaración de la nulidad del contrato, la presencia de relación causal entre la circunstancia callada

(98) "Por aplicación del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, no pueden quienes con su conducta contribuyeron a dar nacimiento a un acto viciado o irregular, pretender luego quedar indemnes del mismo u obtener una ventaja de él" (LÓPEZ MESA, Marcelo J., ob. cit., t. 1, p. 126).

o falsamente declarada con el acaecimiento del siniestro o extensión de la prestación. Solo así se cumplirá apropiadamente la finalidad de las normas regulatorias del instituto, resguardando el sinalagma genético del contrato y evitando la consagración de una notoria desproporción en disfavor del asegurado.

En caso de no presentarse dicho nexo, la necesidad de arribar a soluciones proporcionadas y valiosas, sustentadas en la razonabilidad (art. 3º, Cód. Civ. y Com.), si el contrato fuese reajustable y se hubiera celebrado de conformidad a su práctica comercial (art. 6º, LS), impone rechazar el planteo de nulidad, condenando al asegurador, aunque reduciendo la prestación a su cargo en proporción a la diferencia existente entre prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

Relación entre la acción civil y la acción penal

Posible tensión entre el valor seguridad jurídica y el valor justicia

Santiago Cappagli (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Objeto del trabajo.— III. Aproximación al problema concreto.— IV. Tensión entre el valor justicia y el valor seguridad jurídica.— V. Reflexiones finales.

I. Introducción

Un mismo hecho es susceptible de dar lugar a diversas reacciones del ordenamiento jurídico según la índole del interés comprometido y tutelado **(1)**.

En efecto, de la comisión de un delito no solo se deriva una responsabilidad penal, sino que, además, puede surgir una responsabilidad de carácter civil. Ello ocurrirá —como ejemplifica Cesano— cuando, a través de la realización de un hecho que reúne las notas que la ley penal exige para considerarlo como delito, se haya ocasionado un daño resarcible (y concurren, además, los otros presupuestos del resarcimiento civil).

Dicho, en otros términos: "el delito puede o no involucrar la responsabilidad civil; lo hace cuando el hecho castigado con pena es, a la vez, un hecho que le ha causado a otro un perjuicio" **(2)**.

De esta manera, "pueden coexistir dos acciones de distinta naturaleza, alcanzadas por presupuestos, principios y finalidad diferentes; por un lado, la acción penal, estructurada sobre presupuestos de rígida tipicidad del ilícito y de imputación rigurosamente subjetiva, que persigue aplicar una pena (sanción retributiva) al delincuente para evitar la repetición del hecho y para brindar un mensaje de tranquilidad a la sociedad toda; por otro, la acción civil, edificada en derredor de un esquema de atipicidad del ilícito dañoso, de factores de atribución que pueden ser objetivos o subjetivos, que luce claramente orientada a la reparación del daño injustamente causado" **(3)**.

Esto suscita varias cuestiones jurídicas, sustanciales y procesales, las que —muy a grandes líneas y siguiendo a estos autores— giran en torno a: 1) identificar si ambas acciones son o no independientes; 2) si el damnificado puede o no ejercer la acción civil en sede penal y, en su caso, cuándo y con arreglo a qué criterios puede dictarse en sede penal la condena a indemnizar daños; 3) qué efectos produce el proceso penal sobre el curso de la prescripción de la acción civil; 4) los efectos recíprocos de la cosa juzgada; y, finalmente, 5) qué efectos produce la coexistencia del proceso civil y el penal.

(*) Abogado (UCA); secretario del Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 3; jefe de Trabajos Prácticos (por concurso) de Sociedades en la Facultad de Derecho de la UBA; máster en Derecho Civil (tesis pendiente) y diplomado en Derecho Constitucional Profundizado (2019/2020), ambos por la Universidad Austral.

(1) Conf. AZAR, Aldo, M. – OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.) – SÁNCHEZ HERRERO, Pedro (coord.), *Tratado de derecho civil y comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, 2ª ed., p. 68.

(2) CESANO, José, D., "Relaciones entre la acción civil y la acción penal", en TRIGO REPRESAS, Félix A. – LÓPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. IV, 1ª ed., p. 612.

(3) PIZARRO, Ramón, D. – VALLESPINOS, Carlos, G., "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. III, 1ª ed., p. 583.

II. Objeto del trabajo

Este trabajo se centrará específicamente en uno de los aspectos que pueden abordarse respecto de la coexistencia del proceso civil y el penal: según el art. 1775, inc. b), Cód. Civ. y Com., el juez civil puede dictar sentencia sin esperar a que sea dictada la sentencia penal, por el impacto grave que produce la dilación de este proceso sobre el derecho a la reparación del damnificado.

Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre cuando el juez civil dicta sentencia y esta adquiere autoridad de cosa juzgada y, tiempo después, un juez penal dicta sentencia que comprueba la existencia o la inexistencia de cierto hecho principal o relevante para la suerte del asunto civil (ya concluido por sentencia)? ¿Qué respuesta brinda el ordenamiento jurídico? ¿Procede revisar la sentencia civil?

Estas líneas solo pretenden mostrar algunas de las cuestiones que pueden abordarse para encauzar la cuestión **(4)**.

III. Aproximación al problema concreto

III.1. Un punto de partida hipotético pero concreto para encarar el análisis puede ser el siguiente: la sentencia penal —que es posterior a la sentencia civil— reconoce, por ejemplo, la existencia de un hecho Z.

Ese hecho Z, por cierto, no fue tenido en cuenta por el juez civil porque, sencillamente, en ese proceso civil no fue demostrada su existencia (o inexistencia) ya que aquel hecho Z estaba siendo investigado en el proceso penal, pero, por aplicación del art. 1775, inc. b), del Cód. Civ. y Com., el juez civil dictó sentencia sin aguardar la conclusión del proceso penal que estaba en curso.

Suponiendo que la sentencia civil afirma algo así como que el demandante invocó que ocurrió Z; por su parte, el demandado negó terminantemente que haya ocurrido Z. De la prueba producida en el expediente no surge que haya ocurrido Z y, por su parte, como en el proceso penal en el que se investiga si sucedió o no Z, aún no se ha dictado sentencia al respecto, en uso del art. 1775, inc. b), del Cód. Civ. y Com., prescindo de aguardar su resultado y resuelvo rechazar la demanda porque el demandante no demostró que Z ocurrió.

Esa decisión queda firme.

Tiempo después, en el marco del expediente penal, se comprueba que Z ocurrió y esa sentencia penal queda firme.

III.2. ¿Acaso no sería justo que el demandante pueda acceder a que el juez civil dicte una sentencia "nueva" y que esa sentencia pondere, ahora, que Z ocurrió?

¿La demora del proceso penal puede afectar al litigante civil, a punto tal de que, como consecuencia de la demora del proceso penal, pierda un derecho como lo es el de obtener una indemnización por un hecho cuya comprobación se demostró tiempo después?

Una primera aproximación al tema puede hacer pensar —casi intuitivamente— que esto último no es justo; mejor dicho, que sería justo que el demandante obtenga una sentencia que pondere que Z ocurrió.

Pero, por otro lado, ¿qué ocurre con el demandado civil? Él obtuvo una sentencia que declara que no es responsable civilmente (ha sido absuelto) de modo que —también casi intuitivamente— no parece justo que, declarado un derecho "a su favor", esa decisión sea luego sometida a un reexamen y abra la posibilidad de "perder ese derecho" y ser condenado.

Esta idea choca con la concepción tradicional del derecho de propiedad y, por supuesto, con la seguridad jurídica, por solo mencionar un valor que entraría en juego.

Indudablemente la respuesta al interrogante que planteo no es sencilla.

Como primer abordaje, parece atinado encarar el análisis poniendo en evidencia el conflicto entre dos valores que, primordialmente, entran en juego.

(4) La temática está siendo objeto investigación y estudio de parte del autor en el marco de la tesis final de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad Austral. Este artículo será, en su momento, ampliado una vez concluida la tesis.

IV. Tensión entre el valor justicia y el valor seguridad jurídica

IV.1. No cabe duda alguna de que la justicia constituye un valor de alta jerarquía (Aristóteles) **(5)**. Pero también hay otros valores, tales como la seguridad jurídica o la igualdad ante la ley.

Sobre esta temática, Lorenzetti apunta que, a diferencia de la ley (ley en sentido material) en la que la aplicación de una descarta la aplicación de otras, cuando se aplican principios y valores, uno no descarta a otros, sino que es necesario ejercer un juicio de ponderación para determinar cuál tiene mayor peso en el caso concreto **(6)**.

Badeni afirma que "la seguridad jurídica es, básicamente, una garantía constitucional, porque sin ella no puede haber libertad ni convivencia armónica en el seno de una sociedad dotada de organización política (...) y (...) reside en la posibilidad de prever las consecuencias que la ley depara a nuestro comportamiento" **(7)**.

Por su parte, Luqui también se refiere a la seguridad jurídica señalando que se requiere "una razonable certeza sobre lo que establece el derecho, tanto en lo que respecto a su alcance y consecuencias, cuanto al ejercicio de las atribuciones por los órganos del Estado y, lo más importante, la seguridad de que esas consecuencias han de producirse de manera inexorable o, al menos, con la pretensión de que ello ocurra".

Este autor señala que la importancia de la seguridad jurídica es tal "que para preservarla el derecho sacrifica muchas veces el valor justicia y presenta ejemplos de soluciones claramente injustas como la prescripción, que permite que el usurpador pase a ser propietario y el delincuente sea eximido de pena, solo por la inacción y el transcurso del tiempo" **(8)**.

Si bien la aplicación de una ley (ley en sentido material) descarta la aplicación de otras, los principios y valores no se descartan entre ellos, sino que operan conjuntamente y se debe ponderar su peso, prevaleciendo unos y otros según los casos **(9)**.

El ejemplo de prescripción traído por Luqui es muy apropiado cuando se trata de ponderar principios y valores: sobre muy importantes valores como son la justicia y la propiedad, se ha asignado mayor peso a la seguridad jurídica. Si la ley y los jueces admiten la prescripción, es porque concluyen que el bien común exige dar prioridad al valor seguridad jurídica por sobre el derecho de propiedad y por sobre la justicia **(10)**.

Con esa orientación, Peyrano afirma que es posible que "en aras de preservar el valor circunstancialmente más digno y jerarquizado, se llegue a sacrificar el propio valor Justicia. No se puede poner, obviamente, en tela de juicio que, como regla, la Justicia es el valor procesal más elevado. Pero ello no quita que pueda ser reemplazado en su papel de referente por otro valor (...) la seguridad jurídica (...) [que] tiene la singularidad de que en algunos casos (...) sustituye definitivamente a la Justicia en su rol de referente de la escala axiológica" **(11)**.

En síntesis, en esta tensión que puede presentarse entre el valor justicia y el valor seguridad jurídica, encontramos razones para sostener que, en muchas ocasiones, este último puede prevalecer —por elección del legislador o, eventualmente, por decisión jurisdiccional— por sobre el valor justicia.

IV.2. Coherente con ese enfoque, parece atinado formular una primera conclusión o, mejor dicho, establecer un punto de partida y con base en

(5) Conf. ARISTÓTELES, "Ética Nicomáquea", Ed. Porrúa, México, 1981, 9ª ed., 1129.a y ss., trad. e introd. Gómez Robledo.

(6) Conf. LORENZETTI, Ricardo, L., "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 249-250.

(7) BADENI, Gregorio, "Tratado de derecho constitucional", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, t. II, p. 746.

(8) LUQUI, Roberto, E., "El orden y la seguridad como valores del derecho", disertación pronunciada en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2ª época, año LIII, N° 46-2008, La Ley, Buenos Aires, p. 16, cit. por CAPPAGLI, Alberto, C., "Precedentes judiciales e incertidumbre", apart. X, LA LEY online AR/DOC/1862/2017.

(9) Conf. LORENZETTI, ob. cit., ps. 249-250.

(10) Conf. CAPPAGLI, Alberto, C., ob. cit.

(11) PEYRANO, Jorge, W., "La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil", apart. II, LA LEY online 0021/000095.

el cual podré ahondar ideas en el marco de otro futuro aporte: desde que el legislador o, en su caso, el juez (ya sea a pedido de parte o de oficio) decide que es jurídicamente posible dictar —por la causa que establece el art. 1775 inc. b)— sentencia civil sin aguardar el dictado de la penal, implica admitir —en el fondo— que la sentencia civil puede ser injusta.

Indudablemente el legislador en general y, en su caso, los jueces en particular en cada caso han optado por admitir (implícitamente) esta posibilidad.

No sostengo que esto ocurra o vaya a ocurrir siempre que coexista una acción penal y una civil, sino que afirmo que el legislador, al establecer la "opción" —si se me permite la licencia del lenguaje— del art. 1755, inc. b), del Cód. Civ. y Com., ha admitido que una sentencia civil que, al momento de dictarse, pueda aparecer como justa quede luego en evidencia que es, esencialmente, injusta, tras demostrarse —en el proceso penal— que aquel hecho que daría sostén y contenido a la demanda civil ha sucedido o no.

IV.3. Se genera, de esta manera, un conflicto de valores.

Por un lado, el derecho de una de las partes de que, obtenida una sentencia civil que lo absuelve, aquella cuestión no vuelva a ser discutida judicialmente. Esto es, que prevalezca la cosa juzgada.

Acerca de esta cuestión, Gozaíni afirma: "[l]a causa que da vida a la cosa juzgada es, *prima facie*, una razón práctica. El valor buscado en la sentencia es de provecho propio: la sentencia favorable. De modo tal que, lograda esa finalidad, debe existir un momento donde se acabe toda posibilidad de discusión. Igual extensión tiene la sentencia desestimatoria, porque en este caso, el beneficio reporta hacia el demandado y es a este a quien le interesa que el debate no sea reabierto.

Es posible que la certeza del fallo no coincida con la verdad de las circunstancias acaecidas, ni con las afirmaciones que las partes hubiesen efectuado, pero nadie podrá discutir que la decisión es una forma de justicia. Aquella que pronuncia la jurisdicción a cargo de un juez que consigue convicción acerca de los dichos que pronuncia fundadamente y resuelve en un sentido determinado" **(12)**.

Por otro lado, y en sentido inverso, el derecho del demandante de obtener una sentencia justa de modo tal que si, por ejemplo, el hecho Z que no ha sido probado en sede civil (y sobre la base de lo cual se desestima su demanda) es posteriormente acreditado en el marco del proceso penal (por más que esto suceda con la sentencia civil ya pasada por autoridad de cosa juzgada), pareciera legítimo su expectativa de que aquella sea revisada.

Sobre el punto, recuerdo que i) el propio régimen legal es el que ha admitido expresamente la posibilidad de que la sentencia civil se dicte prescindiendo de la penal; y, ii) la doctrina ha señalado que existe una omisión del legislador acerca de qué ocurre en la hipótesis de trabajo que he planteado **(13)**.

---

(12) GOZAÍNI, Osvaldo, A., "Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta)", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 33.

(13) Así, por ejemplo, Ossola sostiene que "la revisión se sustenta únicamente en una sentencia civil fundada en un factor objetivo de responsabilidad, que es el supuesto contemplado en el art. 1775 inc. c), al que remite el art. 1780, y deja sin respuesta a la posible contradicción entre la sentencia penal que descarta la existencia del hecho o de la autoría, para el caso de haberse obtenido resolución favorable en sede civil conforme a lo previsto en el art. 1775 inc. b): sentencia anticipada por dilación del proceso penal. La omisión legislativa determina una laguna jurídica. Las respuestas a ello no son uniformes. Conforme a una aplicación analógica del art. 1780 inc. b), a la sentencia de daños dictada con anterioridad a la penal, sobre la base del art. 1775 inc. b), desde que si bien la razón del dictado de la sentencia civil es diferente en ambos casos, cabe aquí asimilar los dos supuestos en orden a lo que es la *ratio legis* de la norma (conf. AZAR, Aldo, M. – OSSOLA, Federico, ob. cit., p. 84. Pizzaro y Vallespinos, comentando la postura de Ossola, afirman: "[n]osotros creemos, *de lege data*, que no procede la revisión de la sentencia civil por aplicación analógica del art. 1775 inc. b). La ley es clara en cuanto establece un principio ('la sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto') y tres excepciones taxativamente contempladas en el art. 1780, que son las únicas que legitiman la revisión de la sentencia ('La revisión procede exclusivamente, y a petición de parte interesada, en los siguientes supuestos...')" (PIZARRO, Ramón, D. - VALLESPINOS, Carlos, G., ob. cit., p. 663). Con la misma orientación, Azar refiere que la revisión de la cosa juzgada civil es una excepción y, como tal, las causales deben ser interpretadas estrictamente, toda vez que el enunciado del art. 1780 establece como principio que la

Creo que estas dos circunstancias deben ser consideradas y analizadas al tratar el asunto, pero esto será abordado, en profundidad, en otra oportunidad.

Por ahora, y pasando en limpio, quedan esbozadas algunas de las problemáticas que implica abordar la temática.

V. Reflexiones finales

V.1. Sin ánimos de adoptar en estas líneas una posición definida sobre el tema recuerdo que, para cierta doctrina, la cosa juzgada "tiende a otorgar definitividad a los fallos judiciales. Justamente es una finalidad del proceso: dar seguridad y estabilidad a las relaciones jurídicas que obtuvieron un raciocinio deductivo de la jurisdicción" **(14)**.

Guibourg señala que "[l]a cosa juzgada es una curiosa institución jurídica. Establece que, agotados los recursos procesales, el caso se halla definitivamente resuelto y no puede seguir debatiéndose judicialmente. Es una institución curiosa porque concede una suerte de sacralidad legal a una decisión en ciertas circunstancias formales, cerrando los ojos ante la posibilidad de que tal decisión sea contraria al propio sistema jurídico que así la bendice.

"Verdadera aporía de la teoría del derecho, la cosa juzgada se defiende como necesaria para poner algún fin a las controversias y dar a las partes cierta seguridad jurídica. Es como decir: bueno, ya hemos hecho por la justicia todo lo que podíamos hacer. Si está mal, disculpen; pero ya no vamos a seguir con esto, así que confórmense. Como puede verse, la decisión funciona aun a costa de la justicia" **(15)**.

Sin embargo, desde otra perspectiva, hay doctrina clásica que sostiene que "la cosa juzgada es una exigencia política; no es de razón natural sino de exigencia práctica" **(16)** y que "nada tiene de irracional que se admita la impugnación de la cosa juzgada, ya que su autoridad misma no es absoluta y necesaria, sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que esas mismas consideraciones pueden, a veces, aconsejar su sacrificio para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta" **(17)**. Sobre el punto, recuerdo que la injusticia extrema no es derecho **(18)**.

V.2. El Código de Vélez permitía la tramitación en sede civil de la acción de daños, pero impedía al juez dictar sentencia hasta que no estuviera firme la sentencia penal, salvo que la acción penal se hubiese extinguido o el acusado estuviese ausente.

En el Código Civil y Comercial la regla sigue siendo que la sentencia civil no puede dictarse hasta que la sentencia penal no está firme. El principio de primacía de lo penal sobre lo civil está justificado para evitar el escándalo jurídico que significaría la posibilidad de sentencias contradictorias, tal como se ha puesto de manifiesto en estas líneas si, por ejemplo, el juez civil declarara que no existe el hecho Z y el juez penal sostiene todo lo contrario.

Este principio no es absoluto y, al igual que en el art. 1101 del Cód. de Vélez, hay excepciones en las cuales el juez civil puede dictar sentencia sin esperar al juez penal **(19)**.

---

sentencia penal posterior a la sentencia civil no produce ningún efecto sobre ella, excepto en el caso de revisión. Por lo tanto, a menos que la revisión de la sentencia civil dictada anticipadamente conforme a lo dispuesto por el art. 1775, inc. b), esté específicamente prevista en los Códigos Procesales, de conformidad con lo establecido por el art. 1780, inc. c), no cabe crear otro supuesto de excepción y restringir el principio del que parte esa norma" (AZAR, Aldo, M. – OSSOLA, Federico, ob. cit., p. 84).

(14) GOZAÍNI, ob. cit., p. 30.

(15) GUIBOURG, Ricardo, A., "Derecho írrito", LA LEY online AR/DOC/2208/2016.

(16) COUTURE, Eduardo, "Fundamentos de derecho procesal civil", Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2002, 4ª ed.n, p. 263.

(17) Conf. CHIOVENDA, Giuseppe, "Principios de derecho procesal civil", Ed. Reus, Madrid - Buenos Aires, 1941, t. II, p. 511, cit. por RUGGIERI, Sandra, M., "Remedios contra la cosa juzgada írrita", LA LEY online AR/DOC/120372017.

(18) Conf. VIGO, Rodolfo, L., "La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

(19) Conf. RIVERA, Julio, C. – MEDINA, Graciela (dirs.) – ESPER, Mariano (coord.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. V, p. 36. Acerca del aludido principio de primacía, Llambías

Ocurre que la aplicación de la excepción que prevé el inc. b), puede acarrear al conflicto que he formulado y que tradicionalmente las leyes y la doctrina han intentado neutralizar, esto es —en palabras de Llambías— que "[e]l fundamento de la prioridad de trámite del proceso penal reside en la necesidad de cotejar ambas sentencias (…) [de modo de evitar que se] suscite un verdadero escándalo jurídico, pues dejaría librado el acatamiento del criterio legal al apuro en dictar sentencia del juez civil. Para evitar esa aberración el art. 1101 prohíbe que el juez civil dicte sentencia antes que el juez penal" **(20)**.

La configuración de esta aberración **(21)** de la que habla Llambías no es de fácil solución y genera severos y muy delicados problemas jurídicos, alguno de los cuales intenté exponer en este trabajo.

V.3. Cuando Couture aborda la temática acerca de la naturaleza jurídica de la cosa juzgada, afirma: "la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza; y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de un nuevo hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorrerse de nuevo el camino andado para restablecer el imperio de la justicia" **(22)**.

Sin embargo, esta afirmación o, mejor dicho, la aplicación de esta afirmación implicaría que entre dos valores en juego como lo son la seguridad jurídica (que contiene el derecho de propiedad del demandado vencedor en el juicio civil) y el valor justicia, se opta por esta última, resignado el primero.

Como apuntan Luqui y Peyrano **(23)**, el legislador muchas veces ha optado por dar preeminencia al valor seguridad jurídica por sobre el valor justicia.

Sin embargo, en esta temática, no hay una elección del legislador en uno u otro sentido, sino que hay una laguna legislativa **(24)** de modo que, frente a ese vacío normativo, quedará en manos del juez decidir qué valor jurídico prevalecerá **(25)**.

V.4. La cuestión es difícil porque pone en tensión dos valores.

Jorge Alterini afirma —citando a Vigo— que "lo habitual o normal es que los casos a los que los jueces se enfrentan en los procesos son difíciles [y] que como tales es posible arbitrar más de una solución razonable en el derecho vigente y válido". Indica, con cita de Atienza, que, en relación con los casos fáciles, "el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no se discute, [mientras que los casos difíciles] se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes que permite el derecho positivo" **(26)**.

---

señala que el ahora derogado art. 1101 "traduce un principio bien conocido en el derecho francés, según el cual *le criminel tient le civil en état*, que es dable traducir como lo criminal mantiene lo civil en suspenso" (LLAMBÍAS, Jorge, J., "Tratado de derecho civil: Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, t. IV-B, 4ª ed., act. por P. Raffo Benegas, p. 48.

(20) LLAMBÍAS, ob. cit., p. 49.

(21) Término definido por la Real Academia como "[a]cto o conducta depravados, perversos, o que se apartan de lo aceptado como lícito".

(22) COUTURE, ob. cit., p. 330.

(23) Ver apart. IV.1.

(24) Ver apart. IV.3.

(25) Tobías señala que "[e]n ocasiones, ciertos valores se presentan en tensión con otros y ellos requieren un juicio de ponderación que concluye estableciendo el que tiene el peso en el caso concreto" (TOBÍAS, José, "Tratado de derecho civil. Parte general", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, p. 117).

(26) ALTERINI, Jorge H., "Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho en el Código Civil y Comercial", LA LEY online AR/DOC/1184/2018.

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Colisión entre automóvil y bicicleta. Víctima que fallece después de un mes por una infección intrahospitalaria. Concausalidad sobreviniente.

Con nota de Mariano Gagliardo

1. — La muerte de la víctima tras ser violentamente embestido por un automóvil que lo colocó en un estado de extrema gravedad con riesgo de vida y pronóstico reservado de curación y rehabilitación concurre como concausa sobreviniente a una infección intrahospitalaria ocurrida en el día quinto de internación conforme surge de la historia clínica agregada a la causa penal, en el que se informa de una sepsis a foco pulmonar por NAV a bacilos gram negativos e injuria pulmonar. Concorde con lo expuesto, es justo y razonable establecer que el demandado resulta civilmente responsable por haber concurrido causalmente con su accionar en un 50% respecto de la muerte de la víctima, quedando el restante porcentaje debido a la explicitada concausa sobreviniente, esto es la infección intrahospitalaria con fatal desenlace (del voto del Dr. Panseri al que adhiere el Dr. Vázquez).

2. — Las lesiones provocadas a la víctima en el accidente de tránsito en el que fue violentamente embestido, si bien graves, no tenían la entidad suficiente para provocarle su muerte según el curso normal y ordinario de las cosas, tal como fuera desarrollado en el informe médico forense. Lo "esperable" en ese contexto de análisis era la recuperación del paciente derivado a un hospital de mayor complejidad para el adecuado tratamiento de las múltiples fracturas padecidas, pero que claramente no estaba en serio riesgo su vida, la que se vio agravada por una causal externa, con suficiente entidad para romper el nexo de causalidad, como fue la infección intrahospitalaria determinante en provocarle la muerte (del voto del Dr. Chaín).

3. — El memorial del recurso extraordinario en examen incumple el recaudo técnico de la fundamentación autónoma, carece de la síntesis de los fundamentos del fallo de Cámara, deficiencia que desde luego impide verificar, con la sola lectura del escrito impugnativo, la relación que pudiera existir entre los errores invocados y los concretos hechos de la causa. Así, ante las deficiencias señaladas, no será ocioso reiterar que la Casación no se ha instaurado para atender meras discrepancias de los justiciables sino para asegurar el reinado de la legalidad y razonabilidad en los pronunciamientos finales, por eso, es manifiestamente insuficiente el escrito impugnativo que solo traduce una crítica generalizada y subjetiva, no seguida de la acabada demostración del yerro *in iudicando* o de lógica en la motivación del fallo recurrido, por lo que se debe declarar inadmisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley (del voto en disidencia del Dr. Semhan).

ST Corrientes, 03/02/2021. - R., A. M. por sí y en nombre y representación de sus hijos menores L. B. P., P. R. P. Y B. M. P. c. Miguel Ángel Martínez y/o quien resulte responsable.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/125/2021]

COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

Expediente N° BXP - 1258/10

Corrientes, febrero 3 de 2021.

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos?

A la cuestión planteada el doctor *Semhan* dijo:

I. A fs. 378/384 vta. la Sala II de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial de esta ciudad haciendo lugar a la apelación interpuesta por la parte demandada revocó la de grado que había fallado admitiendo parcialmente la demanda de indemnizar daño moral, derivados de un accidente de tránsito, por el fallecimiento del esposo y padre de los actores.

II. En causa se pretende el resarcimiento de daños y perjuicios causados como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido el 10/09/09 en la intersección de la Ruta N° 27 y la calle Montevideo en la localidad de Bella Vista, protagonizados por el automóvil Renault 18 conducido por el señor M. A. M. —embistente— y la bicicleta en la que circulaba R. P. quien, como consecuencia, sufrió lesiones graves que derivaron primero en la internación en el hospital de aquella localidad, posteriormente derivado al Hospital Escuela y tras esa internación falleció el 09/10/2009.

La Cámara primero aclaró que la pretensión estableció que la ocurrencia de los hechos, el lugar y los protagonistas no fue cuestión controvertida, la cuestión radicaba en la "conexión" causal entre el hecho y el deceso de la víctima.

De la causa penal arrimada surgía que el Fiscal del Tribunal Oral requirió junta médica a fin se determine si la muerte de la víctima se produjo por la normal evolución de la heridas sufridas en la colisión o si intervino alguna otra circunstancia. El informe médico estableció que la muerte no se produjo como consecuencia de la evolución de heridas sino por la intervención de otras circunstancias que complicaron el estado mórbido del paciente (neumonía, sepsis, hemorragia digestiva alta, shock hipovolémico).

De la historia clínica analizó la cronología de la internación y las circunstancias que complicaron el estado mórbido siendo esta última y el informe pericial las únicas pruebas rendidas en autos respecto del estado inicialmente delicado pero ajenas a la mecánica del accidente vehicular y no surgía que el deceso sea consecuencia mediata o inmediata del evento.

Entendió subvalorado por el *a quo* el informe pericial referenciado, encuadrando luego el hecho en lo prescripto en el art. 1726 del Cód. Civ. y Comercial sin explicitar qué tipo de consecuencias ha sido la conductora del daño dentro del criterio clasificatorio prescripto en esa norma.

Sobre esa base concluyó no probado que las lesiones resultantes del accidente produjeran el deceso de R. P.

III. Disconforme la actora interpuso a fs. 395/399 el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en examen, invocando violación de la ley e incurrir en la doctrina del absurdo.

IV. Adelanto que en el escrito impugnativo no se dan requisitos para que tenga viabilidad el recurso extraordinario. Explico a continuación porqué.

V. Cabe recordar que la doctrina del absurdo habilitadora de la revisión en casación no tiene por objeto corregir cualquier error que se pretenda existente en los pronunciamientos judiciales, sino que es menester que se demuestre un desarreglo en la base del pensamiento del sentenciador, una falla palmaria del raciocinio, es decir, un error extremo.

Por eso, en giro tantas veces empleado, el Superior Tribunal subraya la insuficiencia del recurso de inaplicabilidad de la ley que, denunciando la existencia de absurdo, no lo demuestra, sino que se limita a exhibir el criterio personal del justiciable recurrente. Y por lo mismo, si existe reproche de "absurdo" a la inteligencia que en la sentencia ha merecido la aplicación del derecho, carente el órgano de casación del atributo del *iura novit curia*, es la parte que lo alega quien debe ante todo demostrar la interpretación absurda de la ley y no el Superior Tribunal explicar por qué se configura o no se configura. (Cfr. STJ sentencia N° 34 del 03/06/2015).

Carga no satisfecha en el escrito recursivo *sub examine*.

Expone la recurrente que sin la ocurrencia del siniestro en modo alguno hubiera acaecido el deceso. A raíz de las lesiones graves sufridas fue necesario trasladarlo a un hospital de alta complejidad siendo indispensable el entubamiento y conectarlo al ARM sin lo cual perdería la vida inmediatamente. Entiende plenamente acreditado el nexo adecuado de causalidad entre el siniestro y el óbito de la víctima.

En síntesis, no explica cómo, de qué manera o por qué existiría error o vicio lógico en el criterio expuesto por el tribunal *a quo* al apreciar las constancias del expediente penal que la misma parte ofreció como prueba en el escrito postulatorio.

VI. Sin perjuicio de lo anterior, el memorial del recurso extraordinario en examen incumple el recaudo técnico de la fundamentación autónoma. Carece de la síntesis de los fundamentos del fallo de Cámara, deficiencia que desde luego impide verificar, con la sola lectura del escrito impugnativo, la relación que pudiera existir entre los errores invocados y los concretos hechos de la causa.

VII. Así, ante las deficiencias señaladas, no será ocioso reiterar que la Casación no se ha instaurado para atender meras discrepancias de los justiciables sino para asegurar el reinado de la legalidad y razonabilidad en los pronunciamientos finales de los tribunales correntinos, en la medida, claro está, que los agravios expresados —que limitan a la Jurisdicción de Alzada— permitan esos sus cometidos. Por eso, es manifiestamente insuficiente el escrito impugnativo que solo traduce una crítica generalizada y subjetiva, no seguida de la acabada demostración del yerro in iudicando o de lógica en la motivación del fallo recurrido, pues ello no importa otra cosa que mera discrepancia con el criterio del juzgador.

VIII. Por todo lo expuesto y, si este voto resultase compartido con la mayoría de mis pares corresponderá declarar inadmisible el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley (fs. 395/399). Con costas devengadas en esta instancia extraordinaria a la recurrente. Regular los honorarios de los abogados de la parte recurrida doctora Solange Natalia Dotti en el 30% (art. 14 ley 5822) de los aranceles que se fijen para el abogado vencedor en calidad de monotributista. Sin honorarios para el letrado de la parte recurrente por lo inoficioso del trabajo profesional cumplido (Cód. Proc. Civ. y Comercial Ctes., art. 34, inc. 5, e).

El doctor *Panseri* dijo:

I. Contra la Sentencia N° 23 dictada por la Sala II de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de esta ciudad (fs. 378/384 vta.) que al hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada revocó en todas sus partes el pronunciamiento de primera instancia y en su reemplazo dispuso el rechazo de la demanda, con costas en ambas instancias a la parte actora; esta última interpuso a fs. 395/399 el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley venido a consideración de este Superior Tribunal.

II. Para así decidir, la Cámara analizó el nexo causal señalando que de acuerdo al art. 1726 del Cód. Civ. y Com. de la Nación la relación de causalidad entre el hecho y el daño causado es un requisito imprescindible de la responsabilidad civil, sin que queden excluidos aquellos que se fundamentan en la responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, señalando que en ello se prescinde la culpa pero no del vínculo de causalidad, de modo tal que la responsabilidad se desvanece si el nexo causal no ha podido concentrarse.

Indicó que la ley de fondo establece que la reparabilidad de las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas son las consecuencias "inmediatas", y son "mediatas" las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, siempre que hayan sido previsibles (arts. 1726/1727 Cód. Civ. y Com. de la Nación, anterior art. 901 Cód. Civil).

En ese sentido afirmó que no fueron controvertidos los hechos en relación a la ocurrencia del siniestro, día, hora (10/09/2009 a las 12.15 hs. aproximadamente) y lugar (intersección entre la ruta provincial N° 27 y calle Montevideo de la ciudad de Bella Vista) así como tampoco la intervención de los protagonistas. Y, como resultado de ese hecho surgía que la víctima inicialmente padeció de lesiones graves que luego concluyeron con su muerte, debiendo determinarse la conexión causal entre aquel hecho y el deceso de la víctima ocurrido el 8 de octubre de 2009.

Ponderó en virtud de la "prueba trasladada" el informe médico agregado a la causa penal en el que los médicos forenses dictaminaron que la muerte del Sr. R. P. no se produjo directamente como consecuencia de la evolución de las heridas sufridas en el accidente sino que el deceso se produjo por la intervención de otras circunstancias que complicaron el estado mórbido del paciente (neumonía, sepsis, hemorragia digestiva alta, shock hipovolémico).

Argumentó que el informe pericial no fue desvirtuado por ninguna otra prueba rendida en la causa. Y que con la historia clínica agregada a la causa que le sirvió de base constituyen las únicas pruebas producidas en autos que indagan respecto del estado inicialmente delicado o mórbido del occiso y que son ajenas al accidente vehicular. De las demás pruebas no se desprende que el accionante haya probado que la muerte fue consecuencia mediata o inmediata del accidente, siendo su carga procesal hacerlo en base al art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Agregó que no basta que un hecho haya sido en el caso concreto condición sine qua non del daño, sino que requiere además, que en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño. La relación causal adecuada exige que se pueda establecer con cierto grado de certeza la conexión causal - probabilidad en abstracto— entre la muerte del Sr. R. P. y el hecho que se le asigna ser su fuente —accidente de tránsito—.

Razonó que la jueza *a quo* subvaloró el informe pericial efectuado por los médicos forenses sin brindar ningún fundamento, toda vez que referir que el mismo "carece de entidad" para eximir de responsabilidad al accionado y luego encuadrarlo en el art. 1726 del Cód. Civ. y Comercial, sin explicitar qué tipo de consecuencias —mediatas o inmediatas— fue la conductora del daño de acuerdo al criterio clasificatorio prescripto en la norma, resultan insuficientes.

De esa forma señaló que la relación causal se dio por sentada por la jueza, y si bien reconoció la discrecionalidad judicial para valorar la prueba, dicha facultad termina en arbitrariedad si no se dan los fundamentos.

Añadió que no se logró probar que las lesiones resultantes del accidente hayan producido el deceso del Sr. P. No fue la condición suficiente para producir la muerte operando la ruptura del nexo causal. Y que el accidente carecía de eficacia causal porque la causalidad exigida implica una "alta probabilidad" entre el acto inicial y el resultado dañoso, siendo que el informe médico descartó de modo tajante que el antecedente de las lesiones graves a raíz del accidente que se presentó como causa fuente posea la virtualidad suficiente para que del mismo se derive el resultado dañoso pretendido por el accionante.

Posteriormente discurrió a "título ilustrativo" y sin pretender asignarle el carácter excluyente de la causa de muerte, sobre la sepsis como un grave problema que afecta a las instituciones hospitalarias y que resultan ser una de las principales causas de morbilidad y mortalidad de origen multifactorial que representa un grave problema aún no resuelto.

III. Agravios: El apoderado de la parte actora desarrolla los agravios que le ocasiona la sentencia recurrida, los que pueden resumirse del siguiente modo: (i) existe violación a la ley (art. 901 del Cód. Civil y art. 1726 del Cód. Civ. y Comercial), ante el hecho debidamente acreditado que la víctima falleció como consecuencia del siniestro vial, pues sin su ocurrencia el deceso no hubiera acontecido; (ii) todo ello surge de la historia clínica agregada al expediente penal, pues en razón de las lesiones graves sufridas por el Sr. P. fue necesario su traslado a un hospital de mayor complejidad, habiendo ingresado al Hospital Escuela Gral. Francisco de San Martín con un índice en la escala de Glasgow de 1/15 siendo indispensable para ese nivel el entubamiento, conectarlo al ARM, sin lo cual hubiera perdido la vida en forma inmediata; (iii) se encuentra acreditado el nexo de causalidad entre el siniestro y el óbito de la víctima, pues de no haber recibido asistencia médica a raíz de las lesiones sufridas, R. P. hubiera perdido la vida. Y no obsta a lo anterior que, una vez internado, tenga una alta probabilidad de sufrir una infección intrahospitalaria relacionada a la ventilación por prótesis al respirador, como normalmente les sucede a aquellos pacientes que deben ser entubados; (iv) la Cámara de manera absurda interpreta que no es previsible que luego de sufrir lesiones gravísimas de carácter reservado la víctima sea internada en un Hospital en el que normalmente se contraen infeccionas intrahospitalarias; (v) la sentencia resulta absurda al afirmar que no era previsible la muerte del Sr. P. ante el espectacular accidente que lo arrastró por más de 14 metros desde el lugar del impacto, pues basta con suprimir la internación o la conexión a la prótesis de ventilación, para llegar al mismo resultado. Y también es previsible que ante una internación y en el estado en el que ingresó el paciente adquiera una infección que no pueda superarla por el estado de debilidad en la que lo puso el siniestro; (vi) existen causas conexas como consecuencia de la internación que de no ocurrir de igual modo hubiera acaecido el deceso. Si bien la internación prolongó la vida del Sr. P. no pudo evitar el fallecimiento, habida cuenta que la sepsis que se desencadenó es previsible en pacientes internados en el estado clínico como el que se encontraba el Sr. P.; (vii) señala por último que en el informe de los peritos la neumonía y la sepsis no son las únicas causas de la muerte, sino que también lo son la hemorragia digestiva alta y shock hipovolémico, siendo causas inmediatas del siniestro, cuestionando que la Cámara haya entendido que no existe nexo de causalidad adecuado entre el siniestro y el fallecimiento del cónyuge y padre de los actores.

IV. El recurso fue interpuesto en término, contra una sentencia definitiva, el recurrente actúa con beneficio de litigar sin gastos otorgado conforme surge de copia de la resolución 531 agregada a fs. 410/411 vta.; y cuenta con los recaudos técnico tolerables para la apertura de la instancia extraordinaria, paso en consecuencia a pronunciarme sobre su mérito o demérito.

V. En ese quehacer, arriba firme a esta instancia que el día 10 de septiembre de 2009 a las 12.30 horas aproximadamente el Sr. M. A. M. embistió con su vehículo Renault 18, dominio ... al Sr. R. P. quien circulaba en bicicleta a la altura de la calle Montevideo y Ruta N° 27 de la localidad de Bella Vista, y como consecuencia de dicho impacto resultó con lesiones de carácter grave que debieron ser atendidas en el Hospital Escuela de esta ciudad donde posteriormente falleció el 8 de octubre de 2009.

También se encuentra probado que el automotor guiado por M. circulaba por la Ruta N° 27 de Norte a Sur a una velocidad mínima probable de 82,76 km, conforme surge de la pericial accidentológica obrante a fs. 144/152 del expediente penal, y que el biciclo cruzaba la Ruta N° 27 de Este a Oeste de forma perpendicular hacia la calle Montevideo. Y que en el lugar la velocidad máxima permitida es de 30 km. Como consecuencia del evento dañoso el Sr. P. tuvo fractura del pie derecho, fractura expuesta de pierna derecha, fractura de brazo izquierdo, traumatismo de cráneo y probable traumatismo de abdomen.

En el Hospital Escuela el Sr. R. P. ingresó el 10 de septiembre de 2009 con: "Politraumatismo. Polifractura. Shock Hipovolémico y Shock Pos Traumático. [...] ingresando al servicio de emergencia con glasgow 1/15 (apertura ocular a la orden, localiza antes estímulos dolorosos, sonidos incomprensibles), se realiza Radiografía de Tórax en la que se observa campos pulmonares radiolúcidos, seno costofrénicos libres, presenta fractura expuesta de pierna derecha y fractura cerrada de húmero y radio de miembro superior izquierdo [...] Ingresa al servicio de UTI con glasgow no evaluable por sedación se realiza vía venosa central a nivel femoral, se lo intuba, se lo conecta a ARM [...]"

Todo ello es corroborado por el Sub Comisario Médico, Dr. Daniel H. Naput el 10 de septiembre de 2009 quien informó lo siguiente (fs. 54, Expte. Penal):

"1°.- Paciente en decúbito dorsal obligado.-"

"2°.- Escoriación en dorso de mano derecha.-"

"3°.- Escoriación en región de abdomen.-"

"4°.- Ingresó en s[h]ock y recupera con la expansión fluidas.-"

"5°.- Fractura expuesta en pierna derecha.-"

"6.- Fractura en humero izquierdo.-"

"7.- Fractura en cúbito y radio izquierdo.-"

"8.- Las lesiones descriptas son compatibles con las producidas por o contra objeto romo y duro. Las mismas revisten carácter grave. Ponen en peligro la vida del examinado. Tiempo de curación e inhabilitación quedan sujeto a evolución y tratamiento médico del paciente.-"

En el siniestro investigado el dictamen pericial accidentológico (fs. 144/152, Expte. penal) concluyó que:

- El automóvil Renault 18 circulaba a una velocidad de mínima probable de 82,76 km/h.

- En intersecciones, en zona urbana sin semáforo la velocidad máxima permitida según la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449 es de 30 km/h.

- Si el automóvil circulara a la velocidad permitida de 30 km/h hubiese evitado la colisión.

Dicha prueba no solo que no fue desvirtuada por prueba en contrario sino que fue robustecida por la declaración testimonial de quien venía junto a M. en el automóvil. En efecto, el Sr. R. A. S. quien iba en el asiento del acompañante refirió que el automóvil iba a 60 o 70 km. por ahora (fs. 50, expte. penal), reiterando que iba a 60 km por hora aproximadamente al declarar en esta causa (fs. 177/178).

En ese sentido y respecto del mismo lugar donde se produjo la colisión, este Superior Tribunal en un reciente pronunciamiento reconoció la responsabilidad del conductor de un camión cisterna por no haber disminuido la velocidad al ingresar a la zona de la Ruta N° 27 y atropellar a un niño que iba conduciendo una bicicleta, argumentando que: "[...] contrariamente a lo apreciado por la jueza penal y valorado por los jueces *a quo*, que el conductor del camión al advertir la presencia de dos ciclistas que circulaban en su misma dirección, de noche, en una zona urbana de tránsito intenso —como lo es el lugar en el que se produjo el hecho— debió extremar las precauciones para poder traspasarlos, debiendo disminuir la velocidad e incluso frenar en caso de ser necesario hasta cerciorarse de que podía traspasarlos sin poner en riesgo la vida de aquellos" (STJ, Sent. N° 14/2019; Fuero: Civil).

Por su parte, el juez penal al dictar el auto de procesamiento por homicidio culposo en contra de M. A. M. por resolución 161 (fs. 187/190, Expte. penal) consideró que: "[...] con su obrar imprudente y con inobservancia de los Reglamentos de Tránsito vehicular en rutas que atraviesan zonas urbanas, más precisamente encrucijadas urbanas sin semáforo como es el caso de autos, perdió el control del vehículo y con su accionar causa[ó] el accidente del que resultó víctima R. P. ya que si hubiera ajustado su accionar a las pautas reglamentarias (ley de Tránsito N° 24.449, art. 51) hubiera podido dominar el automóvil y evitar la letal que produjo [...]".

De este modo, no me quedan dudas acerca de la responsabilidad exclusiva de M. en el siniestro, pues ha quedado acabadamente acreditado que este circulaba a una velocidad excesiva para el lugar, de tráfico intenso de bicicletas, motos y peatones, lo cual exige de los conductores un ajustado celo en su conducción.

VI. Ahora bien, estando demostrada la responsabilidad exclusiva del demandado en el siniestro que le ocasionara lesiones de carácter grave al cónyuge y padre de los actores por las que debió ser derivado de urgencia al Hospital Escuela de esta ciudad donde finalmente falleció casi un mes después de aquel evento, surge el interrogante de saber si las lesiones ocasionadas como consecuencia del accidente fueron determinantes (causalidad adecuada) en el deceso de la víctima del siniestro o si existieron causas exógenas que tuvieron la virtualidad de interrumpir el nexo de causalidad adecuado.

La jueza de primer grado atribuyó la responsabilidad al Sr. M. por los daños causados a la víctima fundado en el auto de procesamiento en sede penal por el delito de homicidio culposo (art. 84 CP), restándole entidad al informe médico emitido por los Dres. María Lorena Geibel y José Javier del Río (fs. 253, expte. penal), razonando que si R. P. no se hubiera lesionado gravemente en el accidente de tránsito no hubiera sido internado primero en el Hospital local y luego en el Hospital Escuela de Corrientes donde estuvo alojado por casi 30 días donde finalmente falleció, todo ello en consonancia con el art. 1726, Cód. Civ. y Comercial.

Por su parte, el tribunal de alzada revocó esa decisión interpretando que en el informe médico producido en el expediente penal dio cuenta que la muerte de R. P. "[...] no se produjo directamente como consecuencia de la evolución de las heridas sufridas en el accidente", sino "[...] por la intervención de otras circunstancias que complicaron el estado mórbido del paciente (neumonía, sepsis, hemorragia digestiva alta, shock hipovolémico". Y analizando la historia clínica, refirió, que en el quinto día de internación se observó una sepsis a foco pulmonar por neumonía relacionada a la ventilación por prótesis al respirador, produciéndose un nuevo shock hipovolémico y por ello se decidió el pase al servicio UTI ingresando a quirófano el día 7 de octubre de 2009 donde se produjo el óbito. En ese sentido razonó que no se encuentra demostrado que la muerte haya sido consecuencia mediata o inmediata del accidente, siendo que era su

carga hacerlo, sino que por el contrario entendió que de acuerdo a la prueba pericial médica el deceso se produjo por otra causa, rompiéndose el nexo causal.

En un primera aproximación al tema. Nuestro Cód. Civ. y Comercial en el art. 1726 (art. 906 del Código de Vélez) recepta la teoría de la causalidad adecuada estableciendo expresamente que, son reparables las consecuencias dañosas que tiene nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño.

Y tomando en cuenta la previsibilidad del resultado, el Código distingue entre consecuencias inmediatas, mediatas y casuales (art. 1727). Las consecuencias inmediatas, son aquellas que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. La inmediatez no tiene nada que ver con la cercanía temporal o espacial del hecho generador, sino que asume tal carácter porque entre el hecho generador y la consecuencia no se advierte la presencia de ningún hecho intermedio. Las consecuencias mediatas, son las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto. El vínculo con el hecho causal no es directo, pues en la cadena causal se produce la interferencia de otro hecho, que coadyuva al resultado. Las consecuencias casuales, son consecuencias mediatas que no pueden preverse. Ellas escapan a toda aptitud normal de previsión, al corresponder a hechos que operan en forma sobreviniente e inesperada en el proceso causal, interrumpiendo su desarrollo. En este último supuesto, por no ser previsibles las consecuencias causales no son imputables (Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, Tratado de Responsabilidad Civil, T. I, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, ps. 373/375).

Puede suceder también que el resultado dañoso pueda deberse a dos o más causas, esto se conoce como concausa. La concausa es una causa extraña que actúa independientemente de la condición puesta por el agente, al que se le atribuye el resultado dañoso. Pueden ser preexistentes, concomitantes o sobrevinientes al hecho que desencadena el resultado.

En palabras de Zannoni, "a) La concausa es una causa que interfiere o actúa independientemente de la condición puesta por el agente a quien se atribuye el daño. Se trata de una pluralidad de hechos causales. Es clásico caracterizar como tipos de concausa: [1] Las concausas preexistentes, es decir aquellas que son anteriores al hecho del agente (un sujeto que sufre de osteoporosis es golpeado por otro y sufre una fractura grave que el golpe por sí mismo no debía producir); [2] las concausas concomitantes, es decir la presencia de dos causas que actúan al mismo tiempo (un sujeto que, como en el caso anterior, es golpeado por otro y al caer se dispara el arma que lleva en la cintura, hiriéndolo de gravedad), y [3] las concausas sobrevinientes, es decir causas nuevas, posteriores al hecho que desencadena el resultado (un sujeto que, lesionado, es intervenido quirúrgicamente y que por alergia desarrolla durante la operación un shock anafiláctico a un antibiótico y muere)" (Zannoni, E. A., Cocausación de daños (Una visión panorámica), en Revista de Derecho de daños, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, T. 2003-2, ps. 8 y 9).

En análogo sentido se ha dicho que, "en la concausalidad sobreviniente, el hecho que contribuye causalmente a desencadenar el resultado aparece con posterioridad al del agente (v. gr., una persona que es lesionada gravemente y hospitalizada en un nosocomio público, sin peligro de muerte, pero que al ser intervenida contrae un virus intrahospitalario por mala higiene del quirófano y muere) (Cfr. Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, op. cit., p. 381).

En ese marco, el caso venido a decisión de este Superior Tribunal, se encuadra en este supuesto. En efecto, se trata de una concausalidad sobreviniente, pues el hecho que le provocara la muerte al Sr. R. P. —de acuerdo al informe médico producido a fs. 253 de la causa penal— fue producto de una infección intrahospitalaria (neumonía, sepsis, hemorragia digestiva alta, shock hipovolémico) adquirida en el Hospital Escuela a los cinco días de internación con motivo de graves lesiones causadas por un accidente de tránsito. Sin embargo, la gravedad del cuadro clínico en el que ingresó al Hospital Escuela quedó plasmado en el informe médico policial realizado por el Sub Comisario Dr. Daniel H. Naput (fs. 54, Expte. Penal) que refirió que las lesiones revestían carácter grave que ponían en peligro la vida del examinado. Y que, el tiempo de curación e inhabilitación quedan sujeto a evolución y tratamiento médico del paciente.

Es decir que como consecuencia de las graves lesiones padecidas por la víctima del siniestro, su cuadro clínico era reservado y su rehabilitación estaba sujeta a la evolución de las lesiones y del tratamiento. Habiendo ingresado al servicio de emergencias del Hospital Escuela con Politraumatismo, Polifractura, Shock Hipovolémico y Shock Pos Traumático, con glasgow 1/15 (apertura ocular a la orden, localiza antes estímulos dolorosos, sonidos incomprensibles), inmediatamente derivado al servicio de UTI con glasgow, y conectado a una ARM (Asistencia Respiratoria Mecánica).

Repárese que la neumonía asociada a la ventilación mecánica (ARM) es la principal causa de infección intrahospitalaria en las UTI de adultos. Y, las dos infecciones intrahospitalarias con mayor impacto en la UTI son la neumonía asociada a la ventilación mecánica (NAV) y la bacteriemia relacionada con el catéter. El 80% de los episodios de neumonía intrahospita-

laria se produce en pacientes con vía aérea artificial y se denomina NAV (Fuente https://revista.sati.org.ar/index.php/MI/article/download/602/pdf/).

De este modo, en la muerte del Sr. P. tras ser violentamente embestido por un automóvil que lo colocó en un estado de extrema gravedad con riesgo de vida y pronóstico reservado de curación y rehabilitación, concurre como concausa sobreviniente una infección intrahospitalaria ocurrida en el día quinto de internación, conforme surge de la historia clínica agregada a la causa penal (fs. 70/120), en el que se informa de una sepsis a foco pulmonar por NAV a bacilos gram negativos e injuria pulmonar. El día 28 de internación el paciente evoluciona con shock hipovolémico suministrándole dopamina y adrenalina y se lo pasa al servicio de UTI. Al día siguiente se lo interviene quirúrgicamente por una "Hemorragia digestiva alta" con un diagnóstico post-operatorio de "Ulcera de cara posterior de bulbo duodenal" (Protocolo quirúrgico fs. 112, expte. penal). En el post operatorio el paciente ingresa a UTI inestable hemodinámicamente, se constata bradicardia extrema realizándosele maniobras de reanimación que no revierten el cuadro, luego de lo cual presente línea isoeléctrica en el electrocardiograma, produciéndose el óbito (fs. 73, expte. penal).

Concorde con los fundamentos expuestos, considero justo y razonable establecer que el demandado resulta civilmente responsable por haber concurrido causalmente con su accionar en un 50% respecto de la muerte del Sr. R. P., quedando el restante porcentaje debido a la explicitada concausa sobreviniente, esto es la infección intrahospitalaria con fatal desenlace.

Por lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 395/399 para así casar la sentencia de Cámara por haber incurrido en una errónea aplicación de la ley (art. 278 inc. 2°, Cód. Proc. Civ. y Comercial), y en ejercicio de jurisdicción positiva modificar la de primera instancia, estableciendo la responsabilidad civil del demandado Sr. M. A. M. en un 50%, debiendo readecuarse el monto en concepto de daño moral a dicho porcentaje. Las costas se imponen en las instancias ordinarias y en esta extraordinaria al demandado vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regulando los honorarios de los abogados de la parte recurrida doctora Solange Natalia Dotti en el 30% de los aranceles que se fijen para el vencido en primera instancia. Y los correspondientes al letrado de la parte recurrente doctor Lisandro Adolfo Cáneva en el 30% de lo que se determine para el vencedor en primera instancia. Todos en la calidad de monotributistas frente al IVA (art. 9 y 14, ley 5822). Así voto.

El doctor *Niz* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Panseri,* por compartir sus fundamentos.

El doctor *Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto del doctor *Panseri*, por compartir sus fundamentos.

El doctor *Chaín* dijo:

Coincido con la solución de declarar inadmisible el recurso extraordinario impetrado tal como lo propicia el Sr. Ministro votante en primer término, toda vez que efectivamente el intentado incumple con el recaudo técnico de fundamentación autónoma para la apertura de la instancia extraordinaria del Superior Tribunal. No obstante lo cual, estimo pertinente efectuar algunas consideraciones.

En efecto, tal como lo ha desarrollado la Cámara, en la causa penal a instancias del Fiscal del TOP N° 1 Dr. Lértora, en el marco de las atribuciones conferidas por el art. 383 del CPP, se requiere una Junta Médica integrada por los médicos de tribunales a fin de que se efectúe una pericia con las constancias médicas obrantes en autos, tendiente a determinar si la muerte de la víctima se produjo por la normal evolución de las heridas sufridas al ser colisionado o si intervino alguna otra circunstancia para que se produjera el fatal desenlace.

En el informe de los médicos forenses Dres. José Javier del Río y Ma. Lorena Geibel obrante a fs. 253 se expone de modo concluyente que: "Luego de haberse estudiado exhaustivamente la documental médica obrante en autos se informa: La muerte de quien en vida fuera R. P., no se produjo directamente como consecuencia de la evolución de las heridas sufridas en el accidente denunciado en autos, estos peritos consideran de que el deceso de produjo por la intervención de otras circunstancias, que complicaron el estado mórbido del paciente (neumonía, sepsis, hemorragia digestiva alta, shock hipovolémico) según consta en documental médica de autos".

Este informe elaborado por expertos se condice con la historia clínica agregada a la causa, de donde surge que en el quinto día de internación se produjo una Sepsis a foco pulmonar relacionada a la ventilación por prótesis al respirador deteriorándose progresivamente el estado de salud del Sr. P., hasta producirse su deceso el día 7 de octubre de 2009.

Estas circunstancias resultan determinantes a la hora de determinar el nexo de causalidad entre las lesiones provocadas por el accidente de tránsito y el deceso del Sr. P., toda vez que a mi juicio ha quedado de-

bidamente demostrado que el siniestro en que resultó embestido aquel no ha sido la condición precedente suficiente para producir la muerte, ocurriendo la ruptura del nexo causal.

En efecto, conforme fuera dictaminado por la Junta Médica, han intervenido otras causas para el fallecimiento del Sr. P., produciendo de ese modo la ruptura del nexo causal, hecho asaz relevante que no fue debidamente ponderado por la judicante de primer grado quien se limitó a sostener dogmáticamente que dicho informe "carece de entidad para desvincular de la responsabilidad por daños al accionado, por aplicación del art. 1726 del Cód. Civ. y Comercial, en razón de que si el cónyuge de la reclamante R. P., no se hubiera lesionado gravemente en el accidente de tránsito, no se habría... internado, primero en el Hospital local y luego en el Hospital Escuela de la ciudad de Corrientes, donde estuvo alojado o internado por casi treinta días...".

Sin embargo de ello se extrae que la *a quo* no brinda ninguna razón ni explicita adecuadamente de qué forma el accidente de tránsito en el que resultó embestido el cónyuge y padre de los actores fuera la causa adecuada para su deceso, cuando, en rigor en el informe médico se dictamina concluyentemente que la muerte del Sr. P. no se produjo directamente como consecuencia de la evolución de las heridas sufridas en el accidente sino que el deceso se produjo por la intervención de otras circunstancias que complicaron el estado mórbido del paciente (neumonía, sepsis, hemorragia digestiva alta, shock hipovolémico) según la documental médica analizada por los expertos.

En ese sentido, de lo informado puede colegirse que según el curso normal y ordinario de las cosas la evolución de las heridas sufridas por P. como consecuencia del accidente no son las causas adecuadas de su muerte, existiendo "otras causas" con aptitud suficiente para romper el nexo causal en materia de responsabilidad civil.

El Cód. Civ. y Com. de la Nación (art. 1726) adopta la teoría de la "causalidad adecuada" siguiendo el sistema que implícitamente había adoptado el Código de Vélez. Esta teoría parte de la base de que solo puede considerarse jurídicamente "causa" de un resultado aquel hecho que, de acuerdo a lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, produce normalmente aquel resultado. No basta que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde el punto de vista físico, sino que es preciso que además, el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, T. VIII, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 419).

Para determinar la causa de un daño, siguiendo esta teoría, se debe hacer, ex post facto, un juicio o cálculo de probabilidades: prescindiendo de la realidad del suceso ya acontecido, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso normal y ordinario de las cosas; si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era la adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente; si se contesta que no, faltará la relación causal, aunque considerado el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una conditio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (Pedro N. Casseaux y Félix A. Trigo Represas, Derecho de las Obligaciones, 3ª edición aumentada y actualizada, T. IV, La Plata, 1996, p. 762).

Bajo las premisas expuestas, las lesiones provocadas al Sr. P. en el accidente de tránsito en el que fue violentamente embestido, si bien graves, no tenían la entidad suficiente para provocarle su muerte según el curso normal y ordinario de las cosas, tal como fuera desarrollado en el informe médico forense anteriormente señalado.

Lo "esperable" en ese contexto de análisis era la recuperación del paciente derivado a un Hospital de mayor complejidad para el adecuado tratamiento de las múltiples fracturas padecidas, pero que claramente no estaba en serio riesgo su vida, la que se vio agravada por una causal externa, con suficiente entidad para romper el nexo de causalidad, como fue la infección intrahospitalaria (neumonía, sepsis, hemorragia digestiva alta, shock hipovolémico) determinantes en provocarle la muerte.

A todo evento, oportuno resulta señalar que la teoría de la causalidad adecuada brinda solo una pauta general, a la que debe ajustar su labor el juez, atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, pues en definitiva son los jueces los que habrán de resolver las cuestiones derivadas del nexo causal, guiándose más que por teorías abstractas, por el criterio que en cada caso concreto pueda conducir a la solución más justa (Cfr. Casseaux-Trigo Represas, op. cit., 764).

En ese contexto, considero al igual que el Dr. Semhan, que la Cámara ha brindado un adecuado tratamiento a la cuestión, no haciendo pie en las constancias de la causa ninguna de las causales de casación insuficientemente denunciadas por el recurrente como era su carga hacerlo.

Con estas consideraciones, comparto los fundamentos y solución que propicia el Dr. Semhan, pronunciándome en idéntico sentido. Así voto.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente sentencia N° 1: 1°) Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 395/399 para así casar la sentencia de Cámara por haber incurrido en una errónea aplicación de la ley (art. 278 inc. 2°, Cód. Proc. Civ. y Comercial), y en ejercicio de jurisdicción positiva modificar la de primera instancia, estableciendo la responsabilidad civil del demandado Sr. M. A. M. en un 50%, debiendo readecuarse el monto en concepto de daño moral a dicho porcentaje. Las costas se imponen en las instancias ordinarias y en esta extraordinaria al demandado vencido (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial). 2°) Regular los honorarios de los abogados de la parte recurrida doctora Solange Natalia Dotti en el 30% de los aranceles que se fijen para el vencido en primera instancia. Y los correspondientes al letrado de la parte recurrente doctor Lisandro Adolfo Cáneva en el 30% de lo que se determine para el vencedor en primera instancia. Todos en la calidad de monotributistas frente al IVA (art. 9 y 14, ley 5822). 3°) Insértese y notifíquese. — *Guillermo H. Semhan* (en disidencia). — *Luis E. R. Vázquez.* — *Eduardo G. Panseri.* — *Fernando A. Niz.* — *Alejandro A. Chaín.*

La concausalidad es siempre inexorable: un tema a reflexionar

Mariano Gagliardo (*)

Sumario: I. Planteo del tema.— II. Un breve panorama de la sentencia comentada.— III. ¿A quién responsabilizar?— IV. Final.

I. Planteo del tema

Las sentencias judiciales configuran una loable oportunidad para considerar y replantear algunos temas que nos llegan impuestos a lo largo de los tiempos y resulta que el cauce jurídico del presente decisorio, luego de su meditación, a la luz de lo fáctico, nos indica que no es impropio actualizar ciertas proposiciones jurídicas, hasta entonces consideradas como inexorables. Estas reflexiones se imponen como una derivación del "afianzar la justicia".

Es que el derecho se presenta como un conjunto de preceptos elaborados por los hombres, acorde a ciertas necesidades sentidas en su vida social y con la finalidad de satisfacer dichos requerimientos en su transitar colectivo, acorde específicos valores (justicia, dignidad del ser humano, igualdad, bienestar social, seguridad, etcétera).

Lo que se dice no obsta a ciertos perfiles disímiles del derecho. Así, en un enfoque, se analizan circunstancias como algo estimable, imprescindible y beneficioso; mientras que, en otras consideraciones, se presenta como un conjunto de duras barreras, restricciones a los sujetos, ante anhelos, aspiraciones, afanes de los individuos y grupos sociales.

Sin embargo, ante estas miradas del derecho, nunca lo arbitrario prevalecerá o se impondrá a la legalidad y racionalidad, por difícil que fuere, pues se trata de postulaciones estas que garantizan un orden justo en la convivencia, aun cuando desde algún órgano del Estado, se irradie la intolerancia, prepotencia o bien se pretenda desconocer o utilizar mecanismos írritos o espurios para soslayar el art. 109 de la constitución Nacional.

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

II. Un breve panorama de la sentencia comentada

El pronunciamiento base de estas líneas tiene su génesis en el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes que, con su magna autoridad, debió marcar un rumbo de actualidad ante un hecho tan tristemente conmovedor, y si bien la doctrina utilizada es parcialmente idónea, no se comparte su resultado.

El accidente automovilístico —luego fatal— se produjo en cercanías de Bella Vista —Corrientes—, entre un automóvil conducido por el accionado y un ciclista. El estrépito resultó de dos cosas que pueden ser consideradas como "riesgosas", en el ámbito de la ruta provincial N.º 27 y calle Montevideo de aquella localidad. Repárese que el automóvil del accionado circulaba a una velocidad de 82, 76 km, cuando la máxima permitida era 30 km. A raíz de tal colisión, la víctima resultó con fractura del pie derecho, fractura expuesta de pierna derecha, fractura del brazo izquierdo, traumatismo de cráneo y probable traumatismo de abdomen. En realidad, los inconvenientes óseos, ante el cuadro de lo que luego acaeció y de acontecer a una velocidad de circulación permitida, quizás, en una internación ambulatoria, hubieran resultado más paliables y hasta superables. No puede decirse lo mismo de un traumatismo de cráneo y traumatismo de abdomen, cuya sola formulación dan cuenta de un diagnóstico de suma atención delicado y complejo. Y así fue como la pobre víctima estuvo hospitalizada y, al día treinta [30], falleció.

La sentencia nos ilustra "que no se logró probar que las lesiones resultantes del accidente hayan producido el deceso (de la víctima)". Dice que "no fue la condición suficiente para producir la muerte operando la ruptura del nexo causal". Y se dijo "que el accidente carecía de eficacia causal porque la causalidad exigida implica una alta probabilidad entre el acto inicial y el resultado dañoso, siendo que el informe médico descartó de modo tajante que el antecedente de las lesiones graves a raíz del accidente que se presentó como causa fuente, posea la virtualidad suficiente para que del mismo se derive el resultado dañoso pretendido por el accionante".

No obstante, el informe médico —que no se comparte— trasladado al art. 1776, Cód. Civ. y Com., resulta que la causalidad adecuada, nos parece que fue la pauta que se imponía para explicitar y aplicar al "nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño".

Esta sencilla explicitación sería más que suficiente para dar por finiquitado el comentario.

Agregando en el particular que la solución lo fue en función de una de las miradas del derecho, a opción del intérprete, la que le resultare más atendible. Sin embargo, la cuestión en lo fáctico no resultó tan sencilla.

La controversia que hoy se presenta es la "conexión" causal entre el accidente y el deceso de la víctima. A ojos vista de cualquier profano, se dirá que el accidente o la colisión, de manera lisa y llana, es una "consecuencia inmediata". Y, si fuera resultado de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, "será una consecuencia mediata".

El examen de distintos facultativos determinó que el deceso del accidentado fue a raíz de otras "circunstancias" que complicaron el estado mórbido del paciente (neumonía, hemorragia, etc.).

No desmerecemos el diagnóstico de los facultativos, pero en un enfoque jurídico, si no hubiera sufrido el "lapsus" que generó la internación, es muy probable, casi seguro, que no hubiere fallecido. Las otras "circunstancias" que suscitaran el deceso fueron: neumonía, sepsis, hemorragia digestiva alta y *shock* hipovolémico, todos ajenos al luctuoso accidente. Y, si el causante en su andar ciclístico antes del accidente estaba sano en su cuerpo, luego del trágico evento padeció una serie de males y se le complicó la vida, hasta el extremo de su deceso. ¿Por qué no se realiza lógicamente un trayecto desde la muerte hasta que tenía vida, para precisar que su buen estado se vino complejo por el accidente sufrido y nada más que él mismo, y así se simplifican los acontecimientos?

A pesar de ello, se consideró "no probable" que las lesiones resultantes del accidente produjeran el deceso del ciclista. Ello surge del pronunciamiento judicial y le asignamos a aquel la causa

eficiente del deber de reparar —obligación derivada de un hecho o acto ilícito— **(1)**.

III. ¿A quién responsabilizar?

Si uno relee la sentencia, surge que el informe pericial sobrevuela el accidente y atribuye a la víctima su padecer mortal. Sin ser médico ni perito en estas lides, tengo la experiencia del litigante, de la persona que transita la vida y lector de estos casos y otros parecidos. Una mínima cuota de sentido común nos indica que el resultado no fue lineal.

Y antes de avanzar, recuerdo la autoridad de Enrique V. Galli **(2)** al decir que la acción del hombre es esencial e indispensable en los supuestos de daños de las cosas y como en cualquier situación de responsabilidad civil, debe existir siempre un sujeto en falta: la acción o la omisión del hombre es un factor activo o pasivo en el daño de la cosa que permite ejercitar una acción de reparación.

Si se investiga en una relectura de la sentencia, no cabe concluir en la concurrencia de causas entre la víctima y el dañador; tampoco en culpabilidad de ambos coparticipes y sí en la culpa exclusiva de uno de los copartícipes.

No parece ser este último, el criterio del Tribunal, para quien en el *sub lite*, el deceso resultó por una "infección intrahospitalaria", con fatal desenlace, generando "una concausa sobreviviente". Y de allí derivó en una condena al sujeto dañador del 50% del monto del daño moral, fijado en otras instancias.

IV. Final

El enfoque de la sentencia es muy claro, si bien el final al que se arriba no es compartible.

En efecto: se acreditó que el automóvil circulaba a exceso de velocidad: 50 km, más de lo permitido y embistió a la víctima.

Como el demandado excedió una velocidad en el marco de lo permitido, de lo contrario, seguramente, el resultado no hubiera sido, para el atropellado, letal. No obstante, la brutal embestida culminó en el final tristemente comentado: no parece derivar el siniestro de una concausa, la vida de la pobre víctima arrollada concluyó por mediar un virus hospitalario.

Estas sistematizaciones, así formuladas, no siempre son satisfactorias, máxime ante una conclusión desafortunada y desproporcionada, lo que da una sensación —a esta altura de la civilización— que se llega a un final con ausencia de sensibilidad.

Ello así, pues la cosa riesgosa —automóvil— resultó causante del daño y lo esencial y decisivo es la incidencia causal de aquella en el resultado nocivo, más allá de su calidad de "cosa riesgosa". Y considerar "de qué manera" intervino ella, qué rol le cupo en la producción del resultado perjudicial, en lugar de "sectorizar" la causalidad, cuando así lo establece —art. 1727, Cód. cit.—.

Una vez más, la realidad jurídica irá modelando el precepto y una vez más, también, tendrá aplicación aquel agudo pasaje de Demogue **(3)**: "los hechos han hablado, inclinémonos".

(1) GAGLIARDO, Mariano, "La causa jurídica", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, ps. 15 y ss.

(2) Los daños de automóviles en circulación como daño de cosa inanimada, La Ley, 15-17.

(3) Trailé des Obligations, en Général, Paris, 1922, ap. 744.

JURISPRUDENCIA

RESPONSABILIDAD DEL ABOGADO

Resolución de un problema de inscripción de un vehículo en el Registro de la Propiedad Automotor. Reconocimiento del incumplimiento.

1. — Debe admitirse la demanda de daños, debido al reconocimiento formulado por el letrado respecto de la obligación incumplida ante su cliente.

2. — En la responsabilidad civil, en el caso del abogado, el problema resulta mucho más complejo, atento que el hecho indicado como dañoso es un hecho técnico, cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente. El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta y es quien conoce las normas procesales que ordenan el modo en que los asuntos deben ser llevados. Es en particular quien dirige el pleito con el fin de procurar a su cliente aquello por lo cual concurrió a verlo. La responsabilidad del abogado lo es por su hecho propio, razón por la cual el factor de atribución ha de ser, en principio, subjetivo.

3. — Para apreciar si ha mediado o no culpa del letrado, habrá que comparar su comportamiento con el que habría tenido un profesional prudente, en las mismas condiciones y circunstancias. En todos los casos se debe exigir un diligente y meticuloso cumplimiento de los deberes a su cargo en defensa de los intereses que le fueren confiados por su cliente.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis profesional. Responsabilidad de abogado.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Daño emergente: $12.030

CC. y C., Jujuy, sala II, 26/04/2021. - A., D. E. c. L., A. s/ ordinario por daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/35267/2021]

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expediente: c-110769-2018

2ª Instancia.- San Salvador de Jujuy, abril 26 de 2021.

El doctor *Alsina* dijo:

I. D. E. A., con el patrocinio letrado del Dr. Rodrigo Machado, promueve demanda en contra del Dr. A. L. por haber obrado de mala fe al no cumplir con lo acordado como profesional del derecho.

Refiere que el 26/05/2012 inicia la inscripción de un automotor marca Renault Megane modelo 1998 en el Registro del Automotor, correspondiente al dominio ..., pero por un embargo de una infracción de $1.641,60, correspondiente a una ejecución fiscal según expediente N° 1353/07 de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, no pudo concretarse.

Por tal motivo, contrata los servicios del Dr. A. L., quien se comprometió a que en el término de una semana lo resolvería, debido a los contactos que tenía en dicha ciudad. Le solicitó la suma de $2.200 para cancelar la deuda, pagando en fecha 18/06/2012 $1.000 y el 02/07/2012 $1.200.

Con el pasar del tiempo, el demandado comenzó a evadirlo, transcurriendo años sin respuesta al problema planteado.

El 11/08/2014 remite una Carta Documento, sin obtener respuesta. Ante tal conducta, realizó la denuncia ante el Colegio de Abogados, bajo el expediente N° 140/16. A fin de evitar un juicio y desistir de la denuncia, solicitó los servicios de Mediación del Poder Judicial, formándose el caso N° 8157/16, en el cual se arribó a un acuerdo donde A. L. se comprometió a reintegrar la suma de $4.085 en cuotas iguales y consecutivas de $2.042,50, pero desafortunadamente no cumplió.

Ofrece prueba, reclama el daño material, moral e intereses y peticiona se haga lugar a la demanda con costas (fs. 10/15). Acto seguido, el Dr. Rodrigo Machado recusa con causa al Dr. Enrique Mateo (fs. 16).

Corrido traslado (fs. 17), ante la incomparecencia del demandado y a pedido de parte, se le da por decaído el derecho a contestar demanda (fs. 29).

Se presenta el Dr. A. L., por sus propios derechos, e interpone un recurso de revocatoria referido a la personería del actor y contesta demanda en subsidio (fs. 35/39). Corrida una vista a la contraria, el Dr. Rodrigo Machado presenta la ratificación de gestiones correspondiente (fs. 47). Subsanada la personería, se rechaza la contestación de demanda realizada (fs. 48).

Se integra el Tribunal con la Dra. María del Huerto Sapag y Marisa Rondón (fs. 55) y se cita a las partes a la audiencia de conciliación; fracasada la misma (fs. 60), se abre la causa a prueba (fs. 64). El Dr. Rodrigo Machado desiste de la absolución de posiciones ofrecida oportunamente y solicita el dictado de la sentencia. En consecuencia, atento las facultades otorgadas mediante la Acordada N° 85/2020 la causa queda en estado de resolver (fs. 436).

II. De manera preliminar debemos señalar que a partir del 01/08/2015 entró en vigencia el Cód. Civ. y Comercial, establecido por Ley N° 26.994, pero siendo que la acción deducida se basa en hechos anteriores, que abarcan desde el año 2012 al 2014, consideramos que corresponde aplicar como norma de fondo el Cód. Civil de Vélez Sarsfield, toda vez que el artículo 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que deben aplicarse esas normas jurídicas, ya que responden a una consecuencia derivada de una situación que existió durante su vigencia, no siendo alcanzado por la regla general de la aplicación inmediata de la nueva ley.

III. En lo que respecta a la responsabilidad civil profesional, se la ha definido como "aquella en la que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión al faltar a los deberes específicos que la misma le impone, o sea que es, en suma, la que deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate" (Alterini, Atilio, Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., "Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales", 1995, Ed. Abeledo-Perrot, p. 767).

La tendencia doctrinaria dominante en la materia considera que son solo cuatro aquellos elementos de la responsabilidad profesional: un hecho que infringe un deber jurídico de conducta impuesto por el ordenamiento jurídico —antijuridicidad o ilicitud—; que además provoca un daño a otro; la relación de causalidad entre aquel hecho y el daño; y el factor de atribución de la responsabilidad (Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T. II, 1983, Ed. Abeledo-Perrot, p. 1309; Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T. III, 1973, Ed. Abeledo-Perrot, p. 611; Alterini, Atilio, Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., "Derecho a las Obligaciones Civiles y Comerciales" cit., ps. 158 y 689, entre otros).

La antijuridicidad o ilicitud consiste en un obrar contrario a derecho: la conducta contraviene deberes impuestos por el ordenamiento jurídico. Cuando la responsabilidad es contractual, la antijuridicidad resulta de la transgresión de obligaciones pactadas entre el cliente y el abogado (art. 1197 Cód. Civil); tratándose en cambio de responsabilidad extracontractual, la antijuridicidad se configura por la violación de la ley en sentido material, y en particular de las normas de los arts. 1066 y ss., 1074 y ss., 1109 ss. y cc. Cód. Civil, consagratorios todos del deber genérico de no dañar a los demás; principio que como bien ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene su raíz constitucional en el art. 19 CN ("Ghunter c. Gobierno Nacional", 05/08/1986, ED, 120-524, con nota de Bidart Campos, Germán, "Base Constitucional del Resarcimiento de Daños Sufridos en el Acto de Servicio Militar", entre otros).

Igualmente constituye un requisito ineludible de la responsabilidad civil la existencia de una vinculación causal adecuada entre el proceder del profesional y el perjuicio sufrido por el damnificado, de forma tal que el abogado no sería responsable si el perjuicio igualmente se hubiera producido, hubiese o no mediado incuria de su parte.

Pero en el caso del abogado, el problema resulta mucho más complejo, atento que el hecho indicado como dañoso es un hecho técnico, cuyo dominio pertenece al profesional y no al cliente. El abogado es quien diseña la estrategia jurídica del caso que presenta y es quien conoce las normas procesales que ordenan el modo en que los asuntos deben ser llevados. Es en particular quien dirige el pleito con el fin de procurar a su cliente aquello por lo cual concurrió a verlo.

La responsabilidad del abogado lo es por su hecho propio, razón por la cual el factor de atribución ha de ser, en principio, subjetivo: la imputabilidad por culpa, o en su caso por dolo, del agente del daño. El Art. 512 del Cód. Civil realiza una definición: "La culpa del deudor en el cumplimiento de una obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias necesarias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Se puede decir entonces que existe culpa cuando por negligencia, descuido, desidia, falta de precaución o imprudencia, no se obró como habría debido hacerse, provocándose un daño.

Asimismo, la jurisprudencia se ha pronunciado en el tema sosteniendo que el contrato que celebran cliente y abogado para la defensa de los derechos del primero con motivo del ejercicio profesional, debe enmarcarse en lo que se denomina "contrato atípico", donde el profesional no asegura el éxito del proceso, sino el empleo de los recursos conducentes al mismo, constituyéndose en una obligación de medios y no de resultado (Cám. Civ. y Com. I, Mar del Plata —Sala I— 97.622, RSD23796, sent. del 17/09/1996, "Guzman Marti, Armando y otra c. Efron, José V. y otro s/ daños y perjuicios", en "Jurisprudencia Argentina", 1997-III, p. 32 y "LA LEY, Buenos Aires", 1998, p. 235).

Ahora bien, para apreciar si ha mediado o no culpa del letrado, habrá que comparar su comportamien-

to con el que habría tenido un profesional prudente, en las mismas condiciones y circunstancias. En todos los casos se debe exigir un diligente y meticuloso cumplimiento de los deberes a su cargo en defensa de los intereses que le fueren confiados por su cliente. "Se trata de una mutua confianza entre ambos. De este modo, el daño derivado a su mandante como consecuencia de la incuria significa un incumplimiento contractual a la representación encomendada, generador de responsabilidad civil por daños y perjuicios, amén de otras eventuales consecuencias en otros ámbitos" (conf. Luis O. Andorno, "La responsabilidad de los Abogados", p. 481/843, y cit. a pie de página, en "Derecho de Daños", ed. La Rocca, 1996).

IV. Dicho todo esto, analizaremos las pruebas aportadas a la causa.

El actor relata que en junio del año 2012 contrata los servicios del Dr. A. L. a fin de resolver el problema con la inscripción del vehículo dominio ..., en el Registro del Automotor de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, ya que sobre el mismo pesaba un embargo por $1.641,60. A tal fin, contamos con la copia certificada por el respectivo registro, del certificado dominial donde figura la deuda por embargo (fs. 149).

Por dicho motivo, el letrado le requirió la suma de $2.200, encontrándose agregados en copia certificada, los dos recibos firmados por el Dr. A. L., siendo uno de fecha 18/06/2012 por $1.000, con la leyenda "Pago a cuenta de deuda ejecutada. Municipalidad Rosario c. Diez" y el otro del 02/07/2012, por $1.200 con la leyenda "Para pago de Expte. "Ejecución de Impuestos, Municipalidad de Rosario c." (fs. 2).

A su vez, figura la Carta Documento del 11/08/2014, en la cual el actor intima al letrado a rendir cuentas del mandato otorgado, en relación al pago de la deuda mencionada, y en caso de no haberla cancelado, la restitución del dinero más los daños y perjuicios ocasionados (fs. 4).

Ante el silencio guardado, realiza la denuncia en el Colegio de Abogados, el 01/10/2014 (fs. 369/370). El 02/03/2016, comparecen las partes ante el Departamento de Mediación del Poder Judicial y arriban a un acuerdo, donde el Dr. A. L. se compromete a reintegrar la suma de $4.085, en dos cuotas iguales y consecutivas (fs. 376). Atento al incumplimiento, el Consejo Directivo del Colegio de Abogados y Procuradores de Jujuy, hace lugar a la formación de causa disciplinaria en contra del letrado, elevando las actuaciones al Tribunal de Ética y Disciplina (fs. 384), quien emite su Resolución, aplicando una suspensión de sesenta días en la Matrícula (399/401).

En contra del tal decisorio, el Dr. A. L. inicia el Recurso de Apelación en el Tribunal Contencioso Administrativo, bajo el expediente N° C-141.354/19. Mediante sentencia de fecha 10/09/2019, se lo rechaza confirmando la resolución apelada, siendo uno de los fundamentos el reconocimiento formulado por el letrado respecto de la obligación incumplida ante su cliente (fs. 33/35 del Expte. N° C-141.354/19). Notificado, interpone Manifestación Previa y se inicia el Expte. N° CA-16.088 "Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° C-141.354/19", donde lo declaran inadmisible por resultar extemporáneo (fs. 8 del Expte. N° CA-16.088).

En consecuencia, el demandado no ha aportado prueba suficiente que desvirtúe los dichos de la actora, los cuales encuentran su respaldo en lo elementos probatorios analizados.

Por lo tanto, corresponde hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por D. E. A. en contra de A. L.

V. Rubros indemnizatorios.

A) Daño Material. Del acuerdo celebrado en el Departamento de Mediación del Poder Judicial surge que el demandado adeuda a la actora la suma de $4.085 desde el 02/03/2016. En consecuencia, el rubro procede por $12.030 a valores actuales, de conformidad a la recomendación realizada por el STJ en LA N° 58, F° 3811/3816, N° 1078, habiendo liquidado los intereses con la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días que cobra el Banco de la Nación Argentina (LA N° 54, F° 910/917, N° 242) al día de la fecha.

B) Daño Moral. Reiteradamente lo hemos definido como una lesión o disminución de aquellos bienes que tienen un valor en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual y los más sagrados afectos, entendemos que en el presente caso no puede progresar, en razón de no haberse acreditado los padecimientos que se dicen sufridos.

VI. Encontrándose cuantificados al día de la fecha el monto por el que procede la demanda, solo en caso de mora devengará el interés de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días que cobra el Banco de la Nación Argentina, desde la fecha de la presente sentencia y hasta su efectivo pago.

La sentencia se cumplirá en el plazo de diez días.

VII. Con relación a las costas es de aplicación el principio general prescripto en el artículo 102 del ordenamiento procesal que manda a imponerla a la parte vencida.

Se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Rodrigo Machado en $... y $..., respectivamente. Esto así ya que, los mínimos establecidos por el Art. 26 de la Ley 6112/2018, los cuales procederían por resultar inferiores los montos establecidos por el Art. 23, superan con creces la norma contenida en el Art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que dispone "Si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, deriva en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo, allí devengados y correspondiendo a la primera o única o instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades, superan dicho porcentaje, el juez debe prorratear los montos entre los beneficiarios".

Dichos importes, solo en caso de mora, llevarán los intereses de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la presente y hasta su efectivo cobro; más IVA si correspondiere.

Tal es mi voto.

La doctora *Rondón* dijo:

Comparto los fundamentos vertidos por el ponente adhiriendo en un todo a la solución que propicia.

Por todo ello, la Sala Segunda de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy; resuelve: I. Hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por D. E. A. en contra de A. L., condenando a este a abonar la suma de $12.030 (daño material), con más los intereses establecidos en los considerandos, debiendo cumplir en el plazo de diez días. II. Regular los honorarios de los Dres. Rodrigo Machado y A. L. en $... y $..., respectivamente con más los intereses establecidos en los considerando e IVA si correspondiere. III. Notificar, protocolizar, agregar copia, etc. — *Jorge D. Alsina. — Marisa Rondón.*

LESIONES POR CAÍDA EN VEREDA DEFECTUOSA

Acreditación del contacto entre la cosa viciosa y el cuerpo del accionante. Cálculo de la indemnización por incapacidad sobreviniente. Disidencia parcial.

1. — Demostrado el contacto entre la cosa viciosa y el cuerpo de la pretensora, así como su concomitante caída, se encuentran satisfechos los extremos requeridos para la aplicación del art. 1757 del Cód. Civ. y Com., por lo que corresponde confirmar la condena contra la guardiana de la cosa en cuestión.

2. — Si bien la empresa demandada afirma que no realizó obras sobre la vereda donde se accidentó la pretensora, se trata de una aseveración que no solo carece de respaldo probatorio, sino que, en particular, se contradice con las fotografías acompañadas con la demanda y las declaraciones testimoniales ya referidas, que les otorgan verosimilitud.

3. — No es posible pretender poner en cabeza de la víctima la obligación de extremar las precauciones, cuando se supone que quien camina por una vereda lo hace por un lugar habilitado a tales efectos y, por ende, en condiciones aptas para ello **[1]**.

4. — En ausencia de prueba que acredite un obrar particularmente descuidado de la actora, su accionar no contribuyó causalmente a la producción del siniestro, pues quedó acreditado el deterioro de la zona adyacente a la tapa perteneciente a la emplazada, y su carácter riesgoso.

5. — La reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio.

6. — Aunque se acepta la destacada utilidad que el empleo de fórmulas matemáticas ofrece como pauta comparativa u orientativa a los fines de la cuantificación del daño, una aplicación obligatoria y en términos absolutos de esos esquemas matemáticos, se manifiestan insuficientes para dar respuestas razonables y justas en todos los supuestos (del voto del Dr. Rodríguez).

7. — Por imperativo legal, el lucro cesante derivado de la incapacidad sobreviniente debe calcularse mediante criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima, y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo que ese capital se agote al término del período

de vida económicamente activa que restaba al damnificado (del voto en disidencia parcial del Dr. Picasso).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Caída en la vereda.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 76 años.

Actividad: Jubilada y pensionada.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $ 600.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $300.000

CNCiv., sala A, 03/03/2021. - Bujalesky, Hilda Zulema c. Agua y Saneamientos Argentinos SA s/ daños y perjucios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1551/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, "Beneyte, Alicia Susana c. Soc. Hnas. de Nuestra Sra. de la Merced del Divino Maestro y otro", 24/09/2009, AR/JUR/75544/2009.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. N° 67.893/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 3 de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Picasso* dijo:

I. La sentencia de fs. 541/552 hizo parcialmente lugar a la demanda entablada por Hilda Zulema Bujalesky, y condenó a Aguas y Saneamientos Argentinos (en adelante, AYSA) a abonar a la actora la suma de $1.025.000, con más intereses y costas.

Contra dicho pronunciamiento se alzan las quejas de la demandante (vid. su fundamentación del 30/09/2020, respondida mediante la presentación de fecha 15/10/2020) y de AYSA (vid. su fundamentación del 08/10/2020, respondida mediante la presentación del día 13/10/2020).

II. Memoro que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes, ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino que pueden centrar su atención únicamente en aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (art. 386, Cód. Procesal).

III. La actora refirió en su demanda que el día 21 de enero de 2016, aproximadamente a las 23.15 hs., mientras caminaba por la acera de la calle Maipú de esta ciudad, frente al N° 317, tropezó con una tabla de madera en muy mal estado que tapaba un pozo de AYSA (fs. 53 vta.).

En su sentencia, el juez de grado consideró demostrada la producción del accidente y que la demandante tropezó con la tapa mencionada, que cubría un pozo que realizó la emplazada.

En primer lugar, habrán de analizarse los agravios que introduce en esta alzada AYSA, vinculados a la responsabilidad que en la especie le atribuyó el anterior sentenciante.

La recurrente discrepa con la sentencia en lo atinente a la responsabilidad que se le achaca. Sostiene que son endebles las declaraciones testimoniales aportadas por la demandante, que no tiene registro de que la empresa haya realizado obras en la zona, y que, en realidad, el hecho ocurrió por el hecho de terceros por quienes no debe responder (en este caso, la Ciudad de Buenos Aires y el propietario frentista).

Debe destacarse que el *sub lite* encuadra en el supuesto del artículo 1757 del Cód. Civ. y Comercial. El sistema, en este punto, es similar al que regía el art. 1113 del Cód. Civil derogado, dado que la ley establece expresamente la responsabilidad objetiva del dueño y del guardián de las cosas riesgosas o viciosas.

Son presupuestos para la aplicación de aquel artículo la existencia de una cosa riesgosa o viciosa, por un lado, y por el otro la relación de causalidad puramente material entre ella y el daño (Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, LA LEY, Buenos Aires, 2006, T. II, p. 140/141; Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, T. 3, p. 201). Sin embargo, cuando se trata de cosas inertes que no presentan por sí un grado de peligrosidad intrínseca o natural es menester alegar y probar en qué consiste su riesgo (Pizarro, op. cit., T. II, p. 465).

Demostrado el riesgo o vicio de la cosa y el contacto con la víctima, sobre el creador de ese riesgo gravita una presunción de adecuación causal, que solo puede ser desvirtuada si se acredita la intervención de una causa ajena; vale decir, el hecho de la víctima, de un tercero por quien no tenga el deber jurídico de responder o, en fin, el caso fortuito o fuerza mayor (Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R. - J., Tratado de Derecho de Daños, LA LEY, Buenos Aires, 2019, T. I, p. 124 y ss.; Pizarro, op. cit. T. II, p. 141; Zavala de González, Matilde, Responsabilidad por riesgo, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 43; Kemelmajer de Carlucci, Aída, comentario al artículo 1113 en Belluscio, Augusto C.- Zannoni, Eduardo A. (dirs.), Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. 5, p. 460; Trigo Represas, Félix A., "Concurrencia de riesgo de la cosa y de culpa de la víctima", LA LEY, 1993-B, 306).

En definitiva, en el caso en estudio correspondía a la actora demostrar el hecho, el riesgo o vicio de la cosa, los daños, y la relación causal de estos últimos con la intervención de aquella; una vez acreditados estos extremos, era la demandada quien debía probar alguna de las eximentes antes mencionadas.

Pongo de resalto, en primer lugar, la declaración testimonial de M. A. O. —que obra a fs. 153/153 vta.—, quien dijo haber presenciado el hecho, y lo describió del siguiente modo: "presta servicio de seguridad en Maipú 311, desde ahí, puede apreciar que la señora se cae enganchándose con la tabla que estaba cubriendo el hueco; aclara que desde el lugar donde se encontraba el testigo, al lugar donde se produjo el hecho, media una distancia de cinco metros, la visión desde el interior del edificio a la calle es limpia; aclara que producido el hecho, el testigo salió del edificio a socorrer a la actora, la actora estaba tirada, con mucho dolor, y no se podía poner de pie, aclara que la señora estaba con su hija, le ofrece una silla para que se siente, mientras la hija llama a la ambulancia (...). Aclara que en el lugar del hecho, había un hueco de un medio por medio metro de ancho, lo suficiente para dejar al descubierto los caños, que estaba tapado con una tabla de madera, fina y precaria, dentro del mismo se podían visualizar los caños; tiene conocimiento de que la empresa Aysa había estado haciendo trabajos ahí; y le consta porque en el edificio se había generado una boleta de monto excesivo y la filtración venía de ese lugar; aclara que las tareas de Aysa habían comenzado como dos meses antes del hecho y le consta porque había comenzado a trabajar en el mes de noviembre de 2015; aclara que tuvo oportunidad de ver el pozo antes de la ocurrencia del hecho; aclara que no vio recaudo de protección alguno en el lugar del hecho (...) Tiene conocimiento que a la fecha, no se le ha dado solución al tema de la filtración" (sic.).

En el mismo sentido declaró Guillermo Smith, quien a fs. 162/162 vta. refirió: "fue una caída con la calle Maipú cerca de su intersección con la calle Sarmiento; ella tropezó con un tablón que tapaba un pozo y cayó al suelo, se golpeó bastante, expresaba tener mucho dolor se llamó a una ambulancia; aclara el testigo que se encontraba próximo frente a la actora al momento de la caída (...) se encontraba acompañada por su hija y cuando ella cayó también se aproximó una persona que luego se enteró que era una persona de seguridad del edificio que estaba frente a ese pozo, ese muchacho fue el que ayudó a levantarla, fue el quien trajo una silla para sentarla (...), trató de ayudarla pero el que más esfuerzo hizo fue el muchacho de seguridad (...) al testigo le pareció una barbaridad como estaba tapado el pozo, una negligencia terrible, preguntó si alguien sabía quien había hecho eso y el muchacho de seguridad le manifestó que venía trabajando hace tiempo AYSA" (sic.).

Más allá de estos testimonios, existe otro elemento que permite tener por probado el hecho.

En efecto, a fs. 170 vta. consta el ingreso de la demandante al Sanatorio de la Providencia: "paciente femenina quien ingresa derivada en ambulancia por cuadro de 3 horas de evolución consistente en edema, dolor a nivel de cadera y muslo derecho secundario a caída al tropezar con un andamio de madera y caer en una fosa de altura aproximada 1 metro".

A lo anterior, que contribuye a la acreditación del accidente, se añaden otras constancias del expediente que dejan acreditado el vicio de la cosa y, por ende, su peligrosidad.

En ese orden de ideas, a fs. 7/9 se encuentran agregadas fotografías en las que se observa la acera rota en la zona adyacente a la tapa de AYSA. Si bien no se me escapa que esta documental fue desconocida por la emplazada, no es menos cierto que los testigos O. y S. fueron determinantes en que esas imágenes guardaban relación con los hechos que describieron en sus declaraciones (vid. fs. 153 vta. y 162 vta.).

Así las cosas, si bien no es AYSA quien debe acreditar los presupuestos que hacen al reclamo de la actora (art. 377, Cód. Procesal), tampoco le es ajeno el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe (art. 34, inc. 5°, ap. IV, código citado), a punto tal que un comportamiento contrario a él importa un indicio que, de consuno con las restantes constancias del expediente, puede contribuir a generar convicción en contra de su posición (art. 163, mismo código).

En ese derrotero, si bien la citada recurrente afirma que no realizó obras sobre la vereda donde se accidentó la pretensora, se trata de una aseveración que

no solo carece de respaldo probatorio sino que, en particular, se contradice con las fotografías acompañadas con la demanda y las declaraciones testimoniales ya referidas, que les otorgan verosimilitud.

En consecuencia, demostrado el contacto entre la cosa viciosa y el cuerpo de la pretensora, así como su concomitante caída, tengo por satisfechos los extremos requeridos para la aplicación del art. 1757 del Cód. Civ. y Comercial, por lo que entiende que corresponde confirmar la condena contra AYSA, en su calidad de guardiana de la cosa en cuestión.

Corresponde entonces analizar los planteos de la emplazada relativos a la interrupción del nexo causal. Por un lado, la quejosa arguye el hecho de la damnificada, y por el otro, el de terceros —que serían el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el frentista— por quienes no debe responder.

Respecto del primer hecho, destaco que —además de tratarse de meras afirmaciones hipotéticas, sin respaldo probatorio— no es posible pretender poner en cabeza de la víctima la obligación de extremar las precauciones, cuando se supone que quien camina por una vereda lo hace por un lugar habilitado a tales efectos y, por ende, en condiciones aptas para ello (esta cámara, Sala F, 13/05/2008, L. N° 498.244; ídem esta Sala, 24/09/2009, "Beneyte, Alicia S. c. Soc. Hnas. de la Merced del Divino Maestro y otro", La Ley Online, cita: AR/JUR/75544/2009).

Por ese motivo, y en ausencia de prueba que acredite un obrar particularmente descuidado de la actora, no encuentro que su accionar haya contribuido causalmente a la producción del siniestro, pues quedó acreditado el deterioro de la zona adyacente a la tapa perteneciente a la emplazada, y su carácter riesgoso.

Por otra parte, en cuanto al planteo fundado en la existencia del hecho de un tercero por quien la recurrente no debería responder, basta con señalar que la norma que sustenta su responsabilidad —esto es, el art. 1758 del Cód. Civ. y Comercial— obliga a reparar los daños causados por el hecho de la cosa riesgosa tanto a su dueño como a su guardián, ambos de forma concurrente. Esto determina el rechazo del planteo, toda vez que ni el dueño, ni otros guardianes de la cosa (como lo sería el propietario frentista), son terceros por quienes el guardián no debe responder; por el contrario, son responsables junto con él por el total de la indemnización. En efecto el art. 1751 del Cód. Civ. y Comercial establece el principio según el cual cuando hay varios responsables todos ellos responden frente a la víctima por el total de la deuda, ya sea que las obligaciones respectivas sean solidarias o concurrentes. Es pertinente recordar, al respecto, que tanto en las obligaciones solidarias como en las concurrentes el acreedor puede exigir el pago íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores (arts. 828,833 y 851 inc. "a", código citado), sin perjuicio de los diferentes efectos que cada una de esas categorías tiene al nivel de la contribución a la deuda (relaciones internas entre los deudores una vez pagado el acreedor; vid. Picasso-Sáenz, Tratado de Derecho de Daños, cit., T. I, p. 215 y ss.).

Por estos fundamentos, propongo al acuerdo confirmar la sentencia en crisis, en tanto atribuyó responsabilidad a la emplazada.

IV. Sentado lo que antecede, corresponde ahora analizar los agravios sobre las partidas indemnizatorias.

a) Incapacidad sobreviniente

El juez de grado fijó en concepto de incapacidad física sobreviniente la suma de $300.000. La actora se agravia por estimarla escasa, y sostiene que debe ser contemplado en este ítem, el porcentaje de incapacidad que el perito fijó en concepto de "daño psíquico", que el sentenciante de primera instancia trató en forma conjunta con el daño moral. La emplazada, por el contrario, considera que los montos otorgados en concepto de incapacidad física y psíquica resultan elevados.

Ante todo debe dejarse en claro que el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino, en todo caso, con la lesión a un interés lícito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2, p. 640), lo que lleva a concluir en la falta de autonomía de todo supuesto perjuicio que pretenda identificarse en función del bien sobre el que recae la lesión (la psiquis, la estética, la vida de relación, el cuerpo, la salud, etc.). En todos estos casos, habrá que atender a las consecuencias que esas lesiones provocan en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, que serán, por lo tanto, subsumibles dentro de alguna de las dos amplias categorías de perjuicios previstas en nuestro derecho: el daño patrimonial y el moral.

La lesión de la psiquis de la actora, entonces, no constituye un perjuicio autónomo y distinto de la incapacidad sobreviniente. Se trata, en ambos casos, de lesiones —causadas en la psiquis o el cuerpo de la víctima— que producen una merma en la capacidad del sujeto para realizar actividades patrimonialmente

mensurables. Es esta merma, que resulta en una disminución patrimonial (un lucro cesante), lo que en definitiva constituye el daño resarcible.

Naturalmente, las lesiones sobre el cuerpo de la persona también producen normalmente consecuencias extrapatrimoniales, pero esto no equivale a identificar lesión psíquica con daño moral; la lesión —se reitera— no es un daño jurídico, y lo resarcible son sus consecuencias, que pueden constituir tanto un daño patrimonial como moral, según la índole del interés afectado y su repercusión en el patrimonio o la esfera extrapatrimonial del damnificado.

En sentido concorde esta Sala ha sostenido en forma reiterada que los perjuicios físicos y psíquicos deben ser valorados en forma conjunta, porque los porcentajes de incapacidad padecidos por el damnificado repercuten unitariamente, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos ya que, en rigor, si bien conformarían dos índoles diversas de lesiones, se traducen en el mismo daño, que consiste, en definitiva, en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (esta Sala, 12/03/2013, "Heredia, Ricardo A. c. Empresa Ciudad de San Fernando y otros s/ daños y perjuicios", L. N° 610.399; ídem, 22/08/2012, "Rein, Flavio E. c. Bayer SA y otros", L N° 584.026; ídem, 19/06/2012, "García, Josefina c. Transporte Escalada SAT y otro s/ daños y perjuicios", L. N° 598.408; ídem, 23/02/2012, "Giménez, Victoria Y. c. Morales, Pablo y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY, 18/06/2012, 9; ídem, 01/06/2010, "Amaya, Alfredo E. c. Transporte Metropolitano General San Martín SA", La Ley Online, cita: AR/JUR/43022/2010, entre muchos otros).

Establecido que corresponde dar a la incapacidad física y psíquica un tratamiento unitario es preciso, como primera medida, definir adecuadamente a qué tipo de perjuicios se refiere este rubro.

Desde un punto de vista genérico, la incapacidad puede definirse como "la inhabilidad o impedimento, o bien, la dificultad apreciable en algún grado para el ejercicio de funciones vitales" (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, T. 2a, p. 343). Ahora bien, es evidente que esa disminución puede, como todo el resto de los daños considerados desde el punto de vista "naturalístico" (esto es, desde el punto de vista del bien sobre el que recae la lesión; vid. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona, N° 1, Santa Fe, 1992, p. 237 y ss.), tener repercusiones tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial de la víctima. Este último aspecto no puede, a mi juicio, subsumirse en la incapacidad sobreviniente, sino que se identifica, en todo caso, con el daño moral. No coincido, entonces, con quienes engloban en el tratamiento de este rubro tanto a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad como otras facetas relacionadas con lo espiritual (la imposibilidad de realizar ciertas actividades no lucrativas que llevaba adelante la víctima, tales como deportes y otras atinentes al esparcimiento y la vida de relación), pues tal tesitura implica, en puridad, generar un doble resarcimiento por el mismo perjuicio, que sería valorado, primero, para fijar la indemnización por incapacidad sobreviniente, y luego para hacer lo propio con el daño moral.

De modo que el análisis a efectuar en el presente acápite se circunscribirá a las consecuencias patrimoniales de la incapacidad sobreviniente, partiendo de la premisa —sostenida por la enorme mayoría de la doctrina nacional, lo que me exime de mayores citas— según la cual la integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., Obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, T. 4, p. 305).

Lo hasta aquí dicho en modo alguno se contrapone con la doctrina que sigue actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyo tenor "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" (CSJN, 27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios"; ídem, Fallos: 308:1109; 312:752 y 2412; 315:2834; 327:3753; 329:2688 y 334:376, entre otros). En efecto, entiendo que el eje de la argumentación del alto tribunal estriba en los siguientes parámetros: a) por imperio constitucional, la reparación debe ser integral; b) eso quiere decir que deben resarcirse todas las consecuencias de la incapacidad, y no únicamente las patrimoniales, y c) a los efectos de evaluar la indemnización del daño patrimonial es insuficiente tener en cuenta únicamente los ingresos de la víctima, pues la lesión de su integridad física afecta también sus posibilidades de realizar otras actividades que, aunque no resulten remuneradas, son económicamente mensurables. Es en este último sentido, a mi juicio, que debe interpretarse la referencia de la corte a que la integridad física "tiene en sí misma valor in-

demnizable", pues la otra alternativa (esto es, afirmar que debe asignarse a la integridad física un valor en sí, independientemente de lo que produzca o pueda producir) conduciría al sinsentido de patrimonializar un derecho personalísimo, y asignar artificialmente (¿sobre la base de qué parámetros?) un valor económico al cuerpo de la persona.

Por otra parte, el criterio que se propone en este voto respeta el principio de reparación integral de todas las consecuencias de la incapacidad sobreviniente, aunque distingue adecuadamente según que ellas se proyecten en la esfera patrimonial o en la espiritualidad de la víctima. No corresponde tomar en cuenta exclusivamente el monto del salario que la damnificada eventualmente percibiera, sino que debe evaluarse también la incidencia de la incapacidad en la realización de otras actividades no remuneradas pero patrimonialmente mensurables, así como sus eventuales posibilidades de mejorar su situación laboral o patrimonial por medio de su trabajo.

No otra cosa dispone ahora, expresamente, el art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial, específicamente aplicable a estos casos.

Establecidos de ese modo la naturaleza y los límites del rubro en estudio, corresponde hacer una breve referencia al método a utilizar para su valuación.

Al respecto, el texto del ya mencionado art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial —en cuya redacción participé personalmente, en tanto miembro del grupo de trabajo que asesoró a la Comisión de Reformas en materia de responsabilidad civil— es terminante en tanto dispone que los jueces deben aplicar fórmulas matemáticas para evaluar el lucro cesante derivado de una incapacidad sobreviniente. Es que no existe otra forma de calcular "un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades" (art. 1746, recién citado). Por lo demás, esa es la interpretación ampliamente mayoritaria en la doctrina que se ha ocupado de estudiar la citada norma (López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, LA LEY, Buenos Aires, 2014, T. IV, p. 1088/1089; Picasso Sebastián - Sáenz Luis R. J., comentario al art. 1746 en Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, T. IV, 9. 461; Carestia, Federico S., comentario al art. 1746 en Bueres, Alberto J. (dir.) - Picasso, Sebastián - Gebhardt, Marcelo (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, T. 3-F, p. 511; Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2018, T. III, p. 335; Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R. J., Tratado de Derecho de Daños, LA LEY, Buenos Aires, 2019, T. I, p. 440 y ss.; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos Carlos G., Tratado de responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T. I, p. 761; Ossola, Federico A., en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016. p. 243; Azar, Aldo M. - Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.) - Sánchez Herrero Pedro (coord.), Tratado de derecho civil y comercial, LA LEY, Buenos Aires, 2018, T. III, p. 560; Acciarri, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LA LEY, 15/07/2015, p. 1; ídem, "Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad", JA, 2017-IV, cita online: AR/DOC/4178/2017; Galdós, Jorge M, "Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación)", RCyS, diciembre 2016, portada; Sagarna, Fernando A., "Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Código Civil y Comercial", RCyS 2017-XI, 5; Carestia, Federico, "La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario", elDial.com - DC2B5B).

El hecho de que el mecanismo legal para evaluar la incapacidad sobreviniente consiste ahora en la aplicación de fórmulas matemáticas es reconocido incluso por autores que en un primer momento habían sostenido que no era forzoso recurrir a esa clase de cálculos. Tal es el caso de Galdós, quien —en lo que constituye una rectificación de la opinión que expuso al comentar el art. 1746 en Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T. VIII, p. 527/528, citado por mi colega— afirma actualmente: "el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua. A fines de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica (lo que también es aplicable al daño por muerte del art. 1745 Cód. Civ. y Com. de la Nación) las referidas fórmulas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte (...) Por consiguiente, conforme lo prescribe el art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, resulta ineludible identificar la fórmula empleada y las variables consideradas para su aplicación, pues ello constituye el mecanismo que permite al justiciable y a las

instancias judiciales superiores verificar la existencia de una decisión jurisdiccional sustancialmente válida en los términos de la exigencia consagrada en los arts. 3 y 1746, Cód. Civ. y Comercial (arts. 1, 2, 3, 7 y concs. Cód. Civil y Comercial)" (Galdós, Jorge M., su voto como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, *in re* "Espil, María I. y otro c. Apilar SA y otro s/ daños y perjuicios", causa n.° 2-60647-2015, de fecha 17/11/2016).

En conclusión, por imperativo legal, el lucro cesante derivado de la incapacidad sobreviniente debe calcularse mediante criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, cit., T. 2a, p. 521).

Sentado que ese es ahora el criterio legal, señalo que si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas "Vuoto", "Marshall", etc.), se trata en realidad, en casi todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", LA LEY, 09/02/2011, p. 2).

Emplearé entonces la siguiente expresión de la fórmula:

$$C = A. \frac{(1 + i)^a - 1}{i. (1 + i)^a}$$

Donde "C" es el capital a determinar, "A", la ganancia afectada, para cada período, "i", la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado, decimalizada (emplearé una tasa del 6%), y "a", el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima.

Corresponde ahora aplicar estas directrices al caso de autos.

A fs. 369, la perito psicóloga María Silvina Orecchio concluyó: "Se desprende de la evaluación pericial realizada Sra. Hilda Zulema Bujalesky, argentina, DNI ..., de 76 años de edad, que los hechos que promueven las presentes actuaciones, han tenido entidad suficiente como para provocar menoscabo psíquico, dando lugar a un (...) Trastorno Adaptativo Mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo. De acuerdo al Baremo para evaluar daño psíquico y neurológico (...) se estima un daño psíquico del 25 % del VPG (Valor Psíquico Global), de magnitud parcial, vinculación directa y prevalencia crónica" (sic).

En la faz física, el perito médico José Fermoso determinó: "Secuela de fractura medial de cadera derecha que requirió cirugía con colación de prótesis metálica. Cursa con reducción del rango de movilidad de la articulación coxo-femoral, dolor a la movilización pasiva, disminución de la fuerza muscular del muslo derecho y acortamiento. Le corresponde 20 % de incapacidad permanente" (sic., fs. 435/443).

No se me escapa que el perito médico asignó un porcentaje de incapacidad a la lesión estética que padece la demandante, pero esta —como también lo decidió el sentenciante de grado— será considerada al tratar el daño moral, en tanto no se probó esa lesión haya tenido repercusiones en la esfera patrimonial de la víctima.

Tanto la pericia psicológica como la médica fueron impugnadas (fs. 371/372, 458/459 y 461/461 vta.). Sin embargo es preciso recordar que, aunque las normas procesales no acuerdan al dictamen pericial el carácter de prueba legal, cuando los informes comportan —como en el caso— la apreciación específica en el campo del saber del perito, para desvirtuarlo es imprescindible contar con elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que aquel hubiese hecho de sus conocimientos técnicos o científicos, de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado. Por ello, cuando —como ocurre en este caso— los peritajes aparecen fundados y no existe otra prueba de parejo tenor que las desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos de mayor peso, aceptar las conclusiones de aquel (esta Sala, L. 574.847, del 10/11/2011, LA LEY, 2011-F, 568).

En los términos expuestos, otorgo plena eficacia probatoria a las pericas médica y psicológica realizadas en autos (art. 477, Cód. Procesal).

Destaco que la Sra. Bujalesky es jubilada y pensionada (vid fs. 57 vta. del beneficio de litigar sin gastos

N° 67.893/2017), aunque no acreditó sus emolumentos actuales. Así las cosas, únicamente corresponde tener en cuenta la llamada "incapacidad vital", a la que el art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial se refiere al mencionar las actividades "económicamente valorables" que realizaba la víctima. Sin embargo, dado que la actora tampoco precisó cuáles serían esas tareas, ni proporcionó elementos que permitan establecer su importe, corresponde justipreciarlo acudiendo a la facultad que otorga a los magistrados el art. 165 del Cód. Procesal (esta Sala, 22/10/2013, "C., C. M. c. Sanatorio del Valle y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 10.366/2004). De todos modos, en ausencia de prueba concreta del monto del perjuicio, y si bien puede acudirse a la precitada facultad judicial, el monto en cuestión debe fijarse con parquedad, para evitar que la suma a concederse pueda redundar en un enriquecimiento indebido de la víctima (esta cámara, sala A, 10/11/2011, "P., G. A. c. A., J. L. y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY, 2011-F, 568; ídem, 25/11/2011, "E., G. O. c. Trenes de Buenos Aires SA y otro s/ daños y perjuicios", LA LEY, 2012-A, 80 y RCyS 2012-II, 156). Por consiguiente, en los términos expuestos, estimo pertinente fijar como monto de las mencionadas tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, realizadas por la demandante, en la suma de $5.000 mensuales.

En definitiva, para determinar el quantum indemnizatorio de este rubro consideraré los siguientes datos: 1) que el accidente acaeció cuando la actora tenía 76 años de edad, por lo que —en el caso particular— tomaré en cuenta un lapso adicional de 5 años; 2) que las actividades no remuneradas pero económicamente mensurables realizadas por la demandante deben evaluarse en la suma de $5.000 mensuales, como ya lo mencioné con anterioridad; 3) una tasa de descuento del 6 % anual, equivalente a la ganancia pura que se podría obtener de una inversión a largo plazo, y 4) que la incapacidad estimada en este caso es de 45 %.

Por lo que los guarismos correspondientes a la fórmula antes mencionada quedarían establecidos del siguiente modo: A = 29.250; $(1 + i)^a - 1 = 0{,}338225$; i . $(1 + i)^a = 0.080293$.

En función de lo expuesto, teniendo en cuenta el hecho de que la indemnización debe computar la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, considero que corresponde reducir este ítem a la suma de $130.000 (art. 165, Cód. Procesal).

b) Daño moral

El juez de grado fijó por este concepto, y por "daño psicológico", el monto de $700.000. Este aspecto recibe la queja de la actora, quien persigue su elevación, y de AYSA, quien solicita su disminución.

En primer término aclaro que en este apartado no serán considerados los desmedros psíquicos, lo cuales —como ya expliqué— fueron tratados en el ítem "incapacidad sobreviniente".

Puede definirse al daño moral como: "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 la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31).

En lo que atañe a su prueba debe señalarse que, a tenor del principio que sienta el art. 377 del Cód. Procesal, se encuentra en cabeza del pretensor la acreditación de su existencia y magnitud, aunque, en atención a las características de esta especial clase de perjuicios, sea muy difícil producir prueba directa en ese sentido, lo que otorga gran valor a las presunciones (Bustamante Alsina, Jorge, "Equitativa valuación del daño no mensurable", LA LEY, 1990-A, 655).

En el caso, la existencia de lesiones físicas y psíquicas en la víctima permite presumir fácilmente la existencia de esta clase de perjuicio.

En cuanto a su valuación, dispone el art. 1741 *in fine* del Cód. Civ. y Comercial: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas". Resalto deliberadamente el término "debe", que señala muy claramente que no se trata de una simple opción para el magistrado, sino que existe un mandato legal expreso que lo obliga a evaluar el perjuicio moral mediante el método establecido por la ley (vid. Picasso-Sáenz, Tratado..., cit., T. I, p. 481; Márquez, José F., "El daño moral contractual: interpretación, facultades de los jueces y prueba", RCyS 2020-VII, 63).

Se trata de la consagración legislativa de la conocida doctrina de los "placeres compensatorios", según la cual, cuando se pretende la indemnización del daño moral, lo que se pretende no es hacer ingresar en el patrimonio del damnificado una cantidad equivalente al valor del daño sufrido sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyen o compensan lo perdido. La suma de dinero entregada como indemniza-

ción debe ser suficiente para lograr esos goces (Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad por daños, Ediar, Buenos Aires, 1971, T. V, p. 226; Iribarne, Héctor P., "La cuantificación del daño moral", Revista de Derecho de Daños, N° 6, p. 235).

De este modo, el Cód. Civ. y Comercial adopta el criterio que ya había hecho suyo la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dijo, en efecto, ese alto tribunal:

"Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado (...). El dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para reestablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida" (CSJN, 12/04/2011, "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós).

En otras palabras, el daño moral debe "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima (Galdós, Jorge M., "Breve apostilla sobre el daño moral (como "precio del consuelo") y la Corte Nacional", RCyS, noviembre de 2011, p. 259).

Así las cosas, a la luz de las pautas esbozadas en las líneas precedentes, debe ponderarse la atención recibida por la Sra. Bujalesky en el Sanatorio de la Providencia de esta ciudad (fs. 163/355), los dictámenes periciales que le otorgan un porcentaje de incapacidad física y psíquica permanente, y los padecimientos y angustias que pudo sufrir la demandante como consecuencia de un hecho como el de autos, más sus condiciones personales (76 años al momento del accidente).

Ahora bien, al mes de septiembre de 2017 la actora pidió por este rubro la suma de $200.000. Es sabido que, en principio, nadie mejor que la víctima puede cifrar esta clase de perjuicios, en atención a su carácter subjetivo y personal. Por ese motivo, aun cuando el reclamo se haya sujetado —como en el caso— a lo que en definitiva resultare de la prueba a producirse en autos, no corresponde conceder más de lo solicitado si las producidas en el expediente no arrojan elementos adicionales a los que pudieron haber tenido en cuenta los actores al demandar respecto de este punto (esta Sala, 22/08/2012, "R., Flavio E. c. Bayer SA y otros s/ daños y perjuicios", L N° 584.026; ídem, 18/02/2013, "S., Sebastián N. c. Transportes Metropolitanos General Roca SA y otros s/ daños y perjuicios", L. N° 534.862). Sin perjuicio de ello, tengo en consideración también que —por tratarse de una deuda de valor— es procedente que el juez fije el importe del perjuicio extrapatrimonial evaluando su cuantía al momento de la sentencia, aunque —por los motivos atinentes al carácter subjetivo del rubro, que ya he señalado— debe procurar mantener una razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda.

Así las cosas, por aplicación del criterio legal, considero que el importe del rubro en examen debe fijarse en la suma de $600.000, que corresponde aproximadamente al valor de un viaje a Europa por 10 días con todo pago (art. 165 del Cód. Procesal). No soslayo que este importe es insuficiente para otorgar a la demandante satisfacciones realmente compensatorias de las consecuencias extrapatrimoniales del hecho ilícito, pero son proporcionales —en los términos expuestos— a lo solicitado por la actora en el año 2017.

c) Gastos médicos y de traslados

En el pronunciamiento apelado se concedió a la demandante, en concepto de "viáticos por sesiones de Kinesiología y gastos de movilidad", la suma de $25.000. La emplazada la considera excesiva. Contrariamente, la demandante solicita su elevación, y que se haga lugar al concepto "diferencia por prótesis", que el sentenciante de grado rechazó en la sentencia apelada.

Respecto de los gastos médicos, no resulta necesaria su prueba concreta y específica, pues su erogación se presume en orden a la entidad de las lesiones padecidas. Esto es así aun cuando la atención haya sido prestada en hospitales públicos o por una obra social, toda vez que, de ordinario, ni uno ni otra cubren la totalidad de los expendios en que incurren los pacientes (esta Sala, 27/12/2011, "M., Juan A. y otro c. J., Gustavo Gabriel y otros s/ daños y perjuicios", RCyS 2012-VI, 251; ídem, 13/04/2012, "T., Jesue y otro c. M., Iván D. y otros s/ daños y perjuicios", L N° 582.770, entre muchos otros).

Con relación a los gastos de traslado, es presumible que la actora haya tenido que realizar erogaciones fuera de lo común para desplazarse por medios de

transporte adecuados y más onerosos en los días subsiguientes al accidente debatido en autos (esta Sala, 04/04/2013, "P., Jaime c. B., Mario D. y otros s/ daños y perjuicios", L. N° 605.352).

Con relación a los viáticos solicitados por sesiones de kinesiología, a fs. 139 se observa que la demandante acudió a dos sesiones, y a fs. 429 se informa su asistencia a 13 sesiones más.

Por ello, conforme a los antecedentes ya relatados, y de acuerdo con el art. 165 del Código Procesal, considero que la suma concedida en la sentencia de grado por este rubro no resulta elevada ni tampoco escasa, por lo que propongo su confirmación.

En cuanto al monto reclamado por "Diferencia por prótesis", coincido con el sentenciante de grado en que la demandante no logró probar en qué concepto realizó el depósito que informa el Banco Galicia a fs. 423 (art. 375 del Cód. Procesal), y, toda vez que los agravios de la recurrente no logran revertir esta solución, propongo la confirmación del rechazo de este ítem.

V. Finalmente, en atención al resultado de los agravios de los apelantes, y en los términos del art. 68 del Cód. Procesal, juzgo que las costas de alzada deberían imponerse a la emplazada, quien —de seguirse mi propuesta— resultaría vencida.

VI. En síntesis, y para el caso de que mi voto fuere compartido, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente a los recursos de los recurrentes, y en consecuencia: 1) modificar la sentencia en el sentido de: a) fijar en concepto de "incapacidad sobreviniente" —comprensiva de los desmedros físicos y psíquicos— la suma de $130.000, y b) fijar el monto de condena del rubro "daño moral" en la de $600.000; 2) confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) imponer las costas de alzada a la demandada.

El doctor *Li Rosi* dijo:

Por razones análogas a las vertidas por el doctor *Picasso* en su muy fundado voto, adhiero a la solución allí propuesta, a excepción de lo decidido en cuanto al monto de los rubros Incapacidad Sobreviniente y Daño Moral:

I. En lo que hace al cálculo del resarcimiento por la incapacidad sobreviniente, el primero de los votos propicia el empleo de criterios de cálculos matemáticos. Al respecto, he sostenido reiteradamente que la reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. esta Sala, libres N° 509.931 del 07/10/2008, N° 502.041 y 502.043 del 25/11/2003, 514.530 del 09/12/2009, 585.830 del 30/03/2012, Expte. N° 90.282/2008 del 20/03/2014, entre muchos otros).

Ello, por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto que "para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuentas las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis "Código Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", T. VIII p. 528, comentario del Dr. Jorge Mario Galdós al art. 1746).

Teniendo en consideración los porcentajes de incapacidad física y psíquica detectados en la actora (ya detallados en cuanto a sus alcances y fundamentos en el anterior voto), la efectiva afectación que los mismos le generaron de acuerdo a sus condiciones personales, y haciendo uso de las facultades que me otorga el art. 165 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, entiendo prudente proponer se otorgue la suma de Pesos Trecientos Mil ($300.000) para resarcir una partida unificada de incapacidad sobreviniente (que englobe los detrimentos físicos y psíquicos de la actora), en tanto a mi juicio resulta ajustada a las particularidades del caso.

II. En lo que refiere al daño moral, habré de señalar que su evaluación constituye una tarea delicada, ya que no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solo de dar algunos medios de satisfacción, lo que no es igual a la equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes (conf. CNCiv., Sala F, en autos "Ferraiolo, Enrique A. c. Edenor SA y otro s/ daños y perjuicios", voto de la Dra. Elena Highton de Nolasco, del 06/09/2000; CSJN, en autos "Baeza, Silvia O. c. Provincia de Buenos Aires y otros" del 12/04/2011, Fallos: 334:376).

Es que, cuantificar este daño es tarea ardua y responde a una valuación necesariamente subjetiva por

tratarse de daños insusceptibles de ser apreciados cabalmente en forma pecuniaria. La valoración de los sentimientos presuntamente afectados debe ser hecha por el Juez en abstracto y considerando objetivamente cuál pudo ser el estado de ánimo de una persona común colocada en las mismas condiciones concretas en la que se halló la víctima del acto lesivo. Se llega así a la determinación equitativa de la cuantía de este daño no mensurable (conf. Bustamante Alsina, Jorge "Equitativa valuación del daño no mensurable", publicado en "Responsabilidad Civil-Doctrinas Esenciales-Partes General y Especial", dirigido por Félix A. Trigo Represas, T. III, p. 689).

En virtud de lo expuesto, y teniendo en consideración la afectación que un hecho como el de autos y sus alcances pudieron generar en la víctima, sus condiciones personales, y haciendo uso de las facultades que me otorga el art. 165 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, habré de proponer al acuerdo se reconozca la suma de Pesos Setecientos Mil ($700.000) en concepto de daño moral.

En consecuencia, con las salvedades expresadas, adhiero al voto del doctor *Picasso*.

El doctor *Rodríguez* dijo:

I. A fin de evitar repeticiones innecesarias, en lo que hace a la conceptualización de la incapacidad, a la necesidad de depararles un tratamiento conjunto a la física y a la de origen psicológico, así como en lo que hace a la valoración de las pericias médica y psicológica, no cabe más que hacer remisión a los votos que anteceden, nutridos de explicaciones claras y sólidos argumentos.

En punto a la definición de la cuantía, el art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial prescribe, en lo pertinente: "...la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades".

Esta parte del dispositivo, tal como ha sido estructurado, ha llevado a un sector de la doctrina y de la jurisprudencia a considerar que impone sujetar la decisión sobre el punto al resultado que arrojen las fórmulas matemáticas.

Si bien la redacción del precepto da margen para esa interpretación, dado que la referencia a la determinación del capital que genere rentas no está sindicada como la única modalidad de cuantificación, participo de la opinión que considera que mantienen pleno vigor los criterios interpretativos que a la par de los cálculos matemáticos, confieren al razonable arbitrio judicial plena vigencia. Además de que, para realizar la evaluación que el precepto propone, no siempre es imprescindible sujetar con estrictez el cálculo al resultado que arroje una fórmula de esa índole.

Aunque acepto la destacada utilidad que el empleo de fórmulas matemáticas ofrece como pauta comparativa u orientativa a los fines de la cuantificación del daño, considero que una aplicación obligatoria y en términos absolutos de esos esquemas matemáticos, se manifiestan insuficientes para dar respuestas razonables y justas en todos los supuestos, y ello de rondón lleva ínsito el riesgo de desoír el mandato que impone el art. 2 del Título Preliminar, cuando exige interpretar la ley teniendo en cuenta los principios y valores jurídicos y de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico. También de afectar el principio de la reparación plena que impacta a nivel constitucional y se enmarca en el proceso de constitucionalización del derecho civil patrimonial y de los derechos humanos fundamentales (arts. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, arts. 16, 17, 19 y 33 de la Constitución Nacional).

La realidad vital asume en diversos supuestos variantes y peculiaridades, difíciles de subsumir, en los términos absolutos con que se propone, en un cálculo o fórmula matemática —al menos con las variables y constantes con que han sido alimentadas hasta ahora las más difundidas—, y que por ello muchas veces demanda de una suerte de análisis artesanal del caso, con sujeción al material probatorio reunido en el expediente.

Con estas precisiones, entiendo que en el caso en concreto, la aplicación de la fórmula a ciegas conduce a un resultado inequitativo, por una serie de circunstancias que justifican intervenir para adecuarlo a bases más realistas.

Uno de los datos relevantes en la especie es la edad de la actora al momento del hecho, 76 años, tramo de la vida en que la vulnerabilidad hace sentir su peso, y su condición de jubilada y pensionada. Tales circunstancias imponen aclarar que ello no excluye reconocer las integrales proyecciones económicas adversas para una persona de la clase pasiva que queda incapacitada. Esta situación, puede también adquirir trascendencia material nociva en ámbitos distintos del directamente dinerario o laboral, como en actividades útiles no retributivas, aspecto donde es indiferente que el jubilado o pensionado hubiese dejado de trabajar por completo a cambio de ingresos previsionales (ver Zavala de González, Matilde: "Disminuciones Psicofísicas", ps. 444/5).

En casos como este ya no pude tenerse en cuenta el sueldo o la parte de la remuneración dejada de percibir, como en cambio sí correspondería si la víctima hubiera realizado una actividad productiva independiente de su jubilación, en forma normal, regular y permanente. Es en suma, el arbitrio judicial, con arreglo a las pautas ya bosquejadas y las que en lo pertinente se mencionan en los votos que anteceden, el que con prudencia y moderación, debe intervenir para definir una cuantía que se ajuste a las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Con arreglo a este esquema de razonamiento, de acuerdo a los datos ya referidos, al ponderar la edad de la damnificada, el alto grado de incapacidad psicofísica que la afecta, que asciende al 45 %, que en el último tramo de la vida que ella transita, en razón de tales menguas, seguramente requerirá de una más pronta e intensa asistencia de terceros en los quehaceres de la vida, que cabe presumir onerosa, al computar un lapso de cinco años como el que se propone en el primer voto, me inclino por adherir a la cifra de $300.000 propuesta en la disidencia de mi apreciado colega doctor *Li Rosi*, porque como allí se sostiene, la considero ajustada a las particularidades del caso.

II. El art. 1741 del Cód. Civil, en base al distingo entre daño lesión y daño consecuencia, se refiere al daño no patrimonial que debe entenderse como equivalente al usualmente denominado daño extrapatrimonial o moral, por oposición al patrimonial (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", T. VIII, p. 500).

La norma regula el tema de la legitimación para reclamarlo y otras vicisitudes, pero no menciona el concepto, lo cual da cabida a la labor doctrinaria y jurisprudencial desarrollada sobre el tema al amparo del Código de Vélez, que mantiene actualidad.

En esta línea, se lo ha caracterizado como el configurado por la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos comprendiendo también las molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes.

Mediante la indemnización peticionada se procura reparar la lesión ocasionada a la persona en alguno de aquellos bienes que tienen un valor principal en su vida, y que son la paz, la integridad física, la tranquilidad de espíritu, el honor, y los demás sagrados afectos que se resumen en los conceptos de seguridad personal y afección legítima; y cuya violación determina la modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, que resulta anímicamente perjudicial.

La referencia del art. 1738 del Cód. Civ. y Com. de la Nación a las afecciones espirituales legítimas le confiere al daño moral un contenido amplio, abarcativo de todas las consecuencias no patrimoniales. Se señala en este sentido que se ha descendido notoriamente el piso o umbral a partir del cual las angustias, molestias inquietudes, zozobras, dolor, padecimientos, etcétera, determinan el nacimiento del daño moral, acentuándose la protección de la persona humana. En esta línea, se llega también a sostener la existencia de "daños morales mínimos", en base a la constitucionalización de la tutela de la persona humana (conf Lorenzetti, Ricardo Luis: "Ob. cit.", T. VIII, p. 485).

Vale destacar que, con buen criterio, el Código consagra expresamente el principio de reparación plena (art. 1740), que ya había sido concebido como derecho constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (a partir de "Santa Coloma c. Ferrocarriles Argentinos", 05/08/1986 y "Ruiz c. Estado Nacional, 24/05/1993) en base a los arts. 14, 17, 19, 33, 42, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Dicho principio, además, se manifiesta concretamente a través de las pautas indicadas en orden a la valoración y cuantificación de la indemnización, que comprenderá todas las resultas o repercusiones patrimoniales y extrapatrimoniales del ilícito, como "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", incluyendo 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" (art. 1738), "ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" (ver art. 1741 y Meza-Boragina: "el daño extra patrimonial en el Cód. Civ. y Comercial, public. en La Ley online).

Queda superado ahora el criterio que sostenía que en el daño moral se indemnizaba el "precio al dolor" para aceptarse que lo resarcible es el "precio del consuelo", que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias. Se trata de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado y por esa vía facilitarle el acceso a gratificaciones viables, confrontando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea, proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena (ver Lorenzetti, Ricardo Luis: "Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado", T. VIII, p. 503).

Si bien el cálculo económico del dolor se presenta como una tarea de dificultosa realización, nada impi-

de apreciarlo, con criterios de razonabilidad y justicia, en su intensidad y grado, para de esa manera estar en condiciones de definir una cuantía que resulte idónea o suficiente para compensar las angustias, tristezas y toda clase de padecimientos derivados del evento dañoso, con la adquisición de bienes y contratación de actividades sociales, culturales y de esparcimiento o recreación en general, aptos para posibilitarle al damnificado situaciones de disfrute, distracción y deleites suficientes para alcanzar los objetivos que expresa el dispositivo.

Ello no obsta a señalar que se trata de perjuicios donde a la hora de la apreciación económica, a diferencia de lo que ocurre con el daño patrimonial, la subjetividad tiene un rol destacado, porque nadie más que el damnificado está en mejores condiciones de definir la intensidad de su padecimiento y lo que pecuniariamente necesita para adquirir bienes o acceder a actividades que razonablemente lo compensen. De ahí que, salvo aquellos casos donde sobrevienen consecuencias que lo agravan y que se desconocían cuando fue cuantificado, resulta difícil como regla, sin violentar el principio de congruencia, exceder la propia estimación o precio de consuelo definido por el mismo afectado en la demanda.

A tal fin, valoro las características del hecho, la edad que tenía la actora al momento del accidente, los traumatismos experimentados, la atención médica recibida luego del suceso, todo lo descripto al tratar la incapacidad sobreviniente en los votos precedentes, y las secuelas permanentes de índole física y psíquica con las que deberá convivir en la última etapa de la vida. En base a ello, dada la intensidad de los padecimientos que ese cuadro es susceptible de generar, teniendo en cuenta la suma solicitada por este concepto en el escrito introductorio de la instancia, en salvaguarda del principio de congruencia, presto adhesión a la cifra de $600.000 propuesta en el primer voto de mi estimado colega doctor *Picasso*, porque como se lo hace notar en el mismo, dicha cuantía, que se fija a valores vigentes al momento del pronunciamiento, guarda razonable proporción con lo solicitado en la oportunidad de interponerse la demanda, lo que se ajusta a la mencionada interpretación que tengo sobre el tema.

En resumen, adhiero a todo cuanto se propone en el muy fundado voto del doctor *Picasso*, con la disidencia del doctor *Li Rosi* en el tema de la incapacidad sobreviniente.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: 1) modificar la sentencia en el sentido de: a) fijar en concepto de "incapacidad sobreviniente" —comprensiva de los desmedros físicos y psíquicos— la suma de $300.000, y b) fijar el monto de condena del rubro "daño moral" en la de $600.000; 2) confirmar el pronunciamiento apelado en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios, y 3) imponer las costas de alzada a la demandada. Atento lo decidido precedentemente corresponde adecuar los honorarios fijados en la instancia de grado, de conformidad con lo establecido por el artículo 279 del ordenamiento adjetivo. Ello así, valorando la calidad, extensión, importancia y resultado obtenido por los profesionales intervinientes dentro de las tres etapas en que se dividen los juicios ordinarios, monto de la condena con sus intereses, de conformidad con lo establecido por los artículos 3, 16, 19, 20, 21, 29 y 59 de la ley 27.423, corresponde fijar una única regulación a los letrados de la parte actora por su intervención en las tres etapas, Dres. E. J. G. y P. G. V., en conjunto, en ... uma —pesos ... ($...)—; los de la letrada apoderada de la parte demandada, Dra. R. M. F. por su intervención en las primeras dos etapas, una única regulación de ... uma —pesos ... ($...)—, los de la letrada de la misma parte, por su intervención en la tercer etapa, Dra. L. D. I. en ... uma pesos ... ($...)— y los del Dr. E. A. M. por su participación en 4 audiencias en ... uma —pesos ... ($...)—. Asimismo se fijan los honorarios de la perito psicóloga M. S. O. y los del perito médico J. L. F. en ... uma — pesos ... ($...)— para cada uno de ellos y los de la mediadora Dra. N. A. Z. en pesos ... ($...). Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo, de conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la ley 27.423, se fijan los honorarios del Dr. E. J. G. en ... uma — pesos ... ($...)— y los de la letrada de la demandada, Dra. L. D. I. en ... uma — pesos ... ($...)—. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/2011, 38/2013 y concordantes de la CSJN, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. — *Sebastián Picasso.* — *Ricardo Li Rosi.* — *Juan P. Rodríguez.*

RESPONSABILIDAD DEL LABORATORIO. DAÑO PUNITIVO

Demanda deducida contra el fabricante de un bloqueador solar por los daños causados a dos niños. Dermatitis atópica como enfermedad preexistente. Indemnización. Revocación de la multa civil. Ausencia de una deliberada intención de introducir y dejar un producto defectuoso en el mercado para maximizar ganancias.

1. — Aun cuando se considere que el laboratorio demandado debió obrar con más premura en retirar el producto de mercado, considero que tal demora no alcanza para concluir que existió por parte de aquel una deliberada in-

tención de introducir y dejar el producto defectuoso en el mercado para lucrar ilícitamente y maximizar su tasa de ganancia, con grave menosprecio por los derechos de los consumidores, por lo que debe revocarse la multa otorgada en concepto de daño punitivo, máxime cuando se trató de un producto comercializado con previos controles y autorización de la ANMAT y cuyo retiro del mercado se produjo voluntariamente por la empresa demandada y fue debidamente comunicado a los consumidores por distintos medios periodísticos.

2. — Con base en las conclusiones periciales y lo que surge de las fotografías acompañadas en la demanda y el ticket de compra del bloqueador solar, cabe inferir que las lesiones de tipo eccematoides fueron sufridas —contrariamente a lo que sostiene la demandada— por ambos niños pero también queda en claro que no dejaron secuela física, biológica, ni estética alguna y, por consiguiente, la indemnización que les corresponde constituyen una lesión física transitoria que debe subsumirse dentro del daño moral o extrapatrimonial

3. — Aquello que, en todo caso, podría causar una incapacidad sobreviniente de los niños no fue el brote o reactivación de dermatitis atópica sufrido a causa del uso de la crema, porque los niños lo superaron sin secuelas físicas, sino la referida dermatitis atópica, ya que es una enfermedad frustrante, debido a su naturaleza recurrente, incluso con planes de cuidados excelentes y esa enfermedad no puede atribuirse al uso de la crema producida por el laboratorio demandado.

4. — De la lectura de los dictámenes presentados por la perito psicóloga no surge que las lesiones psicológicas que presentan los niños resulten de entidad tal que configuren un daño psicológico permanente y autónomo y puedan producir un daño patrimonial en el presente y a futuro, máxime cuando se ha recomendado un tratamiento psicológico para abordar los cuadros descriptos en cada niño. El apoderado de los actores indica que ni siquiera la experta determinó la existencia de un porcentaje de incapacidad permanente, lo cual deja en evidencia el carácter transitorio del daño psicológico y permite inferir su superación con los tratamientos fijados.

5. — La indemnización del daño moral pretendida por los padres obedece a la circunstancia de haber adquirido como consumidores un producto defectuoso que les alteró el ritmo normal y habitual de vida, por lo que no advierto que la a quo haya violentado la congruencia y corresponde rechazar los agravios que, en ese sentido, expusiera la demandada.

6. — En cuanto a las sumas reconocidas en concepto de daño moral, son una razonable estimación del daño causado si se repara en que, a causa del defectuoso producto adquirido, se frustraron en parte sus vacaciones y se les generó incertidumbre por la situación de salud de sus hijos, por lo que corresponde confirmarlas.

CNCiv., sala B, 22/03/2021. - D., R. C. y otros c. Laboratorio Andrómaco SAIC y otro y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/3760/2021]

Exp. N° 34.150/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 22 de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Parrilli* dijo:

I. En la sentencia dictada el 09 de diciembre del 2019 (ver fs. 774/799 del expediente en soporte papel), la Sra. Juez de la anterior instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por R. C. D. y L. M. d. L. H., por derecho propio y en representación de sus hijos menores J. B. D. y M. D. contra "Laboratorios Andromaco SAIC" y condenó a este último a indemnizar a los actores por los daños sufridos a causa del uso del bloqueador solar "Dermaglos FPS 70". Dicha condena se hizo extensiva a la aseguradora citada en garantía, "Allianz Argentina Compañía de Seguros SA" "dentro de los invocados en el responde por la aseguradora, convenidos contractualmente y con la franquicia expuesta a fs. 166/170" (ver considerando VI de la sentencia de grado).

II. Contra dicho pronunciamiento expresaron agravios los actores, mediante la presentación digital realizada por su apoderado el día 20 de agosto del 2020, contestada por la demandada el día 8 de septiembre de 2020 y "Laboratorios Andromaco SAIC" a través de la presentación digital del día 25 de agosto de 2020, contestados por los primeros el día 31 de agosto de 2020.

Los agravios de ambas partes se dirigieron a las sumas reconocidas para resarcir la incapacidad sobreviniente, el tratamiento psicológico, el daño moral, el daño punitivo y la cuantía de la tasa de interés. A su vez, el laboratorio demandado cuestionó la imposición de las costas.

A su turno, la Defensora de Menores de Cámara, expresó los agravios que la sentencia causara a sus representados en el dictamen del día 29 de septiembre de 2020. Allí mantuvo el recurso que interpusiera por la Sra. Defensora de menores de primera instancia y adhirió a los agravios que expresaran los actores.

III. Antes de entrar en el examen de los agravios debo aclarar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia (ver CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros) y tampoco es obligación referir a todas las pruebas agregadas, sino únicamente las apropiadas para resolver (art. 386, *in fine*, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611).

IV. Comparto lo expresado por la Sra. Jueza, y que no mereciera agravios de ninguna de las partes, en punto a que "los daños físicos y psíquicos deben enmarcarse, ya sea dentro del daño patrimonial en su concepto más amplio y bajo el rubro de la incapacidad sobreviniente, ya en su derivación no patrimonial, la cual ingresa en la evaluación que deberá efectuarse al tratar el daño moral reclamado". De manera que los agravios de ambas partes y la Defensora de Menores, dirigidos a los rubros que componen la cuenta indemnizatoria, se examinarán en ese marco conceptual que, además, resulta correcto, pues el daño, en sentido jurídico, no se identifica con la lesión a un bien (las cosas, el cuerpo, la salud, etc.), sino con la lesión a un interés licito, patrimonial o extrapatrimonial, que produce consecuencias patrimoniales o extra patrimoniales (cfr. Calvo Costa, Carlos A., Daño resarcible, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 97). En puridad, son estas consecuencias las que deben ser objeto de reparación (Pizarro, Ramón D. - Vallespinos, Carlos G., "Obligaciones". Hammurabi, Buenos Aires, 1999, T. 2 p. 640).

Hecha esta precisión, la Sra. Jueza aclaró, y tampoco está controvertido, que si bien la indemnización reclamada por los niños J. B. (nació el ...) y M. D. (nació el ...) por daño físico, psíquico y estético debía considerarse dentro la "incapacidad sobreviniente", como en este caso, y por su corta edad, aquellos no desempeñaban una actividad productiva solamente evaluaría si existió "una pérdida de chance, como legítima expectativa de un cierto desarrollo laboral, social, en el curso natural y ordinario de la vida".

Con esos lineamientos, la Sra. Jueza reconoció por la referida pérdida de chance $28.000 para M. D. y $50.000 para J. B. D. Además, indemnizó a los nombrados el costo del tratamiento psicológico que, en cada caso, recomendara la perito psicóloga designada de oficio: $38.400 para M. D. y en $57.600 para su hermano J. B.

Por otra parte, admitió el daño moral sufrido por los niños y sus padres, fijando $65.000 para indemnizar a M. D.; $100.000 para su hermano J. B. y $35.000 para cada uno de los padres.

V. Como adelanté, los actores, la Defensora de Menores y la demandada se agravian de la cuantía de los rubros y, en el caso de la accionada cuestiona, además, la procedencia.

Centralmente, el apoderado de los actores consideró exiguas las sumas reconocidas por la aludida pérdida de chance y procuró su incremento porque a su entender la Sra. Jueza no contempló los distintos aspectos que integran la incapacidad sobreviniente (daño físico, biológico y psíquico) y no valoró adecuadamente "el contexto social, familiar y económico", como el hecho de vivir en el barrio de Belgrano y concurrir a un colegio privado que, a su entender, incidiría en esas potencialidades futuras supuestamente frustradas. Afirmó que el daño físico está más que comprobado con las fotos acompañadas en autos, las cuales son prueba suficiente, junto con las testimoniales ofrecidas. En el plano psicológico sostuvo que "si bien la perito psicóloga no estima un porcentaje de incapacidad por considerar que ello es muy difícil de determinar, vemos que no ha sucedido lo mismo en otros expedientes similares, donde se les ha otorgado a los menores un promedio de incapacidad del 20%". Además, recordó que "la jurisprudencia imperante, hoy evalúa la actividad total de la persona" y no solamente su aspecto productivo. En suma, requirió que el daño patrimonial en conjunto se elevara mínimamente a $270.000 para cada menor, ($50.000 daño físico + $120.000 pérdida de chance + $100.000 daño psicológico).

En lo que concerniente a las sumas reconocidas para cubrir el costo de los tratamientos psicológicos, en ambos casos, se agravió por considerarlas insuficientes. Dijo textualmente: "resulta muy apretada la suma de $800 estimada para valorar hoy en día una sesión psicológica, la cual no baja de los $1.200 y se sitúa en promedio en los $1.500/$2.000".

En lo que respecta a la indemnización por daño moral afirmó que la suma reconocida no reflejaba la magnitud de los padecimientos sufridos por los niños y que estos "debieron someterse a tal corta edad a pericias médicas y psicológicas individuales y aislados de sus padres, algo extraño en su contexto familiar, para que se les reconozca un evidente derecho que la demandada siempre les negó". Señalo lo siguiente: "el monto máximo sentenciado por el *a quo* en este caso (a favor del menor J. B.) no llega en la actualidad

a U$S 800, cuando en la actualidad se otorgan montos que sobrepasan incluso los U$S 4.000 (traducidos por ejemplo en un corto viaje a Disney), monto que es común verlo hoy en sentencias ya que resulta ser una suma que sirve para olvidarse de los padeceres sufridos, y que en el caso que nos ocupa, les otorgaría a los menores la felicidad momentánea de las vacaciones truncadas en el año 2014 por culpa del cuestionado protector solar y todos sus padeceres posteriores".

Por su parte, la Sra. Defensora de Menores en esta instancia mantuvo el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Público de Menores e Incapaces de grado, que fuera concedido el 3 de marzo de 2020 y adhirió a los agravios de los actores por compartirlos en general, por lo que solicitó se reconozcan los daños físicos sufridos por M., el daño biológico y la pérdida de chance peticionada respecto de ambos hermanos y se elevaran los montos reconocidos en cada partida indemnizatoria.

De su lado, la apoderada del laboratorio demandado cuestionó la procedencia de la incapacidad sobreviniente pues según dijo de la pericia médica surgía que ninguno de los menores sufrió de incapacidad física derivada del hecho que origina estas actuaciones, dijo concretamente: "desde su nacimiento sufren de piel atópica y cualquier agente externo puede llegar a provocar irritación en la piel (...)" y agregó que no se ha acreditó que la aplicación del producto hubiese sido causante de la dermatitis padecida por los niños. Por todo lo expuesto, manifestó que "la supuesta pérdida de chance la podría llegar a ocasionar la preexistente dermatitis atópica, que padecen los menores" hecho por el que su mandante no debía responder.

En lo que respecta a la indemnización reconocida para indemnizar la incapacidad en el plano psicológico y el costo del tratamiento psicológico cuestionó su procedencia. En ese sentido, expresó que "para arribar a la conclusión de que se produce un daño psicológico (distinto del daño moral), hay que contar sin duda, con todos los elementos fácticos y compulsas científicas que permitan inscribirlo con autonomía en el encuadramiento jurídico. No consiste en un simple cambio de carácter, el que incluso puede ser temporáneo; en el daño psicológico se lesiona primordialmente el razonamiento, sin perjuicio de otros complejos y convergentes. Existen, asimismo, técnicas y métodos médicos mediante los cuales el paciente puede recuperar la plenitud del razonamiento". Agregó que "para que el daño psicológico aparezca como entidad suficiente como para ser considerado rubro indemnizable independiente, debe comportar una alteración de la personalidad de la víctima, es decir que consista en una perturbación profunda del equilibrio emocional, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración en el medio social".

Finalmente, en lo que concierne a la indemnización por daño moral de los niños procuró el rechazo de esta partida pues dijo que su representada no les causó ningún daño ya que aquellos padecían de una enfermedad crónica y preexistente (dermatitis atópica) que no puede ser causado por un factor externo y, por lo tanto, no existe nexo causal entre el supuesto hecho generador y el daño alegado. En subsidio, se agravió de la cuantía reconocida y procuró su reducción.

VI. Si como dije, la Sra. Juez aclaró que indemnizaría los distintos rubros pretendidos como "daño patrimonial" y específicamente como la pérdida de una "legítima expectativa de un cierto desarrollo laboral, social, en el curso natural y ordinario de la vida" y ambos aspectos se encuentran firmes, cabe rechazar el agravio por el cual los actores pretenden un incremento a partir de que no se habrían analizado por separado los daños físicos, biológicos y psicológicos.

Además, debo decir que la división de los daños en distintos rubros no hace a la cuestión. Lo central no es como se etiqueta el daño sufrido por una persona sino si esta es indemnizada de manera integral (cfr. CSJN, Fallos: 321:487 y 327:3753, entre otros; Mosset Iturraspe, Jorge El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario T 1, Daños a la Persona, ps. 9 a 39, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1992, citado por esta Sala, en mi voto, *in re* "Codron de Jalles, Viviana R. y otro c. Oreglia, Analía de los Ángeles y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c. les. o muerte) (Exp. N° 6777/2010) del 30/06/2015).

La incapacidad sobreviniente —que la Sra. Jueza indemnizó a título de pérdida de chance y que involucra los demás rubros pretendidos— se configura luego de concluida la etapa inmediata de curación y convalecencia y cuando se verifica el carácter de permanente de las lesiones (ver Zavala de González, Resarcimiento de Daños a las Personas, ed. Hammurabi, Bs. As., 1990, vol. 2ª, p. 289. En forma concordante, esta Sala, mi voto, *in re,* "Barcelo, Juana A. c. Pinillos, Julián A. y otros s/ daños y perjuicios" (acc. trán. c. les o muerte) del 06/08/2015). De este modo, la lesión instalada definitivamente en la persona proyecta al futuro sus efectos negativos en todos los aspectos de la personalidad.

En el caso, la perito médica especialista en dermatología designada de oficio informó que al momento del examen M. y J. B. D. presentaron criterios para el diagnóstico de dermatitis atópica (ver respuestas 1ª cuestionario de la actora).

La experta explicó que la dermatitis atópica es una dermatosis crónica o crónicamente recurrente influenciada por factores ambientales y/o emocionales. Es una enfermedad cutánea inflamatoria crónica caracterizada por una disfunción de la barrera cutánea que desencadena un desequilibrio en la homeostasis epidérmica. Además, la referida médica precisó que "es una enfermedad frustrante, debido a su naturaleza recurrente, incluso con planes de cuidados excelentes" (ver consideraciones médico legales) y que el uso de la crema comercializada por el laboratorio demandado "pudo concurrir para desencadenar un brote o reactivación de dermatitis atópica" (respuestas 3ª y 1ª del cuestionario aludido) provocando las lesiones de tipo eccematoídes que surgen de las fotografías acompañadas por los actores.

Finalmente, la perito médica fue terminante en señalar que, al momento del examen, "no se verifican secuelas del episodio denunciado ni limitaciones en los movimientos de los niños" (ver respuesta 2ª cuestionario actora) y que, por consiguiente, no podía asignar algún grado de incapacidad a los niños M. y J. B. D.

Con base en las referidas conclusiones periciales y lo que surge de las fotografías acompañadas en la demanda (fs. 53/72), el ticket de compra de Dermaglos (ver f.17) cabe inferir, como lo hiciera la Sra. Jueza, que "las lesiones de tipo eccematoides" fueron sufridas - contrariamente a lo que sostiene la demandada— por ambos niños pero también queda en claro que esas lesiones no dejaron secuela física, biológica, ni estética alguna y, por consiguiente, la indemnización que les corresponde a M. y J. B. D. por estas partidas constituyen una lesión física transitoria que debe subsumirse dentro del daño moral o extrapatrimonial (ver en este sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, *in re,* "Pepe, Martín A. c. Empresa San Vicente SAT y otros s/ daños y perjuicios" del 21/05/2015; ídem Sala A, *in re,* "Carames, Jorge E. c. Villarino, Silvia M. y otro s/ daños y perjuicios" del 18/06/2012 y sus citas, publicado en La Ley Online, AR/JUR/32361/2012).

Además, como lo sostiene la apoderada de la demandada y surge de las conclusiones de la pericia médica ya reseñadas, aquello que, en todo caso, podría causar una incapacidad sobreviniente no fue el "brote o reactivación de dermatitis atópica" sufrido a causa del uso de la crema, porque los niños lo superaron sin secuelas físicas, sino la referida dermatitis atópica ya que "es una enfermedad frustrante, debido a su naturaleza recurrente, incluso con planes de cuidados excelentes" (ver consideraciones médico legales) y esa enfermedad no puede atribuirse al uso de la crema producida por el laboratorio demandado.

En cuanto al daño psicológico el episodio de brote de dermatitis (reactivación) provocado por el uso "Dermaglos FPS 70" según la perito psicóloga designada de oficio, en el caso de M. "modificó sustancialmente el modo de vivencia de ciertos acontecimientos, como ser el de tener contacto con el agua y el sol en circunstancias cotidianas", concluyendo la experta que entendiendo a la personalidad como un proceso dinámico y teniendo en cuenta la etapa vital por la que el niño se encuentra atravesando "el hecho disruptivo conlleva un impacto emocional inconsciente, que requiere del esfuerzo psíquico extra para poder ser integrado, tal como ha quedado objetivado en las entrevistas, técnicas y tests administrados" y prescribiendo "de acuerdo a la patología detectada" "un tratamiento psicoterapéutico por el lapso de 12 meses. Este tratamiento a razón de una sesión semanal, posee un costo estimativo de seiscientos pesos ($600) por sesión, lo que sumaría un total de veintiocho mil ochocientos pesos ($28.800), para el tratamiento recomendado"

En cuanto a J. B., las conclusiones fueron similares y la experta afirmó "el hecho modificó sustancialmente el modo en que vivencia su vida desde entonces... Las actividades que son parte de su cotidianeidad y desarrollo, son atravesadas de manera diferente producto del acontecimiento ocurrido, que le dejó una lesión crónica en su cuerpo" para concluir que "entendiendo a la personalidad como un proceso dinámico y teniendo en cuenta la etapa vital por la que J. B. se encuentra atravesando, el hecho disruptivo conlleva un impacto emocional, que requiere del esfuerzo psíquico extra para poder ser integrado, tal como ha quedado objetivado en las entrevistas, técnicas y tests administrados" y prescribir "de acuerdo a la patología detectada" la necesidad de realizar "un tratamiento psicoterapéutico por el lapso de 18 meses. Este tratamiento a razón de una sesión semanal, posee un costo estimativo de seiscientos pesos ($600) por sesión, lo que sumaría un total de cuarenta y tres mil doscientos pesos ($43.200), para el tratamiento recomendado"

Como se aprecia de lo antes expuesto y de la lectura de los dictámenes presentados por la perito psicóloga no surge que las lesiones psicológicas que presentan los niños resulten de entidad tal que configuren un daño psicológico permanente y autónomo y puedan producir un daño patrimonial en el presente y a futuro, máxime cuando se ha recomendado un tratamiento psicológico para abordar los cuadros descriptos en cada niño. Obsérvese que el propio apoderado de los actores refiere a que ni siquiera la experta indica la existencia de un porcentaje de incapacidad permanente, lo cual deja en evidencia el carácter transitorio del daño psicológico y permite inferir su superación con los tratamientos fijados.

Respecto al agravio del apoderado del apoderado de los actores por no haberse reconocido el costo del tratamiento psicológico a R. C. D. y L. M. d. L. H., "pese a que la perito psicóloga también lo recomendó y otorgó como dijimos incapacidad psicológica al respecto" se impone su rechazo y así lo propongo al Acuerdo pues esa partida indemnizatoria no fue pretendida en la demanda por los referidos (arts. 330, 34 y 163 inciso 6 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y sin perjuicio de señalar que la Sra. Jueza evaluó las circunstancias señaladas por la perito psicóloga al indemnizarles a los referidos actores el daño moral sufrido como consumidores.

Por las consideraciones expuestas, he de proponer al Acuerdo se modifique lo resuelto en la anterior instancia dejándose sin efecto las indemnizaciones fijadas en el considerando VII, apartado I, "a" bajo el título "a) incapacidad sobreviniente (daño físico, psíquico y estético)/Pérdida de chance" sin perjuicio de valorar las lesiones físicas y psíquicas transitorias sufridas por ambos niños al tratarse el daño moral y confirmar la indemnización de los tratamientos de psicoterapia reconocidos en favor de ambos niños.

En cuanto a la cuantía establecida para cubrir el costo de dichos tratamientos atendiendo a las quejas de los actores y ponderando la estimación de duración y costos que la perito psicóloga realizara en noviembre de 2017, he de proponer al Acuerdo que, en uso de las facultades conferidas en el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, las sumas reconocidas en la anterior instancia se incrementen en el caso de M. D. hasta $52.000 —pesos cincuenta y dos mil— y en lo que respecta a J. B. D. hasta $78.000 —pesos setenta y ocho mil —.

Respecto al daño moral concurriendo ilicitud y lesiones físicas y psíquicas transitorias su procedencia respecto de M. y J. B. D. es innegable y atendiendo a las pautas que se suelen utilizar para dimensionar esta partida, tales como la edad de los nombrados a la fecha del hecho dañoso y el tiempo de recuperación de las lesiones ya referida y sin soslayar que se les ha reconocido una suma para cubrir el costo de tratamiento psicológico, considero que las indemnizaciones reconocidas en la anterior instancia resultan algo reducidas por lo que habré de proponer al Acuerdo se incrementen en el caso de M. D. hasta $80.000 —pesos ochenta mil— y en lo que respecta a J. B. D. hasta $120.000 —pesos ciento veinte mil— sumas que considero adecuadas para proporcionar a dichos niños satisfacciones sustitutivas del daño moral que han sufrido (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 1741 del Cód. Civ. y Comercial).

VII. Con relación al daño moral sufrido por R. C. D. y L. M. d. L. H., que la Sra. Jueza les reconociera como consumidores que adquirieron la crema que causara lesiones a sus hijos, y que estableció en $35.000 para cada uno (considerando VII. 2, apartado "b"), se agravia el apoderado de los actores, procurando un incremento de esas sumas. En esa dirección argumentó que "a ningún padre le resulta agradable ver a sus hijos sufrir por varios días y llorar desconsoladamente sin encontrar la razón, hasta descubrir que el objeto producto del daño era un protector solar que jamás debió haber salido al mercado" y agregó "Como ellos son además los compradores de los dos pomos de protector acompañados en la demanda, aplicados a los menores, resultan obviamente legitimados para reclamar por derecho propio, en virtud de lo establecido en la ley 24.240, la cual determina entonces un sistema de responsabilidad contractual". De igual manera añadió que "en materia de responsabilidad contractual, la jurisprudencia es conteste en cuanto a que el art. 522 del Cód. Civil, el juez está facultado para condenar al responsable a la reparación del agravio moral, de conformidad con la índole del hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso (CNCiv., Sala H, "C. Y E. c. Laboratorios Andrómaco SAICI s/ daños y perjuicios").

Continuó expresando que "en el caso de marras podemos convenir en que el *a quo* arriba a una correcta interpretación jurídica acerca del daño moral que le corresponde a los progenitores, pero yerra en el monto otorgado" y en ese sentido, solicita "que el monto por este rubro se eleve mínimamente a $100.000 para L. y de $80.000 para R. por ser estos acordes con la cuantificación por daño moral que realiza hoy en día la justicia en casos similares".

Por su parte, el apoderado de la demandada se agravió de la procedencia de esta indemnización. Sostuvo, concretamente, que tal como surge de la demanda, los padres de los niños afectados por el producto que comercializara su representada, reclamaron la reparación del supuesto daño moral que habrían padecido en su condición de progenitores de los menores pero nunca solicitaron su reparación en su condición de consumidores finales, por lo que concluye que la Sra. Jueza se extralimitó al conceder esta partida, lo cual constituye razón más que suficiente para rechazar esta partida.

De la lectura de la demanda surge que R. C. D. y L. M. d. L. H. reclamaron "daño moral" argumentando "los padeceres que tuvieron que soportar llevando a sus hijos a la Clínica, el malestar originado en sus vacaciones (se volvieron antes), y los trastornos familiares que el infortunio les acarreó" (ver fs. 121 vta. pto. "E" daño moral).

Comparto entonces la interpretación de la Sra. Juez en punto a que la indemnización del daño moral pre-

tendida por los padres obedece a la circunstancia de haber adquirido como consumidores un producto defectuoso que les alteró el ritmo normal y habitual de vida por lo que no advierto que la Sra. Jueza haya violentado la congruencia y he de proponer al Acuerdo rechazar los agravios que, en ese sentido, expusiera la demandada.

En cuanto a las sumas reconocidas, considero que son una razonable estimación del daño causado si se repara en que, a causa del defectuoso producto adquirido, se frustraron en parte sus vacaciones y se les generó incertidumbre por la situación de salud de sus hijos (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 1471 del Cód. Civ. y Comercial) por lo que propongo al Acuerdo rechazar los agravios de todas las partes y confirmar este segmento de la sentencia.

VIII. Con base en el art. 52 bis de la ley 24.240, texto reformado por ley 26.361, según el cual "cuando el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor el juez podrá aplicar una multa civil a favor del damnificado, que graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan" y luego de descartar la inconstitucionalidad de la referida norma, la Sra. Jueza señaló que correspondía condenar a la demandada a pagar un daño punitivo de $80.000 en favor de los actores menores de edad "por ser ellos los directamente afectados".

Ambas partes se agraviaron de la referida decisión.

El apoderado de los actores, con adhesión de la Defensora de Menores, procuró un incremento de la condena porque "en materia de salud, el daño punitivo tiene que tener la entidad suficiente para cumplir con su cometido, es decir, al Laboratorio le tiene que "doler pecuniariamente" esta imposición para no volverla a cometer en el futuro, caso contrario se pierde el carácter "ejemplificador" que tiene el daño punitivo". Agregó que la suma reconocida en la sentencia "no llega a mover el amperímetro de la "caja chica diaria" en un laboratorio de la envergadura del demandado, el cual es uno de los más grandes del mercado"— Expresó que en nuestro derecho, "la prestigiosa Dra. Aída Kemmelmajer de Carlucci ha sostenido que la aplicación de daños punitivos, señalando como ventajas la función preventiva, la privación de ganancias obtenidas por actuar ilícito resulta justo, etc., y así lo ha establecido la tendencia jurisprudencial actual, entre ellos, la CNCom., Sala C, el 05/10/2001, "D. B. de M. c. Sevel Argentina y otros, LA LEY, 2002-A, 861" entre otros".

De su lado, la apoderada de la demandada se agravió de esta condena de daño punitivo. Explicó que si bien la Sra. Jueza, correctamente, hizo referencia a la necesidad de un incumplimiento grave para imponer esta sanción y que "el productor actúe a sabiendas del beneficio que obtendrá con la actividad nociva", luego realizó un análisis que parece desconocer lo dicho anteriormente. Añadió la recurrente que "para la condena por daño punitivo es necesario demostrar que existió un accionar doloso, es decir, que el proveedor de bienes o servicios conociendo el perjuicio que su accionar causaría al consumidor eligió voluntaria y dolosamente causarlo en vistas a una ecuación económica en la que su enriquecimiento sería mayor a los eventuales perjuicios que dicho accionar pudiera traerle" y agrega "Esa es la "ecuación" que este instituto tiende a desbaratar. En efecto, se descarta de plano que un accionar culposo o negligente pueda servir de base para la condena por daños punitivos". Dijo que, contradictoriamente, la Sra. Jueza justificó la condena por daño punitivo en un supuesto accionar negligente de LASA, el cual no existió "pero incluso habiendo existido no justificaría la condena por daño punitivo, ya que la misma requiere dolo". Señaló que en la sentencia de fecha 29/09/2016 dictada por el Juzgado en lo Penal Económico N° 10 en autos "Laboratorios Andrómaco SAICI y otro s/ infracción Ley 16.463 Denunciante: ANMAT" se revocó la sanción impuesta por la ANMAT mediante Disposición N° 95/16, a LASA y a su Director Técnico por haber incumplido el art. 2 de la Ley 16.463 y la Disposición ANMAT N° 6477/12 punto 3.3.2, señalando que, entre otras consideraciones el referido juzgado destacó que debían "valorarse las diligencias efectuadas por los sumariados al tomar conocimiento de los reclamos vinculados a los efectos negativos que el producto antes aludido habría causado a los usuarios del producto", destacando que "sin intimación ni reclamo alguno por parte de ANMAT, el laboratorio informó en fecha 07/01/2014 el retiro voluntario de la totalidad de los lotes del producto en cuestión (...)" y concluyendo en que "conforme a una valoración global de las constancias obrantes en autos puede válidamente colegirse que Laboratorios Andrómaco SAICI y su Director Técnico Eduardo Rubén Nasuti habrían cumplido con todos los requisitos exigidos por la ANMAT y habrían adoptado todos los recaudos para asegurar la calidad seguridad y eficacia del producto en cuestión, tanto antes de la puesta en circulación de aquel, como así también para retirarlo del mercado...". Con base en estas argumentaciones procura se deje sin efecto la multa impuesta.

El daño punitivo ha sido caracterizado como las 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 (cfr. Pizarro Ramón "daños punitivos", en "Derecho de daños", Segunda Parte, La Roc-

ca, Buenos Aires 1993, p. 291/292); o "un plus que se concede al perjudicado, que excede el monto de la indemnización que corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños" (cfr. Reglero Campos Fernando, citado por Trigo Represas Feliz y López Mesa Marcelo, "Tratado de la Responsabilidad Civil", LA LEY, Buenos Aires 2004, tomo 1, p. 557); inspirado en un propósito netamente sancionatorio, adquiere trascendencia en aquellos casos en que el responsable causó un daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños (ver Picasso Sebastián, "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", LA LEY, Buenos Aires 1999, T. I, p. 593).

Esta modalidad de multa civil tiende, al mismo tiempo, a desmantelar el "negocio de dañar", al impedir la elaboración de análisis actuariales previos a la causación del daño, que permitan proyectar la tasa de ganancia producto de la lesión o violación de la ley (cfr. Álvarez Larrondo Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino", JA, 2008-II, fasc. N° 9).

En cuanto a los requisitos de procedencia, mientras que desde una posición amplia basta cualquier obrar desaprensivo del ofensor, otro sector más restrictivo postula su aplicación exclusivamente en los casos de "culpa lucrativa", es decir, cuando el daño es causado como derivación del análisis de la relación costo-beneficio, que determina que al empresario le resulte más rentable seguir operando en las mismas condiciones y deducir de sus ganancias las indemnizaciones, antes que modificar la matriz de su comportamiento para evitar consecuencias lesivas (cfr. 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).

Pero más allá de este debate, existe consenso en cuanto a que solo habrá de proceder frente a la existencia de daños 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 otras palabras, los daños punitivos son excepcionales, pues solo proceden frente a un grave reproche en el accionar del responsable de la causación del daño (ver Nallar F., "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", LA LEY, 2009-D, 96; en el mismo sentido, 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° AR7JUR749971/2013; CNCom., Sala A, 09/11/2010, "Emagny SA c. Got SRL y otro"; ídem., 26/04/2011, "Fasan, Alejandro c. Volkswagen SA de ahorro para fines determinados").

Clarificado el carácter aleccionador y excepcional del daño punitivo y aun cuando se considere que "Laboratorio Andromaco SA" debió obrar con más premura en retirar el producto de mercado, considero que tal demora no alcanza para concluir que existió por parte de la empresa demandada una deliberada intención de introducir y dejar el producto defectuoso en el mercado para lucrar ilícitamente y maximizar su tasa de ganancia, con grave menosprecio por los derechos de los consumidores. Concluyo de este modo, pues se trató de un producto comercializado con previos controles y autorización de la ANMAT (ver referencia a ensayos de seguridad previos a la admisión realizada a fs. 218 vta.) y cuyo retiro del mercado se produjo voluntariamente por la empresa demandada y fue debidamente comunicado a los consumidores por distintos medios periodísticos (ver fs. 294/296).

En consecuencia, habré de proponer al Acuerdo se modifique la sentencia recurrida y se deje sin efecto la condena de daño punitivo impuesta en la anterior instancia. En función de ello, se torna abstracto tratar los restantes planteos.

IX. La Sra. Jueza de la anterior instancia dispuso que los intereses se devengaran desde el 13 de enero de 2014 y hasta el efectivo pago, aplicando la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina "siguiendo el criterio expuesto y los términos del plenario de la Excma. Cámara del fuero, del 20 de abril de 2009 *in re* "Samudio de Martínez Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA". Ello con excepción de las sumas reconocidas para resarcir el costo de los tratamientos psicológicos, en cuyo caso estableció que los intereses comenzaran a devengarse "a partir de que quede firme este pronunciamiento" (ver considerando VIII de la sentencia de grado).

El abogado de los actores aseveró que la aplicación de la tasa activa provoca un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada, ya que esta tasa ni siquiera alcanza para cubrir la inflación. En razón de ello, solicitó que se aplique otra tasa de interés que compense la desvalorización del dinero. (ver expresión de agravios de los actores - 5° agravio: tasa de interés aplicable).

De su lado, la apoderada del demandado manifestó que la tasa aplicada "no se condice con los hechos de la causa y la jurisprudencia y doctrina imperante en la materia, en donde si bien se busca el principio de reparación plena, también se procura que no haya un enriquecimiento ilícito para el actor como el que se configura con el fallo impugnado". Además, luego

de interpretar la nueva normativa de fondo (arts. 768 y siguientes del Cód. Civ. y Comercial) sostuvo que se trata de una obligación de valor y los importes fueron cuantificados a valores actuales "motivo por el cual no corresponde intereses a estos últimos rubros". Por ello, solicitó que "los intereses referidos al reintegro de gastos se calculen a un 8% anual, desde la fecha del hecho (...) y desde la entrada en vigor del nuevo código, según la tasa pasiva del Banco de la Nación, mientras que los restantes rubros (...) sean sin interés puesto que esas sumas han sido actualizadas al momento de la sentencia (...)" (ver Expresión de agravios del demandado - III.6. Sexto Agravio: tasa de interés aplicable (...)".

La circunstancia de que, en este caso, la obligación a cargo de los demandados consista en una deuda de valor, que el juez traduce en una suma de dinero al momento de dictar sentencia —como compensación por el perjuicio sufrido— no puede llevar a pensar que no hubiese resultado exigible con anterioridad y tampoco permite sostener que ese quantum así determinado contenga mecanismos de actualización o cualquier otro que configure una repotenciación o indexación de deuda, como ocurría en un contexto de hiperinflación donde si resultaba acertado hablar de un interés puro del 6 % u 8% sobre las sumas así "actualizadas" o "indexadas".

De hecho, no surge del pronunciamiento cuestionado que se haya aplicado alguna tabla que contenga índices de actualización monetaria por la inflación acaecida; lo que de por sí descarta que los valores determinados puedan calificarse de propiamente "actuales".

Es por esa razón que para estos casos debe aplicarse la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la mora y hasta el efectivo pago que hagan los deudores, 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).

En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un "enriquecimiento indebido". Si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general establecida en el referido plenario debe ser probada en forma clara por el deudor en el ámbito del proceso (cf. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), circunstancia que no se verifica en el presente.

Finalmente, en relación a los intereses devengados a partir de la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación y hasta el efectivo pago, al ser una consecuencia no agotada de la relación jurídica que diera origen a esta demanda, la tasa que resulte aplicable para liquidarlos por imperio del art. 768 del citado ordenamiento, nunca podrá ser inferior a la activa antes referida, pues ante la falta de pago en tiempo de la indemnización y dadas las actuales circunstancias económicas iría en desmedro del principio de la reparación plena del daño que se ha causado 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) (ver en sentido concordante esta Sala, *in re,* "Martino, Guillermo y otro c. Herman, Christian A. y otros s/ daños y perjuicios" del 15/09/2016— voto del Dr. Mizrahi—; mi voto, *in re,* "Dattilo, Rubén O. c. Rodríguez Fosthoff, Eleonora M. s/ daños y perjuicios" del 22/08/2016; *in re,* "López Castán, Sebastián D. c. Transporte Automotor Plaza SACI s/ daños y perjuicios" del 19/08/2016 voto del Dr. Mizrahi; *in re,* López Constanza Gabriela c. Metrovías SA y otros s/ daños y perjuicios" del 05/08/2016, voto del Dr. Ramos Feijoó: *in re,* "Luna, Carlos Á. c. Grasso, Gonzalo D. y otros s/ daños y perjuicios" del 03/08/2016, voto del Dr. Ramos Feijoó, entre otros). En cuanto a la pretensión de los actores no encuentro razonable la aplicación de una doble tasa ante la posibilidad de acumular intereses (cfr. art. 770 inciso "c" del Cód. Civ. y Comercial). En definitiva, propongo al Acuerdo confirmar lo decidido en la instancia de grado.

X. La apoderada del "Laboratorio Andromaco SAIC" cuestionó la imposición de las costas dispuesta por la Sra. Jueza. Expresó que en materia de daños y perjuicios, indudablemente la condena en costas tiene un carácter resarcitorio; sin embargo, ello no puede ser motivo para excluir sin más la aplicación del art. 71 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, referido al vencimiento reciproco. En consecuencia, siguió explicando, "no necesariamente deben imponerse siempre las costas en su totalidad al demandado vencido, sino que es menester analizar también, en caso de existir vencimiento parcial, los rubros reclamados en la demanda, su monto y las demás circunstancias, en cuyo caso puede el juzgador prorratearlas en la forma prescripta por el citado art. 71" (ver expresión de agravios del demandado - III.7. séptimo agravio - III. 7.1. Costas).

El agravio no puede prosperar.

El Código Procesal ha adoptado en su art. 68 la doctrina del hecho objetivo de la derrota como regla; "la justificación de esta institución está en que la actuación de la ley no debe representar una disminución

patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar", naciendo su imposición del deber de condenar al derrotado (cfr. Chiovenda citado por Fenochietto-Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 1, p. 280 y ss.).

Ese principio general de las costas al derrotado, no se altera por el hecho de que la demanda de daños, como aquí sucede, prospere parcialmente pues importaría retacear la indemnización debida y, en definitiva, los honorarios se regulan sobre las sumas resultantes de la sentencia (cfr. CNCiv., Sala M, "Álvarez, Cristian M. c. Cordero, Amalia F.", del 03/02/1997, LA LEY, 1997-D, 872, criterio compartido por la Sala en mi voto, *in re* "Archimede, Alberto P. y otro c. Las Bretonas SA y otro s/ cumplimiento de contrato", Exp. N° 94.542/2013 del 16/03/2021 y sus citas; ídem. Sala H, "Argañaraz, Rosa I. c. González, Julio A." del 21/08/1998, LA LEY, 1999-E, 743).

En función de lo delineado precedentemente, considero correcta la imposición de costas dispuesta en la instancia de grado y he de proponer al Acuerdo la confirmación.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1) modificar la sentencia apelada dejándose sin efecto las indemnizaciones fijadas en el considerando VII, apartado I, "a" bajo el título "a) incapacidad sobreviniente (daño físico, psíquico y estético)/Pérdida de chance" sin perjuicio de valorar las lesiones físicas y psíquicas transitorias sufridas por ambos niños al tratarse el daño moral; 2) modificar la sentencia recurrida y dejar sin efecto la condena de daño punitivo impuesta en la anterior instancia. En función de ello, se torna abstracto tratar los restantes agravios y la inconstitucionalidad. 3) incrementar las sumas reconocidas para cubrir el costo de tratamiento psicoterapéutico respecto de M. D. hasta $52.000 —pesos cincuenta y dos mil— y en lo que respecta a J. B. D. hasta $78.000 —pesos setenta y ocho mil—; 4) incrementar las indemnizaciones por daño moral respecto de M. D. hasta $80.000 —pesos ochenta mil— y en lo que respecta a J. B. D. hasta $120.000 —pesos ciento veinte mil—; 5) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue materia de recurso y 4) imponer las costas de Alzada a la demandada de igual modo que en la anterior instancia y por iguales razones. Así lo voto.

El doctor *Ramos 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: 1) modificar la sentencia apelada dejándose sin efecto las indemnizaciones fijadas en el considerando VII, apartado I, "a" bajo el título "a) incapacidad sobreviniente (daño físico, psíquico y estético)/Pérdida de chance" sin perjuicio de valorar las lesiones físicas y psíquicas transitorias sufridas por ambos niños al tratarse el daño moral; 2) modificar la sentencia recurrida y dejar sin efecto la condena de daño punitivo impuesta en la anterior instancia. En función de ello, se torna abstracto tratar los restantes agravios y la inconstitucionalidad. 3) incrementar las sumas reconocidas para cubrir el costo de tratamiento psicoterapéutico respecto de M. D. hasta $52.000 —pesos cincuenta y dos mil— y en lo que respecta a J. B. D. hasta $78.000 —pesos setenta y ocho mil—; 4) incrementar las indemnizaciones por daño moral respecto de M. D. hasta $80.000 - pesos ochenta mil— y en lo que respecta a J. B. D. hasta $120.000 —pesos ciento veinte mil—; 5) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue materia de recurso y 6) imponer las costas de Alzada a la demandada de igual modo que en la anterior instancia y por iguales razones. Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. CSJN Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase. — *Roberto Parrilli. — Claudio Ramos Feijóo.*

RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD

Caída en la vereda. Mal estado de conservación. Falta de señalización.

1. — Tratándose de un lugar destinado al paso de transeúntes, pesa sobre el ente estatal la obligación de cuidar el buen estado de las aceras, puentes, etc., en resguardo de la seguridad personal de los vecinos y transeúntes en general. En tales condiciones, ante la existencia de deficiencias debió efectuar la Municipalidad accionada las diligencias necesarias para señalizar la obra y advertir a los transeúntes sobre el peligro que implica para la circulación, sin menoscabar la salud e integridad psicofísica de la población en general. Es obligación comunal realizar el mantenimiento de la vía pública en condiciones adecuadas a fin de que las personas puedan transitar por ellas sin peligro, tomando las precauciones suficientes para evitar que las roturas derivaran en daño a los peatones.

2. — En modo alguno se ha acreditado que el accidente hubiera obedecido a la negligencia de la propia víctima, toda vez que la circulación con bolsas no se ha acreditado, tampoco que la actora se condujera descuidadamente en

ocasión de producirse el accidente de marras. Ningún elemento probatorio que permita arribar a tal conclusión ha sido producido en autos, prueba que pesaba sobre la demandada que pretendía liberarse de su responsabilidad objetiva frente a la víctima. De todos modos, la circulación con bolsas no implica, per se, que la misma resulte negligente; corresponde al normal devenir de las cosas, sobre todo en zona céntrica como aquella en la que ocurre el evento.

C1aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 03/06/2021. – Arroyo, Luis Alberto c. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/64065/2021]

COSTAS

Se imponen a la apelante vencida.

CUIJ Nº 13-04827980-9(56013)

Mendoza, 3 de junio de 2021.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C.C.yT., se plantearon las siguientes cuestiones a resolver.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª Costas.

1ª cuestión. — La doctora *Isuani* dijo:

I.- En la primera instancia se hizo lugar a la demanda de fs. 10/15 y, en consecuencia, se condenó a la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza a abonarle al actor Luis Alberto Arroyo, la suma de Pesos doscientos mil ($ 200.000), con más los intereses expuestos en los considerandos, se impuso costas y reguló honorarios.

En su sentencia la jueza de grado consideró probado el hecho fundante de la acción, pese a la negativa de la demandada, con los dos testimonios obrantes en autos, que no fueron tachados y resultan creíbles y concordantes.

Valoró que ambos testigos describen que existía un pedazo de vereda sin baldosas, con tierra y piedras; específicamente el testigo B. afirma que el actor venía delante de él y se cae, que no había señalización del arreglo en la vereda. Alude a que, respecto al horario, los testigos refieren que ocurrió después del mediodía, y a fs. 45 de la Historia Clínica de la Clínica de Cuyo se observa el ingreso a la guardia a las 13:18 hs del 5-11-2018.

Consideró que surge de lo expuesto que el Sr. Arroyo transitaba, y tropieza debido al faltante de baldosas que no se encontraba señalizado, en violación al art. 3 de la ley 8968. Destaca que el lugar en el que se produce el hecho tiene muchísima circulación de peatones, por encontrarse frente al Correo Argentino, que tiene una gran afluencia de público.

Sostuvo que la comuna debe responder por los daños provocados por las cosas que se encuentran bajo su custodia (veredas), en cuanto omitió las medidas necesarias para que el daño no se verifique pues, en definitiva, lo que causa el daño no es la cosa sino el comportamiento humano negativo, traducido en la falta u omisión de cuidado. Citó las previsiones de los arts. 6, 7 y 8 de la Ley 8968, Ley Orgánica de Municipalidades arts. 11 y 80, y los arts. 1757 y 1765 del CCCN.

Tuvo en cuenta que ambos testigos refieren la existencia de un cuadrado de aproximadamente 2x2 metros que se encontraba sin baldosas, en el cual había tierra y piedras. Aludió a que, si bien la demandada expone que la actora es imprecisa, respecto a si había un pozo o un montículo, quedó acreditado el faltante de baldosas y la existencia del suelo terroso con desniveles.

Conforme lo expuesto tuvo por acreditado que el actor cae debido al estado defectuoso de la vereda (sin baldosa y con tierra), el cual no se encontraba señalizado, no cumpliendo la comuna con su deber de mantener la vereda en buen estado de conservación. Consideró así cumplidos los presupuestos de la responsabilidad de la accionada.

Sentado lo anterior, ingresó en el análisis de los rubros reclamados.

En relación a los daños físicos, gastos médicos y daño moral, tuvo en cuenta el monto reclamado por el actor, las pruebas acompañadas en autos, las pericias médica y psicológica, considerándolos probados.

En la tarea de cuantificar y con fundamento en el principio de la reparación plena, sostuvo que el rubro incapacidad sobreviniente debe establecerse mediante la utilización de criterios matemáticos. Aludió a las condiciones personales y particulares del reclamante, considerando que tenía 62 años de edad al momento del accidente, una incapacidad parcial y permanente informada por el perito del 13% y, a pesar de que en la pericia médica se detalla que es ingeniero, el mismo no ha aportado prueba alguna que acredite sus ingresos. Fijó la cuantía resarcitoria en la suma de $ 150.000 a la fecha de la sentencia, con más

los intereses desde la fecha del hecho hasta la fecha de la presente sentencia, esto es el 5% anual de la ley 4087 hasta el 1 de enero de 2018 y luego, ante el vacío legal (derogación ley 4087 por la ley 9041), el 5 % anual hasta la fecha del fallo y, desde ahí y hasta su efectivo pago, el interés previsto en la ley 9041.

Consideró probado que el actor resultó lesionado, que por el tipo de lesión fue atendido durante más de 5 meses, realizando consultas médicas, estudios, tomando medicamentos y realizando fisioterapia. Por lo dicho, admitió el rubro gastos médicos, no constituyendo óbice que su asistencia haya sido prestada y cubierta en parte por su obra social (DAMSU).

Tuvo por acreditado que la actora afrontó gastos de coseguros, porcentaje en el pago de remedios etc.. Aludió a que, sin embargo, acorde a las constancias de cobertura de DAMSU acompañada por el propio actor, los pagos afrontados por el Sr. Arroyo en su carácter de afiliado no superan los $15.000, conforme la documentación adjunta con el escrito de demanda. Tuvo presente que pueden existir otros gastos de los cuales no conste documentación, así como los gastos de traslado teniendo en cuenta que al menos realizó 40 sesiones de fisioterapia.

Entonces, con sustento en las constancias de la causa, más teniendo en consideración la presunción que juega a favor de la actora (art. 1746 C.C.C.), juzgó que el rubro de gastos terapéuticos, entre los que se incluyen asistenciales, farmacéuticos, consultas médicas, fisioterapia curaciones y traslados, debe prosperar por la suma de $ 20.000, con más los intereses de la ley 9041 desde la fecha del evento dañoso y hasta su efectivo pago.

En cuanto a la determinación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral, considerando las circunstancias concretas del caso, tanto de naturaleza objetiva como las personales subjetivas de la víctima, su edad, las lesiones acreditadas, el grado de instrucción, ocupación y demás constancias probadas, fijó el monto indemnizatorio en la suma de $ 30.000 a la fecha del fallo, con más los intereses de la Ley 9041 hasta su efectivo pago. Condenó, además, al pago de intereses desde la fecha del hecho y hasta el dictado de la sentencia, en una tasa pura del 5 % anual.

II.- A fs. 176/190 expresa agravios la apelante demandada.

Se agravia en primer lugar, de la omisión por parte de la jueza a quo de analizar el planteo defensivo de la demandada, por lo que alude a la violación del derecho de defensa, a la inexistencia del hecho base de la pretensión resarcitoria invocado por el actor y a la insuficiencia probatoria.

Entiende que la a quo deliberada y arbitrariamente ha omitido analizar el planteo defensivo de la demandada, tratando ligeramente como simple imprecisión lo que es a todas luces una flagrante contradicción en los dichos del actor en su demanda, violatoria del derecho de defensa en juicio que, de haber sido analizada, como es exigencia establecida por nuestro código de rito, habría determinado el rechazo in limine de la demanda incoada por la actora.

Agrega que este hecho no es supuesto o inferido por su parte sino que surge expresamente de los propios dichos del accionante que al observar la pericia del Ingeniero Frugoni afirmó textual y expresamente a fs. 89 y ss. " ... dichas fotografías ponen en evidencia el pozo (no se habla de montículo en la demanda)", cuando en el acápite V) HECHOS de su escrito de demanda afirma expresamente que el actor " ... tropezó con un montículo de tierra existente en un espacio de aproximadamente cuatro metros cuadrados ... ". Sostiene que el actor, más que incurrir en un error ha faltado a la verdad conculcando el derecho de defensa de su mandante, lo cual pese a no haber pasado inadvertido para la a quo que refiere que la demandada expuso tal situación, ha sido deliberadamente soslayado en el análisis del material probatorio en el que funda la responsabilidad de su mandante. Alude a los requisitos que la demanda debe contener, específicamente el inc. 4 del art. 156 que establece que tal pieza procesal debe contener los hechos en que se funde, explicados con claridad y precisión.

Así, entiende que esta burda contradicción en los dichos del actor resulta una trampa para su mandante que se vio a la hora de la sentencia, frente a la existencia de un hecho provocador del daño que no le fue invocado y sobre el cual no pudo contestar ni ofrecer pruebas en abono de su postura, debiendo recordarse, además que por imperio del art. 168 inc. 1 del CPC, el accionado debe reconocer o negar categóricamente los hechos expuestos en la demanda pudiendo estimarse su silencio o sus respuestas ambiguas o evasivas como reconocimiento de la verdad de los hechos y frente a tales negativas ofrecer los medios de prueba que estime pertinentes.

Concluye que deberá tenerse en cuenta que no es dable en autos, de manera alguna, dispensar al actor de esta flagrante contradicción que hace catalogar al hecho invocado en su escrito de demanda como confuso o indeterminado, conculcando irremisiblemente el derecho de defensa de su parte, máxime cuando tampoco el mismo ha podido quedar aclarado en los presentes obrados a la luz del material probatorio rendido.

Estima por imperativo procesal, correspondía al actor haberse informado correctamente del hecho desde el cual debía partir en su reclamo judicial.

Considera que en autos no hay prueba indubitable que permita determinar fehacientemente que los hechos relatados "contradictoriamente" por la parte actora en su demanda hayan ocurrido, esto es: se controvierte la existencia del accidente mismo debido a la inconsistencia probatoria (instrumental y testimonial) acompañada a los efectos de acreditar la existencia misma del hecho.

Entiende que no se encuentra acreditada la mecánica del supuesto accidente puesto que no existe elemento probatorio alguno que permita acreditar el presupuesto legal, por lo que tampoco existe responsabilidad de la accionada.

Manifiesta de esta manera que se agravia por cuanto por cuanto la considera una mera imprecisión y tiene por acreditado, infundadamente, el faltante de baldosas y la existencia del suelo terroso con desniveles y que el actor se cae debido a este estado defectuoso de la vereda (sin baldosa y con tierra), sin prueba indubitable que permita tener por acreditados fehacientemente estos hechos. En efecto la a quo ha valorado para llegar a esta conclusión 1) el material fotográfico acompañado por el actor, fotografías que fueron impugnadas por su parte al contestar demanda por cuanto las mismas son copias simples no certificadas por notario público de las que no se tiene certeza alguna que pertenezcan al lugar y fundamentalmente al momento del teórico accidente; 2) el informe del perito Ingeniero Frugoni (rotulada por el mismo como pericia parcial) que clara y expresamente establece que la actora no aporta la documentación solicitada por el mismo, esto es el expediente municipal, razón por la cual se ve materialmente impedido de llevar a cabo la pericia con la tecnicidad propia de las mismas, expresando que no puede dar una respuesta técnica fehaciente. Agrega que el perito solo emplea para realizar su informe las imágenes web que proporciona el programa Google Maps, de las que, no obstante expresamente dice " ... se puede inferir que en diciembre de 2.018 (a un mes del supuesto accidente) no había ningún pozo o hueco en la vereda, y que solo había un montículo de tierra. Junto al poste de iluminación de color naranja próximo a la esquina de calle Infanta Mercedes de San Martín (lejos de las escalinatas). Dice además que de las fotografías actuales, y en especial de la última (debiendo prestarse especial atención a la fecha de la misma 04/03/2020) "... se ven "parches" de baldosas, lo que implicaría que efectivamente se habrían realizado trabajos ... posiblemente dichos trabajos tengan relación con la instalación de cañerías para el tendido de fibra óptica ....".

Alega que, como el mismo experto aclara, al no haber la actora aportado la documentación solicitada, "no se puede dar una respuesta técnica fehaciente".

Le sorprende que la *a quo*, a pesar de afirmar expresamente al valorar este informe pericial, "que en diciembre de 2.018, un mes después del accidente no se observa el faltante de baldosas", según afirma el experto, y en un intento caprichoso y arbitrario por tener por probados los imprecisos dichos del actor, haya considerado suficiente para tener por ciertos y acreditados los mismos, las simples presunciones o creencias de un perito que se ha visto ante la imposibilidad material de realizar el informe técnico esperable, imposibilidad en que el mismo accionante lo colocó al no aportar la documentación que le solicitara. Agrega que la jueza infiere que se habrían realizado trabajos por parches de baldosas de los que no puede saberse a ciencia cierta cuándo se habrían realizado de darse por cierta esta suposición, máxime teniendo en cuenta que los mismos se observan en un material fotográfico muy posterior a la teórica fecha del evento dañoso de que da cuenta el actor y que de manera alguna permiten tener por acreditado con la certeza técnica-científica requerida y esperable de un informe pericial, que tengan relación con el hecho relatado por el actor. Afirma en conclusión que, lo cierto, es que a partir de ese informe no puede tenerse por probada fehacientemente la existencia del pozo o montículo, al que contradictoriamente hace referencia el actor como causante de su supuesta caída.

Se queja por cuanto la a quo ha tenido por probados los dichos del actor basándose en simples presunciones o creencias del perito ingeniero, desatendiendo la naturaleza técnica científica propia de la prueba pericial.

Asevera que las declaraciones testimoniales producidas en la audiencia de juicio, no tienen la entidad suficiente y necesaria para tener por acreditado "el hecho", como afirma la a quo, esto es no permiten demostrar la mecánica del accidente o que el hecho haya acontecido como lo refirió el actor en la demanda. Indica que, uno de los testigos (M. R.) no fue presencial y dijo que "... entre las 13 y 13:30 hs. estaba saliendo del correo, bajando las escaleras y vi un montón de personas agrupadas y se había caído un señor ..." de hecho al ser preguntado si vio cuando el actor se cayó dijo que NO, que llegó cuando ya estaba la gente agrupada. Agrega que, por su parte el testigo B., dijo que " ... venía caminando pasado el mediodía y veo que este tipo se cae, venía con unas bolsas, ... se la dio fuerte ... no sé cómo tropezó ... venía detrás de él y se cae .. tenía un montón de bolsas en las manos ....".

Sostiene que, si bien pueden estas declaraciones testimoniales dar cuenta de la existencia de piedras,

mugre, tierra o del faltante de algunas baldosas, lo cierto es que no pueden determinar fehacientemente la mecánica del accidente, o cuál fue la causa de la supuesta caída del actor. Refiere que un testigo afirmó no haberlo visto y el otro no pudo asegurar la causa de la caída, expresamente dijo no saber cómo tropezó, pero si recalcar varias veces que venía cargado con un montón de bolsas. De manera que no puede tenerse por acreditada cuál fue la causa del supuesto tropiezo, qué le hizo perder el equilibrio, si fue el ir cargado de bolsas, haber pisado tierra o simplemente por caminar el actor "distraído, ocupado, conversando", como el mismo aduce en su demanda.

Alega que el actor debe probar el hecho, el daño y la relación causal entre uno y otro, y que el funcionamiento de presunciones de responsabilidad no releva al damnificado de la carga de acreditar las circunstancias en que se produjo el hecho, concretamente, el nexo causal entre el mismo y su atribución al demandado.

Dice que, de lo expuesto, se desprende la orfandad probatoria de la demanda, la cual no permite demostrar indubitablemente cuál fue la mecánica del hecho relatado. Tanto la existencia del hecho como la relación de causalidad entre el mentado accidente y los presuntos daños no se encuentran acreditados lo que justifica el rechazo de la acción incoada en autos, con costas.

Sostiene que la a quo se aparta de lo dispuesto por el Art. 199 de Ley 9001 e incurre en una valoración arbitraria y selectiva de la prueba, que lo lleva condenar a su mandante sin que existan elementos en el proceso que avalen desde un punto de vista técnico legal dicha solución.

Por lo expuesto anteriormente, y en especial por la inexistencia de pruebas que acrediten el hecho constitutivo del reclamo, advierte que la sentencia impugnada se encuentra viciada de nulidad careciendo la misma de los elementos mínimos para tenerla como acto jurisdiccional válido, solicitando se revoque la misma y se rechace la demanda incoada en contra de su mandante, todo con costas.

Se agravia en segundo lugar de la inexistencia de presupuestos de responsabilidad.

Entiende que, para el caso de que V.E. no considere los argumentos expuestos hasta aquí, como definitorios de la cuestión (inexistencia del hecho), en forma eventual y agotando el derecho defensivo, no existe ningún tipo de conducta ilícita en la Municipalidad que configure algunos de los supuestos de culpabilidad ni que pueda, aun lejanamente hacer que esté ante un caso de responsabilidad sin culpa o culpa objetiva del Municipio, puesto que ni siquiera se ha acreditado el hecho, por ende menos aún que el supuesto vicio de la cosa haya sido la causa del daño.

Dice que no ha existido intervención activa de una cosa a cargo de la Municipalidad, ni la vereda en cuestión reviste el carácter de riesgoso o vicioso por sí mismo.

Manifiesta que en autos el actor no ha podido acreditar ni la existencia del hecho ni del daño, no se ha demostrado que ha existido intervención activa de una cosa a cargo de la Municipalidad, es decir no se encuentran acreditados los daños producidos al actor, ni que los mismos se deban a riesgo o vicio de cosa alguna, presupuesto esencial de la responsabilidad civil, por lo que en consecuencia no existe relación de causalidad entre el daño y el riesgo de la cosa por lo que la sentencia del a quo debe ser revocada in totun con costas, respecto de su mandante.

En conclusión, expresa que en autos el actor no ha podido acreditar ni la existencia del hecho ni del daño, ni del nexo causal, presupuesto esencial de la responsabilidad civil. Es así que, a su criterio, la demanda debe ser rechazada in totum, con costas.

Alega que no surge en modo alguno de las pruebas rendidas en autos que en el caso se hubiese cursado reclamo alguno ante la comuna a los fines de que esta arbitrase los medios necesarios para colocar correctamente la tapa de bomberos que faltaba en la vereda del colegio Químicos Argentinos o efectuase los emplazamientos correspondientes a los fines de que la misma fuese colocada por el frentista quien resulta ser en última instancia el responsable de su mantenimiento y conservación.

Considera que, en el caso de autos, resulta esencial concentrarse en el análisis del "grado de previsibilidad del daño", como recaudo exigido por la ley en análisis para la configuración de la "falta de servicio" como factor de atribución de la responsabilidad de su mandante.

Aduce que en esa línea de pensamiento se correría el peligro de extender sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios, pudiendo esto generar una suerte de responsabilidad absoluta e irrestricta del mismo, transformando al Estado en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad, lo cual es a todas luces inadmisible.

Entiende que justamente esto lo que V.E. debe ponderar en el caso de autos, teniendo en cuenta quién se encontraba, atento a los reales hechos acreditados a la luz del material probatorio rendido en los presen-

tes, en mejor condición de evitar la producción del evento dañoso.

En el orden de ideas vertidas, considera que resulta manifiesto que ante la eventualidad que US. considere que el hecho ha tenido lugar, el mismo no tiene otro origen que la misma culpa del damnificado o hecho del damnificado, por la cual su mandante no debe responder, por entender que el actor efectivamente se encontraba en el caso, en mejores condiciones de evitar el hecho dañoso.

Señala que no basta que la parte perjudicada alegue que los daños sufridos por ella se debieron a la intervención de una cosa riesgosa o viciosa, sino que debe probar en forma cierta que la cosa intervino en la producción del perjuicio, resultando insuficiente la mera invocación de la existencia de una situación de riesgo provocada por una cosa, para que su dueño o guardián deba responder.

Indica que de la misma manera debe acreditarse la relación causal, es decir que el supuesto daño provenga del riesgo o vicio de la cosa, ya que la relación de causalidad jurídica presupone la relación causal material. Es decir que de los reales hechos expuestos. surge que en este caso concreto se activa la causal de eximición culpa del damnificado/hecho del damnificado que, por su propia falta de cuidado, por su propia distracción ha producido el supuesto accidente, lo cual se encuentra acreditado por sus propios dichos " ... muchas veces los peatones van distraídos, ocupados. conversando ... " y del testigo B. " ... venía cargado de bolsas ... " lo que deja de manifiesto el accionar descuidado y negligente del actor y sin dudas su mejor condición para evitar el evento dañoso.

Señala por otra parte, en base a la mecánica del supuesto accidente denunciado no puede saber cuál es la supuesta cosa riesgosa, por la cual se demanda al Municipio. Es decir, no ha existido en autos intervención activa de una cosa a cargo de la Municipalidad, ni las cosas involucradas (vereda) revisten el carácter de riesgosas o viciosas por sí mismas.

Concluye que la actora no ha podido acreditar en autos ni la existencia del hecho ni del daño (presupuesto esencial de la responsabilidad civil), ni la relación de causalidad entre el daño y el hecho, ni entre el daño y la conducta omisiva de su mandante que permitiera hacer surgir en su cabeza responsabilidad civil. Es así que, a su criterio, la demanda debe ser rechazada in totum, con costas.

En subsidio y para el hipotético caso de que no se considere los argumentos defensivos como definitorios de la cuestión, solicita se limite la responsabilidad de su mandante en proporción a la concurrencia que se estime haya tenido en la causación del evento dañoso (art. 3, 4 y ce. Ley 8.968 y concordantes del C.C.C.N.).

Se agravia en tercer lugar, sobre el objeto de apartamiento del objeto de litis.

Manifiesta que en lo que respecta a los rubros reclamados se agravia en lo relativo a "Daños Físicos", por cuanto considera que no se encuentran acreditados en autos los daños que el actor invoca haber sufrido. En efecto la a quo los ha tenido por probados en base a los dichos del actor, certificados de atenciones y estudios médicos y toda la historia clínica, certificados que fueron impugnados oportunamente por ser esta documentación de procedencia dudosa y la pericia médica del Dr. Carlos Guillermo Gutiérrez (impugnada oportunamente) de los que a su entender no surgen acreditados los daños por los que el actor pretende ser indemnizado por su mandante.

Dice que el actor en su demanda indicó que debido al supuesto accidente sufrió lesiones y politraumatismos aunque no determinó en ningún momento el exagerado grado de incapacidad pretendido. Agrega que pretendió respaldar sus dichos con documentación que fue oportunamente impugnada por su parte. Ratifica la observación realizada en la etapa procesal oportuna en relación a la pericia médica del Dr. Gutiérrez. Alude, por otra parte, a que el actor era quien debía acreditar la autenticidad de los documentos e informes médicos acompañados, mediante el reconocimiento por parte de los terceros a quien se los atribuía, lo que no ocurrió, por lo que no puede tenérselos por válidos.

En conclusión, estima que este rubro daño físico - incapacidad debe ser rechazado in totum, por cuanto, el mismo no ha quedado acreditado en autos.

Señala que lo mismo cabe respecto de los "Gastos médicos", que mayormente fueron cubiertos por la obra social del actor (DAMSU) y que no pueden presumirse en base a un hecho y daños no probados en autos. Por lo que solicita el rechazo de dicho rubro, con costas.

Finalmente, y en lo relativo al rubro "Daño Moral", se agravia por cuanto la a quo tiene por probada la lesión sufrida por el actor. Sostiene que el importe solicitado y otorgado por la a quo por este rubro, constituye un despropósito y el importe aparece como caprichoso, arbitrario y excesivo.

En primer lugar, niega que el actor haya sufrido daño moral alguno, en relación al siniestro que dice haber padecido, el cual puede advertirse es solo una discrecional suposición de la a quo, puesto que la par-

te actora no ha probad o, ni ofrecido probar las afecciones que acusa haber sufrido producto del supuesto hecho. Considera sorpresiva la decisión de la a quo que, a pesar de lo informado por la pericia psicológica por ella valorada, supone arbitrariamente trastornos del actor que el mismo no ha probado ni ofrecido probar basada en los solos dichos del actor que estima suficiente para hacer lugar a este rubro. Manifiesta que la pericia del Licenciado Fermani es concluyente al decir que ". .. no se ha producido ningún desequilibrio emocional que amerite apoyo psicológico alguno ni requerimiento psicofarmacológico ... ", como tampoco se ha visto afectada su capacidad laboral o de adaptación social.

Por lo expuesto solicita que este rubro sea rechazado, con costas.

Afirma que el Tribunal de primera instancia ha violado lo que la Doctrina y la Jurisprudencia llaman "Principio de Congruencia". De acuerdo a este principio (contenido en Art. 90 de Ley 9001), debe existir correspondencia entre el contenido de la sentencia y las cuestiones oportunamente planteadas por las partes. Esto no ha sucedido en la sentencia recurrida, ya que la misma se expide sobre cuestiones no planteadas por las partes, excediendo el objeto de la litis. El vicio queda de manifiesto ya que la a quo concede los rubros ut supra mencionados, sin el debido apoyo en las probanzas de autos arbitrariamente valoradas y con fundamento en su sola y discrecional voluntad.

III.- A fs. 193/196 contesta el traslado la parte actora, solicitando el rechazo del recurso de apelación impetrado por la demandada, por los fundamentos que expone, a los cuales remito en honor a la brevedad.

IV.- Tratamiento del recurso de apelación

IV.a.- La violación del principio de congruencia y la nulidad del fallo

Aludiré, en primer término, a la cuestión del título, ya que de encontrarse razón a la recurrente en cuanto alega que la sentencia es incongruente o carente de todo fundamento, debería ser declarada su nulidad, cuestión que debe analizarse en primer término según lo dispone el art. 141, II, del C.P.C.C. y T..

Alega la apelante, para fundar tal aserto, que la juzgadora de grado ha decidido sobre cuestiones no pedidas por las partes, excediendo el objeto del litigio. Indica que el vicio radica en tener por probado el hecho base de la acción y conceder los rubros indemnizatorios reclamados por el actor, sin respaldo probatorio y por su sola voluntad.

Como se advierte, el mero enunciado no permite analizar un supuesto de nulidad, sino de una eventual admisión de la demanda por daños y perjuicios, sin sustento probatorio. En definitiva, lo que cuestiona la apelante el rótulo de incongruente no se compadece con el contenido de su queja, toda vez que la misma trasunta una crítica a la valoración de la prueba rendida por parte de la magistrada, que la lleva a admitir la demanda. Otra cosa distinta en la congruencia del fallo, que implica la necesaria correlación entre lo pedido y lo resuelto, de tal modo que será extra petita cuando se admite más de lo pedido, infra petita cuando lo es en menos y citra petita, cuando se otorga algo distinto de lo pretendido. Ninguna de estas situaciones se encuentran presentes en la causa.

La apelante controvierte a lo largo de su libelo que la prueba rendida permita tener por probados los extremos que la tornan responsable, como también procedentes los rubros indemnizatorios, pero no contiene su presentación argumentaciones que permitan sostener que el fallo es nulo por incongruencia.

Aunque alude en varios párrafos de su escrito apelatorio a la violación de su derecho de defensa, lo es en relación a la prueba del hecho fundante de la acción y a la descripción del mismo que efectúa el actor al demandar. Volveré sobre este último aspecto de la cuestión al tratar la prueba del hecho y la responsabilidad de la recurrida.

El mentado principio de congruencia constituye una de las consecuencias del principio dispositivo que rige el proceso civil. Las partes son las que fijan límites decisorios en los escritos iniciales, tanto en los pedimentos del actor como en el planteo defensivo de los demandados. A este límite debe ceñirse el pronunciamiento judicial. La cuestión aparece, además, contenida en la ley de rito en el art. 90 inc 4 del C.P.C.C.y T., en cuanto dispone que la sentencia debe contener la decisión expresa y precisa, admitiendo o denegando total o parcialmente, las acciones y defensas deducidas en el proceso o motivo de recurso.

El fallo de grado tolera el tamiz de la congruencia ya que decide sobre los hechos, pretensivos y defensivos introducidos por ambos litigantes, más allá de lo que se decida sobre su acierto o error al analizarse en esta sede, las restantes cuestiones propuestas por la apelante.

En consecuencia, no advirtiéndose causales de nulidad por incongruencia en el fallo en crisis, ingresaré en el análisis de los agravios vertidos por el apelante.

IV.b.- La ocurrencia del hecho fundante de la acción y la responsabilidad de la accionada

A los fines de dirimir la procedencia de la queja, destaco que la demanda de autos tiene como fundamento el accidente que habría sufrido el actor el día 5 de noviembre de 2.018, a la hora 13.10, cuando caminaba por Avda. San Martín hacia el Sur, a la altura del correo, entre Avda. Colón y calle Infanta Mercedes de San Martín, de Ciudad, por la vereda Oeste.

La demandada negó la ocurrencia del accidente al contestar la acción incoada en su contra y, en esta sede, alude a que la sentenciadora no respectó el principio de congruencia al analizar la plataforma fáctica, y resolver sin prueba.

Ya adelanté que, en mi opinión, el fallo no puede tacharse de incongruente, ya que resuelve adecuadamente sobre los hechos relatados por el actor, su prueba y sus consecuencias jurídicas.

Al demandar, el actor afirma que el evento se produjo en las circunstancias apuntadas precedentemente, poco antes de llegar a la escalinata del acceso Este del Edificio del Correo Central, cuando "tropezó en un montículo de tierra existente, de aproximadamente cuatro metros cuadrados, carente de baldosas, dispuesto para eventuales arreglos, y que se encontraba sin señalización alguna".

Surge con claridad, del párrafo que transcribo, que el actor relató una doble situación de anomalía del terreno en el que, dice, se produjo su caída: 1) la existencia de un montículo de tierra y, 2) la carencia de baldosas.

Si bien es cierto que la magistrada de grado inicia sus consideraciones sentenciales refiriéndose únicamente a "la inexistencia de baldosas sin señalizar", omitiendo toda consideración al montículo mencionado en la demanda, al proseguir en el desarrollo argumentativo, alude a ambas situaciones fácticas, en concreto. Así, acude a la declaración del testigo B. que expresa que el actor venía con bolsas pero también, en lo relevante a este altura del litigio, a que "...la vereda estaba rota... No había señalización, estaba rota la vereda, faltaban baldosas y había un poco de escombros, y no había cinta de peligro, y el tipo de cayó donde no habían baldosas...". Indica el declarante que circulaba, en la ocasión, detrás del actor de autos.

Luego alude la sentenciadora al restante testimonio rendido por el Sr. R., que también afirma que gran parte de la vereda se encontraba rota, abarcando una superficie de tres metros de largo por un metro y medio de ancho, no estaban las baldosas y estaba todo lleno de tierra, no recordando que no se acuerda si había señalización.

Las afirmaciones de dichos declarantes, no tachados por las partes, permiten tener por probado que en el lugar no existían baldosas y, también, que allí había tierra y escombros. Interpreto que, utilizando otros términos (tierra, escombros) refieren ambos testigos, a los dos hechos relatados por el actor al demandar.

La valoración de la pericia de ingeniero, criticada por la recurrente en esta sede es, sin embargo, correcta. Así, merita la juzgadora que el perito, un mes después del evento, relata que no se observa el faltante de baldosas en el sitio, pero "se ven parches de baldosas lo que implicaría efectivamente trabajos realizados y reemplazo de baldosas". El informe es coherente con el resto de la prueba rendida, incluso con las fotografías acompañadas que, aunque desconocidas por la recurrente, conforman el grupo de indicios coherentes y concordantes, que permiten tener por probado el hecho causa de la pretensión.

La falta de presentación del expediente municipal, más allá de no constituir prueba decisoria ya que lo dirimente es la acreditación del verdadero estado de la vereda, no puede interpretarse en exclusivo perjuicio del actor. Más allá de que el mismo ofreció el dictamen pericial con tal basamento, ante la carencia del instrumento el perito igualmente presentó un informe suficiente y adecuadamente fundado, que fue consentido íntegramente por el aquí quejoso. Por otra parte, el pedido efectuado por el perito a fin de que se le posibilitara el examen del mentado expediente, fue notificado a ambas partes del proceso, incluida la accionada, ante cuya sede debió tramitar el mentado expediente. Por ello, más allá de no ser dirimente, como ya lo adelanté, lo cierto es que resultaría de aplicación al caso la normativa del art. 196, II del C.P.C.C. y T., que le impone a los litigantes el deber de colaboración

En consecuencia, coincido con la decisión del grado en cuanto a que la prueba rendida permite tener por probada la ocurrencia del evento, en la situación fáctica descripta por el actor al demandar, que lo dota de absolutamente razonabilidad. Si el actor caminaba, con bolsas o no, por una vereda tupida de transeúntes ya que allí se sitúa el Correo Central de Mendoza, y se encuentra con la rotura de la vereda, es lógico que el evento se produjera, máxime cuando se encontraba sin la señalización correspondiente.

Colabora en mi convicción la circunstancia de surgir acreditado que, minutos después de la hora en que el actor afirma, ocurrió su caída, su atendido en las instalaciones de la Clínica de Cuyo, situada a metros de la vereda de marras (fs. 47).

Por lo tanto, dentro del plexo normativo en el cual la Sra. Jueza subsumió el hecho, arts. 3, 6, 7, 8 y 12 de la

Ley 8968 de Responsabilidad del Estado, concordante este último con la normativa de los arts. 1757 y 1765 del C.C.C.N., concluyó en que quedó acreditado que "el actor cae debido al estado defectuoso de la vereda (sin baldosa y con tierra), el cual no se encontraba señalizado, no cumpliendo la comuna con su deber de mantener la vereda en buen estado de conservación".

Y, aunque escuetamente, la juzgadora refiere que la demanda es imprecisa, respecto a si había un pozo o un montículo"... pero "queda acreditado el faltante de baldosas, y la existencia del suelo terroso con desniveles". Por lo tanto, la atribuida incongruencia del fallo no es tal, en tanto decide sobre la base de las dos anomalías atribuidas por el actor al estado de la vereda, al demandar. La decisión, así adoptada, se compadece con la normativa del art. 90 inc. 4° del C.P.C.C. y T..

Siguiendo tal línea argumental, la decisión cuestionada se adecua a la normativa citada, ya que no altera el presupuesto de hecho de la acción deducida. "... en virtud de las facultades que le asisten, el juez no está autorizado a suplir las deficiencias en que las partes hubieran incurrido al alegar o peticionar en la oportunidad procesal correspondiente. Es decir, por imposición legal, no le está permitido al magistrado involucrar en su decisión cuestiones o aspectos que no formaron parte de la controversia y que no pueden considerarse por ende comprendidos dentro del contexto de la "litis contestatio" porque, el apartamiento de esas reglas rectoras, hace al órgano decisor incurrir en el riesgo de incongruencia (Carli, Carlo, La demanda civil, Lex 1977, pág. 267).

En el caso, como surge del relato precedente, la sentencia decide sobre los hechos que constituyen la plataforma fáctica de la pretensión y sobre las defensas argüidas, por lo que la congruencia entre tales piezas y el decisorio se encuentra resguardada en el caso de autos. Por lo dicho, el fallo no viola el derecho de defensa en juicio de la recurrente, protegido por los arts. 18 de la Constitución Nacional y 8 de la Const. de Mza.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha dicho, recientemente, que el límite infranqueable del principio de congruencia es el derecho de defensa, "...esto es, que la cuestión haya sido objeto de adecuado debate y contradicción; y en autos la recurrente no demuestra la vulneración de su derecho de defensa" (18/11/2020, 13-00692632-5/1 – "Niella, Marina Alejandra en J° 4.169-53.645 Niella, Marina Alejandra c/ Fideicomiso y ots. p/ Cump. Cont. s/ Rec. Ext. Prov.".

La demanda fue precisa, adecuadamente respondida por la demandada y resuelta en el grado. Por lo tanto, no advierto violación alguna al derecho de defensa del accionado, como lo soslaya en primera instancia y en esta sede. Cabe destacar que en oportunidad de contestar demanda, alude a que la imprecisión del relato del actor al aludir a que tropieza con el montículo de tierra existente en un espacio de aproximadamente cuatro metros cuadrados, lo que considera genérico y le impide contestar demanda. No obstante, responde la pretensión inicial, niega los hechos, – sostiene -le impide contestar demanda, pero la responde, ofrece prueba y omite plantear la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, prevista por el art. 168 inc. 5 del C.P.C.C. y T..

Tratándose de un lugar destinado al paso de transeúntes, pesa sobre el ente estatal la obligación de cuidar el buen estado de las aceras, puentes, etc., en resguardo de la seguridad personal de los vecinos y transeúntes en general. En tales condiciones, ante la existencia de deficiencias debió efectuar la Municipalidad accionada las diligencias necesarias para señalizar la obra y advertir a los transeúntes sobre el peligro que implica para la circulación, sin menoscabar la salud e integridad psicofísica de la población en general. Es obligación comunal realizar el mantenimiento de la vía pública en condiciones adecuadas a fin de que las personas puedan transitar por ellas sin peligro, tomando las precauciones suficientes para evitar que las roturas derivaran en daño a los peatones.

Por último, destaco que en modo alguno se ha acreditado que el accidente hu-biera obedecido a la negligencia de la propia víctima, toda vez que la circulación con bolsas no se ha acreditado que la actora se condujera descuidadamente en ocasión de producirse el accidente de marras. Ningún elemento probatorio que permita arribar a tal conclusión ha sido producido en autos, prueba que pesaba sobre la demandada que pretendía liberarse de su responsabilidad objetiva frente a la víctima. Entiendo que en modo alguno puede atribuírsele tal efecto a la portación de bolsas en ocasión de producirse el hecho dañoso, ya que no fue planteado en ocasión de contestar la demanda la accionada. De todos modos, la circulación con bolsas no implica, per se, que la misma resulte negligente; corresponde al normal devenir de las cosas, sobre todo en zona céntrica como aquella en la que ocurre el evento.

Ninguna eximente se planteó en el escrito defensivo, sino que la oposición a la pretensión se sostuvo, básicamente, en la negativa del hecho narrado en la demanda. Por lo expuesto, la atribución de responsabilidad por las consecuencias dañosas provocadas por el accidente de marras, a la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, a mérito de las normas legales citadas, debe ser confirmada.

IV.c.- La indemnización por incapacidad sobreviniente

Cuestiona la recurrente la condena a resarcir el rubro disminución funcional, al considerar que la magistrada de grado ha tenido por probado el daño con documentación impugnada por la aquí recurrente y con una pericia también cuestionada.

No comparto la tesis del quejoso. La juzgadora de grado realizó un adecuado análisis de la prueba rendida en autos para concluir en la existencia de las lesiones alegadas por el actor y la consecuencia funcional que tuvo para su salud.

La documentación privada ofrecida por la actora, desconocida por la demandada, constituye un indicio que, para su validez, debe ser concordante con el resto de las pruebas rendidas. Esto es lo que ocurre en el caso, los elementos de acreditación aportados por la actora dan razón y coherencia a tales instrumentos.

Contundemente, la Historia Clínica de Clínica de Cuyo, comprueba la atención inicial del Sr. Arroyo, el día del hecho. Así, a fs. 47 se consigna su asistencia por la Dra. Faracchi, a la hora 13.37, por politraumatismo por "caída de su propia altura", es decir, coincidente con el evento relatado en la demanda. Surge la indicación de medicación y de la colocación de un cabestrillo, su derivación a control y la existencia de una fractura de la epífisis superior del húmero. A fs. 48 obra el informe del examen radiológico practicado, consistente en RX de hombro derecho frente y perfil, tobillo izquierdo frente y oblicuo y de pie izquierdo. El informe es realizado a la hora 13,55. Las constancias posteriores ilustran acerca del seguimiento del paciente, en la misma institución, y la realización de nuevos estudios. La historia clínica es remitida por el ente oficiado, con lo que se acredita la autenticidad de la documentación acompañada por el actor al demandar, referida a tales actuaciones.

Por lo tanto, la pericia médica rendida por el Dr. Gutiérrez a fs. 127/130 encuentra debido sustento objetivo. Las observaciones planteadas por la demandada a fs. 132, no resultan suficientes para denostar las conclusiones del experto, en tanto tienden a cuestionar que el perito ha tenido por cierto que el evento dañoso se produjo, no la incapacidad y sus fundamentos en sí mismos. Más allá de lo decidido en relación al accidente fundante de la acción, en el considerando anterior, lo cierto es que el perito constata las secuelas existentes en el actor, con el respaldo de la documentación obrante en la causa, lo que el impugnante no cuestionó.

A mayor abundamiento destaco que, aun cuando no está dirigida a probar los daños físicos, la prueba pericial psicológica rendida a fs. 96 también aporta a mi convencimiento acerca de la producción de las mentadas lesiones. El profesional transcribe el relato del hecho que efectúa el actor de autos, además de sus padecimientos, destacando el profesional que no se detectan indicadores de simulación.

Con tales elementos de juicio, la queja luce insuficiente para desvirtuar la decisión a la que arribó la sentenciadora de grado.

La prueba rendida permite tener por probada las lesiones y su relación causal con el accidente de autos. Este Tribunal adhiere al criterio que propone que "... la relación de causalidad no requiere una prueba categórica, sino que es suficiente que exista una probabilidad suficiente de que así ocurriera; cabe decir que acorde con la naturaleza misma de la relación causal adecuada, normalmente la prueba se satisface con la del hecho mismo y la de las consecuencias ocurridas, así como de las circunstancias de tiempo, lugar y modo que caracterizan a ambos, pues a partir de esos datos el magistrado debe juzgar si el primero reviste idoneidad suficiente para haber producido el resultado (Zavala de González Matilde, "Resarcimiento de daños 3. El proceso de daños", Buenos Aires, Hammurabi, 1.993, pág. 203 y sgtes.; Zavala de González, Matilde, "El proceso de daños y estrategias defensivas", Rosario, Editorial Juris, 2.006, pág. 251 y sgtes.)" (07/12/2012, autos Nº 99.066/43.919, "Seguin, Rosa María c/ Basáez, Lorenzo p/ D. y P."; 09/06/2017, autos Nº 250.779/52.666, "Hassen, Sergio Hugo c/ Motorsport S.A. p/ D. y P.").

Tales pautas, se juzgan cumplidas en el caso de autos, por lo que los agravios no pueden ser atendidos.

IV.d.- La indemnización por gastos médicos

Cuestiona la recurrente la concesión de la indemnización por gastos terapéuticos, alegando que fueron mayormente cubiertos por la obra social del actor, DAMSU, y que no pueden presumirse en base a un hecho y daños no probados en autos.

La conclusión a la que arribé en los considerandos anteriores respecto de la prueba del hecho y las lesiones, deja al presente agravio huérfano de contenido. Ambos aspectos de la cuestión han quedado debidamente acreditados, por lo que la indemnización concedida es concordante con los padecimientos del actor y con la asistencia de su obra social, que fue debidamente considerada por la juzgadora al fijar el monto (art. 1738 del C.C.C.N.).

Por lo expuesto, la queja no puede ser atendida.

IV.e.- La indemnización por daño extrapatrimonial

Se agravia la recurrente del acogimiento del rubro del título, al considerar que la actora no logró acredi-

tarlo, aludiendo a la pericia psicológica rendida para sostener tal posición.

No comparto la tesis del recurrente. Si bien es cierto que el perito psicólogo informa que la actora no presente desequilibrio emocional devenido del hecho de autos, que requiera ayuda psicológica ni medicación, ello no implica que no se encuentre configurado en el caso el daño extrapatrimonial delineado por el art. 1741 del C.C., aplicable al caso.

En el supuesto de daños a la integridad psicofísica, el daño surge configurado por la propia naturaleza del hecho generador. Doy por reproducidos los hechos acreditados en autos, valorados en el considerando IV.c. en relación a las lesiones, tratamientos médicos, ingesta de medicamentos, realización de estudios, etc., que el actor debió recibir a consecuencia del infortunio de autos. En tales condiciones, es natural y acorde al normal devenir de los acontecimientos que un sujeto, sometido a tales situaciones anormales en la vida cotidiana, vea afectado su mecanismo afectivo, emocional, espiritual.

Este Tribunal tiene dicho ya que comparte la posición doctrinaria que sostiene que, en aquellos supuestos en que el daño moral acostumbre a producirse según el curso natural de las cosas, cuando fuere humanamente esperable que un sujeto sufra ante ciertas circunstancias, el daño moral no necesita ser probado. Roland Arazi entiende que no tiene que probar quien alega un hecho "normal", produciéndose una inversión de la carga probatoria. Expresa el destacado autor que: "Los hechos normales se basan en un estándar jurídico, de nivel medio de conducta, de comportamiento, de reacciones, que la ley permite a los jueces tener como ciertos. La calificación de hecho normal la puede hacer el juez sobre la base de las máximas de la experiencia o de los hechos notorios, según el caso ... Las reglas de la experiencia indican que la muerte de un ser querido o las lesiones inferidas a una persona, por sus secuelas o por los tratamientos que debió soportar para sus curaciones, producen sufrimientos, molestias, agravios o, en general, ataque a las afecciones legítimas; esto es, daño moral. Quien pretenda que, en el caso, por circunstancias excepcionales, tal daño no se produjo, tiene la carga de probar lo "anormal" (Arazi, Roland, Revista de Derecho de Daños, Edit. Rubinzal-Culzoni, N° 6, 1999, "Prueba del daño moral", pág. 108)" (20/11/2014, autos Nº 36.004/44915, "Rodríguez Tastas, Rafael y ot. p/ su hijo menor Rodríguez Rolfi, Francisco c/ Aceros Cuyo S.R.L. y ot. p/ D. y P.", entre otros).

En consecuencia, la configuración del daño en el caso de autos, surge palmaria, por lo que el resarcimiento fijado en el grado debe ser sostenido en esta sede.

La queja relativa a la cuantía resarcitoria, de $ 30.000, que la recurrente califica como exagerada y caprichosa, luce desierta. La seudo crítica constituye, en realidad, una mera enunciación de disconformidad con lo resuelto en el grado, que se agota en la calificación descripta. El recurso no alcanza el umbral mínimo previsto por el art. 137 del C.P.C.C. y T..

La quejosa no enjuicia de modo certero la exageración del monto otorgado que, a criterio de la suscripta, difícilmente pueda ser considerado de tal modo. A la fecha la suma equivale a U$S 200 aproximadamente, menos aun, por lo que escasamente podrá procurarse el actor alguna satisfacción sustitutiva del dolor, conforme la pauta del nuevo ordenamiento de fondo, art. 1741 del C.C.C.N..

A mayor abundamiento, traigo a colación que la recurrente no indica la suma que, en su criterio, constituye un adecuado resarcimiento, condición en la que este Tribunal ha considerado desierta la queja (27/03/2019, autos nº 255.556/54.340, "Giudice, Jesús Humberto y otra c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza p/ D. y P."; 19/06/2019, autos n° 1.014.450/54.707, "Olguín, Elsa Nelly c/ Pedro Esteban Bogado y Escudo Seguros S.A. p/ D. y P.").

Por lo expuesto, propondré el rechazo del recurso de apelación interpuesto y la consecuente confirmatoria del fallo de grado.

Así voto.

Las Sras. Juezas Silvina Miquel y Alejandra Orbelli adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

2ª cuestión. — La doctora *Isuani* dijo:

Las costas correspondientes a la alzada deberán ser soportadas por la ..... vencida (art. 36, I, del C.P.C.C. y T.).

Así voto.

Las Sras. Juezas Alejandra Orbelli y Silvina Miquel adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede.

Con lo que se dio por concluido el presente acuerdo, dictándose sentencia, la que en su parte resolutiva dice así la sentencia:

Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

Resuelve:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada a fs. 162/168, la que se confirma íntegramente.

II.- Imponer las costas a las costas a la apelante vencida (arts. 35 y 36 del C.P.C.C. y T.).

III.- Regular los honorarios profesionales de Carlos L. Ferreyra en la suma de PESOS SEIS MIL ($6.000,00) y de Natalia L. Bulfaro en la suma de PESOS VENTE MIL ($20.000,00) respectivamente (Arts.15 y 31 LA.)

Regístrese. Notifíquese y bajen. — *Marina Isuani. — Alejandra M. Orbelli. — Silvina Miquel.*

CONTRATO DE HOSPEDAJE. DEBER DE SEGURIDAD

Persona que tropieza con cable tendido en el piso. Relación de causalidad adecuada.

1. — La demanda de daños es procedente, ya que está suficientemente demostrado que la caída de la demandante se debió a su tropiezo con unos cables tendidos en el piso y su peligrosidad, pone de manifiesto el incumplimiento del deber de seguridad por parte del hotel.

2. — El contrato de hospedaje es definido como aquel acuerdo de voluntades que se celebra con el empresario hotelero que, actuando profesionalmente en esa cualidad, presta habitualmente y de manera organizada a otro, denominado huésped o viajero que paga un precio, el servicio de uso de habitación y demás servicios complementarios incluido la utilización de lugares y comodidades comunes. El deber de seguridad es un deber colateral de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes, en tanto resulten previsibles.

3. — Es dable esperar que el hotel brinde a los usuarios las seguridades indispensables para que puedan desplazarse dentro de su propio recinto sin peligro para su integridad física.

4. — Tanto se considere aplicable el supuesto contemplado por el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Cód. Civil, como el previsto en la Ley de Defensa del Consumidor al actor le incumbe acreditar el hecho de la caída y que el lugar en el que se produjo era generador de riesgo de causar daño.

5. — Aun recurriendo a la figura de la obligación de seguridad, el funcionamiento de las presunciones de responsabilidad no releva jamás a la demandante de la carga de acreditar las circunstancias en que se habría producido el hecho, concretamente, el nexo causal entre el mismo y su atribución al demandado.

6. — La circunstancia de que la damnificada hubiera tenido alguna dificultad para caminar solo habría puesto en evidencia la falta de la debida accesibilidad de las instalaciones del lugar de alojamiento. Y la consecuente afectación de la mentada obligación de seguridad.

7. — Debe rechazarse la indemnización por daños punitivos, ya que no se encuentra demostrada la existencia del factor de atribución calificado que reclama la aplicación de este instituto previsto en el art. 52 bis de la ley 24.240, ya que no se ha probado un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Caída en un hotel.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 67 años.

Estado civil: Casada.

Actividad: Jubilada.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $337.500

Daño psíquico: Tratamiento psicológico: $76.800

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $250.000

Daños varios: Gastos médicos y de traslado: $8.000

CNCiv., sala G, 09/04/2021. - M., M. N. c. L. M. C. A. D. S. S.A. y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7827/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. N° CIV 5066/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 9 de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

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

I. La sentencia

En horas del mediodía del 15 de noviembre de 2013, M. N. M. sufrió una caída en el hall de entrada del S. M. d. P. H., ubicado en la ciudad homónima de la provincia de Buenos Aires.

La sentencia dictada en el juicio promovido por la nombrada rechazó, con costas, la demanda entablada contra la titular del establecimiento I. T. H. SA y su aseguradora L. M. C. A. d. S. S. A. como así también la pretensión dirigida contra los terceros A. C. F. de C., V. y C. L. y D. G. SA, citados por la demandada y su compañía de seguros.

Para así decidir el juez de la causa estimó que no se había demostrado que el accidente había ocurrido por haber tropezado con un cable tendido sobre el piso del hotel.

II. El recurso

La vencida apeló el fallo y presentó su memorial a fs. 763/767, cuyo traslado fue contestado a fs. 777, en el que requiere la revocación del pronunciamiento y la admisión de la demanda.

III. Ley aplicable

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) **(1)**.

IV. Responsabilidad

Los hechos sumariados me inducen a enmarcar el caso en un supuesto de responsabilidad contractual en el que se cuestiona la existencia de un deber de seguridad incumplido.

El contrato de hospedaje es definido como aquel acuerdo de voluntades que se celebra con el empresario hotelero que, actuando profesionalmente en esa cualidad, presta habitualmente y de manera organizada a otro, denominado huésped o viajero que paga un precio, el servicio de uso de habitación y demás servicios complementarios incluido la utilización de lugares y comodidades comunes **(2)**.

El deber de seguridad que ha de honrar este tipo de empresas, más allá del genérico deber de no dañar de rango constitucional (art. 19 CN), encuentra bastante fundamento en la primera parte del art. 1198 del Cód. Civil (ver art. 961 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Es un deber colateral de origen legal e integrado en la relación contractual, que obliga al prestador a la adopción de medidas de prevención adecuadas a los concretos riesgos existentes, en tanto resulten previsibles (Fallos: 329:4944).

Al respecto, es dable esperar que el hotel brinde a los usuarios las seguridades indispensables para que puedan desplazarse dentro de su propio recinto sin peligro para su integridad física.

Se ha señalado que la aludida obligación de seguridad es de resultado, de manera que la sola existencia de un daño sufrido en el ámbito de la relación de consumo alcanza para tener por configurado su incumplimiento, sin que sea imperioso acreditar cuál fue la cosa generadora del perjuicio y qué características tenía **(3)**.

Tal encuadre no es óbice para considerar que se hallaría asimismo configurada una relación de consumo (arts. 1 de la ley 24.240 y 42 de la Constitución Nacional), que entraña la existencia de un deber de seguridad pues "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" (art. 5 de la citada ley), como así también una responsabilidad objetiva, por lo que la firma demandada solo quedaría exonerada si demostrase la rotura del nexo causal por concurrencia de un caso fortuito o del hecho de la víctima o de un tercero por el que no debiera responder (cf. art. 40 del aludido cuerpo legal).

De todos modos, aun cuando se aplicara la normativa de la responsabilidad extracontractual (como ha hecho la sentencia en revisión), la cuestión no variaría mayormente en cuanto a la inversión de la carga de la prueba. Tanto se considere aplicable el supuesto contemplado por el art. 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Cód. Civil, como el previsto en la ley de defensa del consumidor al actor le incumbe acreditar el hecho de la caída y que el lugar en el que se produjo era generador de riesgo de causar daño. Pero, una vez acreditado esto, sea que se considere aplicable el citado segundo párrafo del art. 1113 o el art. 40 de la ley 24.240, la parte demandada para liberarse de responsabilidad debía acreditar que el daño se produjo por una causa ajena **(4)**.

Ha dicho la sala en Expte. 109.928/20 del 06/07/2015 que, aun recurriendo a la figura de la obligación de

seguridad, el funcionamiento de las presunciones de responsabilidad, no releva jamás a la demandante de la carga de acreditar las circunstancias en que se habría producido el hecho, concretamente, el nexo causal entre el mismo y su atribución al demandado. Es necesaria la demostración de esa relación de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro **(5)**. Esa conexión causal apunta al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente. Por ello, debe analizarse también la noción de autoría **(6)**.

De igual modo se recordó este tribunal que el Cód. Civil adopta el sistema de la causalidad adecuada (arts. 901 a 906; ver arts. 1726 y 1727 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), lo que supone la confrontación entre un hecho y determinadas consecuencias, con el objeto de indagar si ha sido suficiente o idóneo para producirlas, en otras palabras, si ocurrido aquel, debe ser previsible, verosímil, normal, que las consecuencias acostumbren a suceder. Por lo tanto, la relación causal se infiere a partir de las características del hecho fuente, en el sentido si es idóneo o no para producir determinadas consecuencias que el actor invoca. La causalidad adecuada no requiere la fatalidad en la imputación de las consecuencias al hecho, pero tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad. Se requiere un juicio de probabilidad que supere el nivel de lo conjetural **(7)**.

Por su parte, el artículo 377 del Código Procesal es claro cuando dispone que cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Esta directiva significa que se pone en cabeza de quien alega un hecho la carga de su prueba. La obligación de afirmar y probar se distribuye —pues— entre las partes, dejando a la iniciativa de cada una de ellas la posibilidad de hacer valer los hechos que pretendan que sean considerados como verdaderos en el proceso **(8)**.

La sentencia recurrida expresó que "si bien se puede tener por acreditada la existencia de cables pegados con cinta y de su peligrosidad" no había prueba que la caída se había producido por aquellos.

Adelanto que no puedo acompañar tales conclusiones.

Lo que ocurre es que existe un elemento decisivo que no fue tenido en cuenta en el pronunciamiento y que tampoco había sido ponderado por la propia demandante al tiempo de alegar. Me refiero al reporte del incidente acompañado por la propia compañía de seguros de la demandada a fs. 238.

Vale la pena transcribir la descripción del hecho que realiza la misma firma demandada en este texto: "La Sra. de B. alojada en habitación ... por motivo del evento de A. se encontraba caminando en el lobby del hotel cuando repentinamente tropezó y se cayó cerca de unos stands de publicidad que estaban montados en el mismo. La Sra. demostraba cierta dificultad para caminar en lo cotidiano y el tropiezo se produjo con un pasacables plástico que se encontraba en el piso y que vale aclarar estaba encintado y claramente visible".

Frente a tal reconocimiento, no es posible sostener que no se ha probado que los aludidos cables, calificados por la propia sentencia como peligrosos, actuaron como desencadenantes de la caída.

Esta circunstancia, además, está corroborada la declaración del gerente de recepción del hotel también agregada por la aseguradora a fs. 229 vta./230 y por los dichos de quienes estuvieron en el lugar al tiempo del suceso y se presentaron en esta causa.

El testigo de fs. 570 contó "cuando estaba saliendo de los ascensores del hotel quedan hacia el lobby del mismo, veo a una mujer caer de forma inerte y dar contra el suelo. En ese momento corro hacia ella, me coloco de rodillas atrás de ella y la asisto". Y agregó "El pasillo que estaba entre stand en una parte cruzaba un cable adherido al piso con cinta. Lo sé porque lo vi. Además era el comentario de todo el mundo de la peligrosidad y que podía causar algún accidente. Después del accidente si mal no recuerdo esos cables fueron recubiertos por una 'tipo lomo de burro' para bajar su nivel de peligrosidad. No recuerdo el color del cable exactamente pero era de color oscuro".

La declarante de fs. 571 narró "Yo no vi cuando se cae esta señora, yo estaba debajo organizando las cosas y no venía nadie. Cuando los fui a buscar estaba ella tirada y siendo asistida. Lo que puedo decir, como estaba organizando había un cable, yo sentí a varias personas decir 'hu que peligro'. Además había unos stands que tenían una punta bien filosa después de ese cable. Fueron varios comentarios los que escuché. De hecho después de lo que pasó le pusieron una cinta arriba. El cable no pasaba desapercibido".

Vale decir que está suficientemente demostrado que la caída de la demandante se debió a su tropiezo con los mencionados cables y su peligrosidad, admitida aun por la sentencia, pone de manifiesto el incumplimiento del deber de seguridad por parte del hotel.

Es más, de los testimonios surge que el "encintado" aludido por la parte demandada tuvo lugar solo después de ocurrido el accidente.

La circunstancia de que la damnificada hubiera tenido alguna dificultad para caminar solo habría puesto en evidencia la falta de la debida accesibilidad de las instalaciones del lugar de alojamiento. Y la consecuente afectación de la mentada obligación de seguridad.

Si un observador imparcial hubiera visto el cable cruzando el lobby del hotel sin ninguna señal de advertencia, mientras los distintos huéspedes circulaban por el lugar, seguramente hubiera concluido que se hallaba ante un accidente anunciado. Y esta es, precisamente la idea de la causalidad adecuada receptada por nuestro derecho (arts. 901 a 906 del Cód. Civil).

Por otra parte, tampoco ha acreditado la demandada que hubiera sido la citada por ella, A., la responsable del entuerto desde que ni siquiera se probó adecuadamente que hubiera sido quien efectuó el tendido del mencionado cableado. Y de todos modos ello no la habría exonerado de responsabilidad frente a la víctima, respecto de la cual tenía el aludido deber de seguridad.

Menos aún pude afectar la suerte adversa de la empresa hotelera la intervención que le habría cabido en el caso a la otra citada D. G. SA quien se habría limitado a abonar la estadía de la demandante.

En definitiva, la sociedad condenada no ha demostrado la existencia de una causa ajena que justifique su incumplimiento.

Consecuentemente, propongo admitir la demanda entablada contra I. T. H. SA.

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) **(9)**.

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 daño extrapatrimonial —moral— **(10)**.

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 **(11)**. Actualmente el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación regula en conjunto ambos aspectos de la incapacidad.

Otro tanto cabe decir de los menoscabos estéticos.

En este sentido, la Corte Suprema ha puntualizado que el daño estético no es autónomo respecto al material o moral, sino que integra uno u otro o ambos, según el caso **(12)**.

En relación con el llamado daño estético, ha dicho esta Sala que lo resarcible en este tipo de lesiones no es la pérdida de la belleza o normalidad física, sino sus repercusiones espirituales o económicas en el sujeto que la padece. Se resarce no el perjuicio estético como tal, sino el perjuicio moral o patrimonial que tiene en aquel su origen. Por lo tanto, no es procedente indemnizar el daño estético como categoría abstracta, acumulando a este título la reparación de las repercusiones económicas o espirituales producidas por la lesión estética. En cambio, sí aparece atinado tener en cuenta todos los factores con incidencia en el surgimiento del daño moral o patrimonial, entre ellos, el desmedro de significación estética **(13)**.

Si los menoscabos psíquicos o estéticos generan incapacidad, como se ha verificado en esta causa, han de ser reparados por este concepto, sin perjuicio de su repercusión evaluable al resarcir el daño moral.

El perito médico en su dictamen de fs. 605/610 expresó que de la revisión realizada y de la documentación aportada surgía que había limitaciones en el hombro y codo derechos y en la columna cervical por la acción del traumatismo; que el codo había requerido de dos intervenciones quirúrgicas con osteosíntesis quedando con una cicatriz de veinte centímetros en la cara posterior del codo y antebrazo y además se afectaron los nervios medianos y cubital derechos, todo lo cual le generaba una incapacidad del 38,82% considerando el denominado método de Balthazard.

En la esfera psíquica, manifestó que las afecciones y secuelas del suceso habían repercutido en algunas de sus áreas psíquicas, con impacto anímico, sentimientos de temor, angustia y depresión, y también vivencias de abandono e inseguridad, por lo que presentaba trastorno adaptativo mixto con estado de ansiedad y depresión de tipo crónica, correspondiente a un cuadro de reacción vivencial anormal neurótica leve que le producía una incapacidad del 10%.

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 **(14)**.

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 **(15)**. Si no se observan razones que desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio **(16)**, que es precisamente lo ocurre en el caso, pues las conclusiones a las que arribó el experto no fueron objetadas por la demandante y la impugnación de la compañía de seguros de fs. 622/625, sin firma de profesional de la materia, fue respondida a fs. 636 por el perito de manera tal que la aseguradora no intentó refutación alguna en su alegato de fs. 671/677.

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 **(17)**.

Por ello, como regla, ha de tomarse en consideración la disminución de la aptitud de la demandante para realizar actividades productivas hasta la edad jubilatoria y las económicamente valorables hasta la de expectativa de vida **(18)** según fuentes del INDEC **(19)** o hasta la edad efectivamente alcanzada.

En razón de todo lo dicho, habida cuenta las condiciones personales de la damnificada a la fecha del hecho: 67 años, casada, con un hijo, estudios primarios, jubilada, domiciliada en esta ciudad (fs. 69, 182, 384, 581 y 605 y fs. 42, 43 y 57 del incidente de beneficio de litigar sin gastos), propongo determinar $250.000 en concepto de incapacidad física, psíquica y estética.

b.- Tratamiento psicoterapéutico

La partida atinente al tratamiento psicoterapéutico, se dirige a resarcir un aspecto diferente de la incapacidad acreditada. La señalada necesidad de la terapia apunta, obviamente, a los aspectos reversibles de las afecciones, como así también a los paliativos de las secuelas no modificables y a la prevención de ulteriores deterioros **(20)**.

Así lo ha expresado el perito al estimar un tratamiento psicoterapéutico de 24 meses de duración a razón de una sesión semanal

Sobre la base de lo actualmente decidido por la sala como costo de cada sesión, el derecho del damnificado de elegir razonablemente ser tratado por el profesional que mayor confianza le merezca a través de su obra social o bien en forma particular **(21)**, postulo asignarle un total de $76.800.

c. 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

del 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 **(22)**.

En consecuencia, valorando lo usualmente establecido por esta Sala en casos similares, las mencionadas condiciones personales y sociales del reclamante, la existencia de un padecimiento espiritual provocado por el accidente y sus secuelas ya descriptas, lo narrado por los testigos de fs. 570 y 571 sobre el suceso y por los de fs. 42 y 43 del incidente de beneficio de litigar sin gastos sobre sus consecuencias, propicio fijar los $337.500 requeridos para esta partida.

d. 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 o de su aseguradora de riesgos de trabajo, los gastos en medicamentos corren por cuenta del interesado **(23)**. Bien entendido que el resarcimiento solo deberá cubrir la parte no abarcada por la gratuidad **(24)**.

Respecto de los gastos de traslado es también razonable pensar, por las lesiones sufridas, que fueron necesarios. Aunque no estén acreditados en forma cierta, por cuanto no suelen lograrse comprobantes que permitan una fehaciente demostración, ello no es óbice para su procedencia **(25)**.

En sentido coincidente con esta reiterada jurisprudencia, el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, prescribe en la actualidad que se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad, como ocurre en el caso en función de las afecciones antes descriptas.

Lo expuesto, obviamente, permite presumir la existencia de tales desembolsos por un monto básico, que solo podrá ser incrementado si la parte interesada arrima pruebas que permitan razonablemente inducir erogaciones superiores a las que normalmente cabe suponer de acuerdo a la dolencia padecida, por lo que propicio establecer $8.000 por gastos de farmacia, estudios, asistencia médica y traslado.

V. Intereses punitorios

El art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361, prescribe 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, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

Esta sala ha expresado en L. Expte. 93.206/10 del 15/07/2015 que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva **(26)**.

Y ha dicho en Expte. 90.103/11, del 07/09/2015 y en Expte. 112.001/11, del 01/09/2015 que siempre se requerirá una conducta gravemente dolosa, una actitud absolutamente desaprensiva hacia los derechos del consumidor que amerite la imposición de una sanción, la que a su vez jugará un papel ejemplificador. 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 **(27)**.

En similar sentido se han expedido otras salas del tribunal **(28)**.

A la luz de lo expuesto no encuentro demostrada la existencia del factor de atribución calificado que reclama la aplicación de este instituto, ya que no se ha probado un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva como el que ha llevado a esta Sala a imponerlo en L.606.288, del 25/09/2012 y en L. CIV/99.192/2011/CA1, del 27/04/2015, donde se advertía una conducta totalmente desaprensiva frente a la probabilidad de generar un daño en desmedro del derecho a la integridad física.

VII. Límite de cobertura

En razón de lo previsto en el art. 118 de la ley 17.418, habrá de desestimarse la escueta oposición en tres renglones de fs. 278 y establecerse que la condena a la citada en garantía lo es en la medida del seguro **(29)**, lo que incluye el límite de cobertura, desde que en el caso no se configura un supuesto de hecho como el verificado en los pronunciamiento de

esta Sala CIV/109.606/2011/CA1 del 10/04/2015 y CIV/80.963/2011/CA1 del 05/07/2016; sobremanera teniendo en cuenta la circunstancia de que tal límite solo puede referirse al capital de condena, ya que mal podría beneficiarse la aseguradora por la mora en que incurrió respecto del cumplimiento de una obligación que le es propia **(30)**.

VII. Intereses

Surge de los fundamentos del fallo de este tribunal en pleno en "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transporte Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios", que existen, al menos, dos modalidades para indemnizar: a valores al tiempo del hecho o al de la sentencia. Las cuales se corresponden, a su vez, con distintos tipos de tasa de interés, según contengan o no un componente que contemple la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (ver respuesta al cuarto interrogante del plenario).

Ya sea que se presuma que el acreedor ha debido acudir al circuito financiero —formal o informal— a fin de obtener lo que su deudor no le ha entregado a tiempo, interpretando entonces que se trata del costo de sustitución del capital adeudado, o que se entienda que debe reponerse la utilidad que podría haber obtenido el reclamante de haber dado en préstamo tal capital, como réditos dejados de percibir, la llamada tasa activa es la que se encuentra en mejores condiciones de reparar el perjuicio generado por el incumplimiento (ver nuestro voto con la Dra. Areán al tercer interrogante del mencionado plenario Samudio).

Por ello, desde que en el caso los propuestos no son montos actualizados, los réditos deben liquidarse a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde la fecha del perjuicio y hasta su efectivo pago.

Sin perjuicio de ello, respecto de las sumas admitidas precedentemente a valores actuales por tratamiento psicoterapéutico **(31)**, por consistir en un desembolso aun no realizado, los accesorios se aplicarán desde esta sentencia.

La decisión que postulo no se contrapone con la que surge de aplicar la normativa del Cód. Civ. y Com. de la Nación (art. 768), que si bien no contempla en su letra la facultad judicial de fijar intereses, ha de ser integrada con los arts. 767, 771, 1740 y 1748 (cf. art. 2 del mismo cuerpo legal) y con el deber de los jueces de resolver —con razonable fundamento— los asuntos que les sean sometidos a su jurisdicción (art. 3 del nuevo código de fondo y art. 163, inc. 6, del Código Procesal), conforme con la idea de contar con "mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso" **(32)**.

VIII. Conclusión

En mérito de lo expuesto, después de haber examinado las argumentaciones y pruebas conducentes propongo al acuerdo revocar la sentencia apelada para admitir la demanda interpuesta por M. N. M. contra I. T. H. SA, con extensión a la citada L. M. C. de S. SA en la medida del seguro, y condenarlas al pago de un total de $672.300 ($250.000 por incapacidad, $76.800 por tratamiento psicoterapéutico, $337.500 por daño moral y $8.000 por gastos), más interés conforme el apartado VII; rechazar la pretensión dirigida contra los terceros A. C. F. de C., V. y C. L. y D. G. S. A., citados por la demandada y su compañía de seguros; todo ello con costas a la demandada y su aseguradora por la naturaleza del pleito y por resultar sustancialmente vencidas (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. Revocar la sentencia apelada para admitir la demanda interpuesta por M. N. M. contra I. T. H. SA, con extensión a la citada L. M. C. de S. S. A. en la medida del seguro, y condenarlas al pago de un total de $672.300, más interés conforme el apartado VII; rechazar la pretensión dirigida contra los terceros A. C. F. de C., V. y C. L. y D. G. S. A., citados por la demandada y su compañía de seguros; todo ello con costas a la demandada y su aseguradora. II. Al referirse a los trabajos profesionales el supremo tribunal federal ha decidido con fundamento constitucional, que el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza más allá de la época en que se practique la regulación (criterio mantenido en los autos "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Pcia. de s/ acción declarativa", del 04/09/2018). En consecuencia, conforme lo establece el art. 279 del Código Procesal, corresponde adecuar los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia al nuevo monto del proceso. En consecuencia, en atención a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, resultado obtenido, etapas cumplidas y lo que disponen los arts. 6, 7, 9, 14, 19, 33, 37, 38 y conc. de la le y 21.839 y la ley 24.432, se fijan los honorarios de los letrados apoderados de la actora Dres. M. F. y R. G. V. —en conjunto y por las tres etapas cumplidas— en la suma de pesos ... ($ ...). Los correspondientes al letrado apoderado de la demandada L. M., Dr. E. G. A. por su actuación en las tres etapas en la suma de pesos ... ($ ...), los de los Dres. S. O. B. y la Dra. D. M. en igual carácter, por sus actuaciones en la audiencia de fs. 685 y la presentación de fs. 691

respectivamente, en la suma de pesos ... ($ ...) para cada uno. Los correspondientes al letrado patrocinante de la codemandada D. G., Dr. M. E. H. —por dos etapas— en la suma de pesos ... ($ ...). Al Dr. M. J. M. en su carácter de apoderado de I. T. H., por su actuación en la primera etapa, en la suma de pesos ... ($ ...); y los correspondientes al apoderado de A., Dr. A. J. G. por las dos primeras etapas en la suma de pesos ... ($ ...) y a la Dra. M. P. C., en igual carácter, por su actuación en la audiencia de fs. 685 en la suma de pesos ... ($ ...). Por último, se regulan los honorarios de la Dra. S. M. R. por sus labores extrajudiciales en la suma de pesos ... ($ ...). Por los trabajos de segunda instancia se regulan los honorarios del Dr. F. en la suma de pesos ... ($ ...) equivalentes a ... UMA, al Dr. V. en la suma de pesos ... ($ ...) equivalentes a ... UMA y a la Dra. C. en la suma de pesos ... ($ ...) equivalentes a ... UMA conforme arts. 30, 51 y ctes. de la ley 27.423 en virtud de la fecha en que se realizaron las labores. En atención a la calidad, mérito y eficacia de la labor pericial desarrollada en autos; a lo normado por los arts. 10, 13 y conc. de la ley 24.432 y a la adecuada proporción que deben guardar los honorarios de los expertos con los de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros) se establecen los honorarios del perito médico V. H. B., en la suma de pesos ... ($ ...), del perito contadora V. I. R. en la suma de pesos ... ($ ...). Los correspondientes a la mediadora Dr. O. R. F. F. en la suma de pesos ... ($ ...) en virtud de lo dispuesto por los decretos 1467/2011 y 2536/2015. 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 24/13 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. — *Carlos A. Carranza Casares.* — *Carlos A. Bellucci.* — *Gastón M. Polo Olivera.*

(1) 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.

(2) CNCiv., Sala M, L. 606.753, "Caja de Seguros SA c. Hotel Las Rocas", del /5/13. Ver asimismo, Moeremans, Daniel E., "Responsabilidad del titular del inmueble locado con destino a hotel por daños a una pasajera", en LA LEY 2017-A, 245.

(3) CNCiv., Sala C, L. CIV 031759/2013/CA001, del 07/05/2015. Ver Sagarna, Fernando Alfredo, "Daños causados por riesgo de la vereda o piso. Dos sentencias sobre daños por caídas. Prueba de la calidad de la cosa riesgosa", en LA LEY 2000-D, 198, Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, T. II, 809.

(4) CNCiv., Sala F, "Nerone c. Motel Playa SA", Expte. 60.113/2010, del 21/10/2016.

(5) Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 9ª edición ampliada y actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 267.

(6) Goldenberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 53 y ss.

(7) Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños. El proceso de daños, T. 3, p. 204.

(8) CNCiv., Sala B, "De Falco, Hugo C. y otro c. Supermercados Mayoristas Makro SA y otro s/ daños y perjuicios" del 12/02/2016 en La Ley Online AR/JUR/4387/2016 y sus citas.

(9) 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.

(10) Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, 2ª ed., ps. 157/166 y sus múltiples referencias; esta Sala, L. 481.773, del 22/08/2007; L. 502.026 y 505.268, del 02/07/2008; L. 534.226, del 09/10/2009; L. 555.736, del 18/11/2010, entre muchos otros concordantes.

(11) Fallos: 326:847.

(12) Fallos: 321:1117; 326:1673.

(13) Zavala de González, Matilde, "El daño estético", en LA LEY, 1988-E, 945, Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales, T. II, p. 1383; CNCiv., esta Sala, L 578.256, del 22/10/2012.

(14) Fallos: 331:2109.

(15) Fallos: 321:2118.

(16) Fallos: 329:5157.

(17) 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 Código 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.

(18) Fallos: 331:570.

(19) 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.

(20) CNCiv., esta Sala L. 450.661, del 13/03/1997; L. 471.881, del 22/05/2007 y L. 560.294, del 06/10/2010, entre otros.

(21) CNCiv., esta Sala 606.817 del 20/11/2012; íd. Sala H, L. 57.882 del 09/03/1990; íd. Sala K, L.47.467 del 27/03/1990; íd. Sala I, L. 81.258 del 08/03/1991; íd. Sala F, L. 109.351 del 29/09/1992; íd. Sala C, L. 111.746 del 20/10/1992 y L. 178.672 del 28/12/1995 y Sala A, L. 322.227 del 13/02/2002.

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

(23) Cf. 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.

(24) Cf. 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.

(25) CNCiv., esta Sala, L. 476.356, del 31/08/2007.

(26) Stiglitz y Pizarro, "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2009-B, 949.

(27) 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.

(28) CNCiv., Sala E, "Casanova c. Fundación Universidad de la Marina Mercante", del 26/10/2012, en La Ley Online AR/JUR/57152/2012 y "Palavidini c. Coviares SA", del 15/11/2012, en La Ley Online AR/JUR/63132/2012; ídem, Sala L, "Soto c. Confira SA", del 15/11/2012, en La Ley Online AR/JUR/69382/2012; íd., Sala K, Expte. 92.343/10, del 22/08/2014; íd., Sala B, "B., M. S. c. S., N. J.", del 07/02/2014, en La Ley Onlilne AR/JUR/407/2014; íd., Sala H, "San Miguel c. Telecentro SA", del 10/12/2012, RCyS, 2013-VI, 148.

(29) Fallos: 337:329 "Buffoni" y Fallos: 340:1765 "Flores".

(30) CNCiv., esta Sala CIV/71.636/2014/CA1, del 02/11/2017; Sala A, R. 612.537, "Chivilo, Ricardo F. c. Expreso Paraná SA", del 29/11/2012; ídem Sala B, R. 597.991, "Cupido, Jennifer y otros c. Turismo Río de la Plata y otros s/ daños y perjuicios", del 26/04/2012; íd., Sala F, R. 617.339, "Pérez, Ariel E. c. Garazurreta, Osvaldo M. y otro s/ daños y perjuicios", 10/06/2013; íd., Sala H, R. 53.201/2010, "Jaszczakowicz, Gustavo Á. c. Huallpa Quispe, Cristóbal", del 16/12/2016; íd. Sala L. R. 56.345/2005, "López, Elisa I. c. Piscetta, Alejandro M.", del 03/06/2016; asimismo, Stiglitz, Rubén y Compiani, Fabiana, "Las costas y los intereses en el contrato de seguro contra la responsabilidad civil y un excelente pronunciamiento de la Corte de la Nación", en RCyS 2016-VII, 177.

(31) Según doctrina que surge del fallo "Gómez, Esteban c. Empresa Nac. de Transportes", del 16/12/1958, publicado en LA LEY, T. 93, ps. 667/684; Fallos: 326:1673; 327:2722, y CNCiv., esta Sala, L. 479.061, del 08/06/2007, entre otros.

(32) Fundamentos del Anteproyecto, CNCiv., esta Sala CIV/11.380/2010/CA1 del 18/08/2015, CIV/64.233/2008/CA1 del 21/09/2015, Civ. 88.413/2010 del 02/11/2015 y Civ. 28.522/2009/CA1 del 30/12/2015.

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Prioridad de paso. Alcances. Exceso de velocidad. Responsabilidad concurrente. Privación de uso.

1. — La conductora de la camioneta del accionante incumplió una regla de prioridad de paso, pues al avistar, como se relató en la demanda, que se aproximaba un automotor por la mano de la autopista que pretendía atravesar, debió permanecer detenida y cederle el paso, aun cuando se encontrara más alejado del acceso al que ella pretendía ingresar. Tal incumplimiento reviste sustancial gravedad, no solo por la relevancia que las reglas de prioridad de paso poseen para el ordenamiento del tránsito vehicular, sino también por verificarse en una semiautopista, con las gravísimas consecuencias que ello puede traer aparejado.

2. — Si quien circula por la derecha carece de prioridad frente a quien circula por una semiautopista, tanto más carecerá de ella quien, como en el caso del actor, intenta ingresar o cruzar una semiautopista desde la izquierda.

3. — La prioridad de paso no puede ser evaluada en forma autónoma sino, por el contrario, imbricada en el contexto general de las normas de tránsito, analizando su vigencia en correspon-

dencia con la simultánea existencia de otras infracciones.

4. — La infracción a las reglas de tránsito cometida por el demandado ha sido también de entidad, pues importó la circulación de su vehículo a casi el doble de la velocidad permitida.

5. — A efectos de cuantificar la indemnización por privación de uso, el decisorio recurrido efectivamente omite meritar el destino comercial que el accionante también brindaba a su vehículo, conforme lo acreditó con las declaraciones de dos testigos.

6. — Los gastos por iniciación de la mediación prejudicial obligatoria deben considerarse integrantes del concepto de costas, debiendo incluirse —en la proporción correspondiente al progreso de la demanda— en la liquidación respectiva a realizarse en la etapa pertinente.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Observaciones: Responsabilidad del 30% del accionante y 70% del demandado.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Daños varios: Privación de uso: $30.000

CCiv. y Com., Azul, sala II, 18/02/2021. - Rodríguez, Jorge Eduardo c. Coria, Joaquín Enrique y otro/a s/ daños y perj. autom. s/ lesiones (exc. Estado).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5878/2021]

COSTAS

Se imponen en un 40% a la actora y en un 60% a la citada en garantía y al demandado.

INTERESES

Se aplica la tasa pasiva digital del Banco Provincia.

Causa N° 2-65871-2020

2ª Instancia.- Azul, febrero 18 de 2021.

1ª ¿Procede el recurso de apelación planteado contra la sentencia definitiva del 04/02/2020? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

I. Jorge Eduardo Rodríguez promovió demanda de daños y perjuicios contra Joaquín Enrique Coria (fs. 22/30), en virtud del accidente de tránsito acaecido el día 19 de octubre de 2017, cuando siendo aproximadamente las 17 hs., su pareja María Valeria Matis se desplazaba por la autovía Ruta 226 en dirección Olavarría/Hinojo al comando de una camioneta Chevrolet S10, dominio ..., de propiedad del actor, llevando al hijo de ambos de cuatro meses de edad. Dijo que al arribar al acceso a Colonia Hinojo, su pareja colocó la luz de giro a la izquierda y detuvo su marcha en el descanso existente en el centro de la calzada, a la espera del paso de rodados que circulaban en sentido contrario; y una vez visualizada la inexistencia de vehículos —solo vio uno a más de 80 metros de distancia—, inició la maniobra de giro a la izquierda para ingresar a la localidad, y cuando estaba introduciéndose en el acceso, fue embestida en la parte media y trasera derecha de la camioneta por el rodado que había visualizado instantes antes, el Fiat Siena, dominio ... al mando de Joaquín E. Coria, que circulaba a 120 km./h. Afirmó que a raíz del violentísimo impacto ambos vehículos volcaron, y tanto su pareja como el bebé y la tercera transportada por el demandado, fueron trasladados al Hospital Municipal de Olavarría, donde se realizaron los estudios de rigor, comprobándose la inexistencia de lesiones graves. Solicitó la citación en garantía de "Cooperación Mutual Patronal SMSG", compañía aseguradora del demandado, quien se presentó al proceso, reconoció la póliza y su vigencia a la fecha del siniestro.

El demandado Joaquín Enrique Coria se presentó, contestó la demanda y reconvino junto a quien lo acompañaba el día del accidente, Zulma Ana Schmtiz (escrito del 30/08/2018). En la reconvención solicitaron la citación de Valeria Matis, conductora de la Chevrolet S10 y la citación en garantía de su propia compañía de seguros. Señalaron que el día 19 de octubre de 2017, a las 14,30 hs. aproximadamente, Joaquín E. Coria conducía el vehículo de su propiedad Fiat Siena, dominio ... sobre la Ruta 226 a la altura del acceso a Colonia Hinojo, desde Azul hacia Olavarría, cuando al llegar al cruce de Villa Mónica se atravesó intempestivamente la camioneta Chevrolet S10, colisionando y volcando ambos vehículos. Dijeron que a raíz del choque se produjo la destrucción total de su automotor y la Sra. Schmtiz —acompañante— sufrió politraumatismos y fisura de la séptima costilla izquierda, que la mantuvo inmovilizada durante un lapso de 60 días. Reconvinieron contra el actor y la conductora de la camioneta, la Sra. María Valeria Matis, por daño ma-

terial, lesiones físicas de la Sra. Schmtiz, daño moral y privación de uso de automotor.

La resolución de primera instancia del 04/09/2018 admitió la reconvención planteada solo contra el Sr. Rodríguez (no contra la Sra. Matis, por no ser actora en autos), y rechazó la reconvención planteada por la Sra. Schmtiz, por tampoco ser parte en estos obrados. Por resolución de esta Sala del 19/03/2019 —a cuyos fundamentos me remito— se confirmó lo decidido respecto de la Sra. Matis y la Sra. Schmtiz, dejándose incluso sin efecto el traslado de la reconvención al Sr. Rodríguez, a fin de salvaguardar su derecho de defensa en razón del modo conjunto en que el demandado y la Sra. Schmtiz plantearon tal reconvención. De manera que el presente proceso continuó su trámite con las partes originarias exclusivamente, es decir, el accionante Jorge Eduardo Rodríguez, propietario de la camioneta Chevrolet S 10 que conducía la Sra. María Valeria Matis, y el Sr. Joaquín Enrique Coria, quien conducía el Fiat Siena.

La sentencia definitiva apelada consideró que el demandado Coria solo tuvo el 15% de responsabilidad en la causación del siniestro vial (cf. sentencia aclaratoria del 19/02/2020), por lo que solo deberá responder en esa proporción por los daños y perjuicios reclamados por el accionante. Para así decidir, consideró que la causa penal N° 5561/2017 ("Coria Joaquín E. Matis María V. s/ lesiones culposas", UFI N° 7 de Olavarría, que tengo a la vista), se encuentra archivada por resolución firme, en los términos del art. 268 último párrafo del CPP (ausencia de prueba suficiente del hecho o de la autoría), por lo que, al no darse el supuesto de absolución del art. 1103 del Cód. Civil, se encuentra habilitado el análisis de los hechos en jurisdicción civil.

En lo que toca a la mecánica del accidente, valoró que del informe técnico realizado en la IPP por el Técnico Superior en Criminalística con especialización en Accidentología Vial, Nicolás Fazio surge que la Sra. Matis "no percibe o lo hace con retardo máximo, el arribo desde su derecha, por ruta nacional 226 en dirección Azul-Olavarría a un automóvil Fiat Siena, el cual era conducido por Coria Joaquín Enrique. A consecuencia, se produce la colisión de tipo embestida centrada perpendicular, teniendo en cuenta el ángulo de incidencia entre la parte frontal del automóvil y el lateral derecho de la camioneta. (...) Factor humano: Por razones que no se conocen con objetividad, negligencia, imprudencia, falta de atención, retardo en la percepción, otros, al iniciar el cruce de la ruta nacional 226, la conductora de la camioneta no percibe o percibe con retardo el avance desde su derecha, al automóvil, el cual circulaba en dirección Azul-Olavarría, obstaculizando su frente de avance y colisionando a consecuencia". (cf. fs. 52 y vta. IPP).

Consideró asimismo que acorde la pericia realizada en sede penal, la camioneta de propiedad del accionante conducida por la Sra. Matis, circulaba a 18 km/h, mientras que el Fiat Siena del accionado lo hacía a 45 km/h. Si bien destacó que la pericia realizada por el Ingeniero Behotas en esta sede se expidió en sentido contrario, pues determinó que "por parte del demandado no hubo percepción de la trayectoria de viraje del actor o si percibió fue con retardo y con exceso de velocidad por el sector.." (en tanto debía atravesar el cruce a 40 km/h y circulaba a 83,14 km/h), priorizó la sentenciante lo dictaminado por el experto Fazio en sede penal. Ello considerando que en la audiencia videograbada a fs. 101 ambos expertos concordaron en que las "pruebas de cesvi" (de impacto contra elementos estáticos) se realizan a una velocidad máxima de 56 km/h (de lo contrario se producirían lesiones gravísimas o muerte), y que fue el Sgto. Fazio el que efectúo la pericia en el lugar del hecho con la presencia de los vehículos, midió las deformaciones de los automóviles y el estado en que quedaron.

Sobre esa base, estimó que hubo responsabilidad compartida de ambos conductores. Ello por cuanto el Fiat Siena conducido por el accionado circulaba con un exceso de velocidad de 5 km/h, y la conductora de la camioneta del accionante, al emprender el giro a la izquierda, no respetó la prioridad de paso del accionado que se acercaba desde la derecha. En ese marco, y considerando que la conductora de la camioneta Chevrolet S-10 estaba en mejores condiciones de proyectar la conducta a desplegar evitando el infortunio, otorgó un 85% de responsabilidad a esta en la causación del siniestro vial (cf. aclaratoria del 19/02/2020), y un 15% de responsabilidad al accionado.

Finalmente, cuantificó los rubros indemnizatorios en las sumas de $347.941 por daños al automotor y $8.000 por privación de uso, rechazando lo reclamado en concepto de gastos colaterales por falta de prueba. Determinó que los intereses se considerarán devengados desde la fecha de mora (determinada el día 19/10/2017) a la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia de Buenos Aires.

II. En su expresión de agravios del 29/07/2020, el accionante argumenta que las velocidades de 18 km/h y 45 km/h estimadas por el técnico Fazio en la pericia realizada en sede penal resultan absurdas e inverosímiles, considerando la magnitud de los daños ocasionados a los rodados, los desplazamientos post-siniestrales, el vuelco de la camioneta sobre una alcantarilla fuera de la ruta, las lesiones sufridas por la conductora Matis y supuestamente también por la acompañante del accionado. Destaca que la gravedad de los daños a los automotores fue reconocida por el accionando al referir que su vehículo sufrió destruc-

ción total, y se pregunta cómo es que pudo producirse tal destrucción total si el impacto se produjo a esas velocidades. Añade que a una velocidad de 45 km/h un Fiat Siena no podría mover una Chevrolet S10, arrastrarla y desencadenar su vuelco. Recordó que el Ingeniero Behotas dictaminó en esta sede que el Fiat Siena circulaba a una velocidad aproximada de 83,14 km/h, y que la velocidad de la Chevrolet S 10 era muy baja y no aportó energía cinética al impacto. Destacó que el informe técnico priorizado en la sentencia fue realizado por un joven de solo 25 años de edad con un curso en accidentología y no fue realizado en el lugar de los hechos —como afirma el decisorio—, sino que solo se recogieron de allí los datos de rigor. Esgrime que esos mismos datos (mediciones, fotografías, etc.) son los que empleó el Ingeniero Electromecánico Behotas en esta sede (recibido tras seis años de estudios), por lo que las razones por las cuales el decisorio apelado dio prevalencia a lo dictaminado en sede penal carecen, a su entender, de razonabilidad. Por ello, considerando que acorde el ingeniero Behotas la velocidad del Fiat Siena excedió en más del doble la máxima permitida (40 km/h conforme los carteles instalados en el lugar), el accionado Coria resultó el embestidor mecánico y causante exclusivo del accidente. Ello pues la Sra. Matis, que se encontraba realizando la maniobra de giro a muy baja velocidad previo vislumbrar a gran distancia la presencia del automóvil, no podía prever que quien se aproximaba lo hacía a una velocidad que excedía el doble de la máxima permitida. Seguidamente, el accionante se agravia de que la sentencia haya considerado aplicable el art. 41 inc. d) de la Ley 24.449, pues tal precepto se refiere a los siniestros acontecidos en una semiautopista y no en una ruta (ruta 226). Aclara además que el accidente no ocurrió en una encrucijada como es el supuesto del art. 41 aludido, sino sobre una ruta, transitando los conductores en sentido contrario uno respecto del otro. Entiende entonces que corresponde aplicar el art. 43 de la Ley 24.449 que alude a "giros y rotondas", cuyas previsiones, aduce, fueron cumplidas por la Sra. Matis. Agrega que su versión de los hechos no solo concuerda con la pericia realizada en esta sede, sino también con lo expuesto por los dos testigos que comparecieron a la audiencia de vista de causa, los Sres. R. S. y R. P., los que pese a ser contundentes no fueron ni siquiera aludidos en la sentencia. Por todo lo expuesto solicita que se revoque la sentencia apelada y se atribuya al accionado responsabilidad exclusiva en la producción del evento dañoso, o, subsidiariamente, se le atribuya un porcentaje mayor de influencia causal.

En lo tocante a los rubros indemnizatorios, se agravia de que en materia de privación de uso se haya omitido considerar lo planteado en punto a que el automotor siniestrado era una herramienta de trabajo y transporte de mercaderías, lo que se acreditó con la prueba testimonial e incluso en el beneficio de litigar sin gastos. Recuerda que según adujo en la demanda, a la época del hecho explotaba un "parri-pollo" (rotisería) en la localidad de Hinojo, y a raíz del hecho incurrió en cuantiosos gastos de transporte y luego de alquiler de una camioneta similar; máxime que vive a 25 km de Olavarría, de donde retiraba la mercadería. Por ello, solicita que se acoja íntegramente el monto oportunamente peticionado de $30.000. Finalmente, en relación con los "gastos colaterales" que la sentencia desestimó por falta de prueba, argumenta que en la causa penal se encuentra acreditado que su pareja Valeria Matis sufrió lesiones leves, y debió ser hospitalizada incurriendo en gastos por medicación, placas, movilidad para realizar curaciones a Olavarría; y respecto de los gastos de fotografías y revelado y gastos de inicio de mediación (cuya factura agregó en autos) pone de relieve la aplicabilidad de lo previsto por el art. 1744 Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto exime de probar cuando el daño "surja notorio de los propios hechos". Solicita entonces que se acoja el rubro por la suma requerida de $8.000, más intereses a la tasa pasiva digital del Bco. Pcia. Bs As.

A su turno, la citada en garantía, Cooperación Mutual Patronal SMSG, en su expresión de agravios del 30/07/2020 (a cuyos términos adhirió el demandado por presentación de igual fecha), se agravia de que se haya atribuido al Sr. Coria un 15% de responsabilidad en la causación del siniestro vial. Ello pues conforme la descripción de los hechos realizada en sede penal, fue la conductora de la camioneta quien no percibió o percibió con retardo el automóvil del accionado. Argumenta que al llevar a cabo una maniobra riesgosa (cruce de una autovía con doble carril de circulación en cada mano), debió ejecutarla con suma cautela (cf. art. 39 de la Ley 24.449), respetando que acorde el art. 40 de la Ley 24.449 no contaba con prioridad de paso, pues había frenado en la intersección con una autovía (art. 41 d y g. 3) y se encontraba realizando una maniobra de giro o viraje (art. 41 g.3). Sostiene que aún cuando hipotéticamente el Sr. Coria hubiese circulado a 40 km/h —y no a 45—, no hubiese podido evitar el impacto, por lo que no hay relación causal entre el obrar del demandado y el resultado dañoso. Subsidiariamente, se agravia de que se hayan fijado intereses a la tasa pasiva digital desde la fecha de mora (19/10/2017), sin advertir que los presupuestos adunados a la demanda están actualizados a la fecha de expedición, por lo que hasta esa fecha los intereses deben computarse al 6 % anual y de ahí en adelante a la tasa pasiva digital.

Corrido traslado de las expresiones de agravio sin que las partes las contesten; llamados los autos para sentencia, firme esa providencia y practicado el sorteo de ley, se encuentran estos obrados en condiciones de ser resueltos.

III. 1. Anticipo que a mi juicio procede hacer parcialmente lugar al recurso de apelación de la parte actora, y rechazar íntegramente el del demandado.

En primer término, destaco que no es de recibo la crítica del actor a la aplicación que efectúa el decisorio apelado de la regla de prioridad de paso emanada del art. 41 inc. d de la Ley 24.449 (aplicable cf. adhesión provincial, art. 1 Ley 13.927). Sostiene el accionante que tal precepto corresponde a los siniestros acontecidos en una semiautopista mas no en una ruta como en este caso. Frente a ello, destaco que como surge de autos (fs. 48 vta. IPP) y es de público conocimiento, en el trayecto que une las ciudades de Azul y Olavarría, la ruta 226 es una "autovía". En el marco de la terminología legal, constituye una vía multicarril (pues dispone de "dos o más carriles por mano"; art. 5 inc. y Ley 24.449), y puede ser calificada como "semiautopista" conforme el inc. 5 de ese mismo precepto. Ello toda vez que es "un camino similar a la autopista pero con cruces a nivel con otra calle o ferrocarril". De manera que no abrigo dudas de que el art. 41 inc. d de la Ley 24.449 resulta aplicable al caso.

Acorde ese precepto, la prioridad de paso de quien circula por la derecha se pierde, entre otros casos, ante "vehículos que circulan por una semiautopista". Ello pues, enfatiza la norma, "antes de ingresar o cruzarla se debe siempre detener la marcha". A fortiori, si quien circula por la derecha carece de prioridad frente a quien circula por una semiautopista, tanto más carecerá de ella quien, como en el caso del actor, intenta ingresar o cruzar una semiautopista desde la izquierda. Claramente entonces, tal como se entendió en la sentencia apelada, la conductora de la camioneta del accionante incumplió una regla de prioridad de paso, pues al avistar, como se relató en la demanda, que se aproximaba un automotor por la mano de la autopista que pretendía atravesar, debió permanecer detenida y cederle el paso, aún cuando se encontrara más alejado del acceso al que ella pretendía ingresar. Tal incumplimiento reviste sustancial gravedad, no solo por la relevancia que las reglas de prioridad de paso poseen para el ordenamiento del tránsito vehicular, sino también por verificarse en una semiautopista, con las gravísimas consecuencias que ello puede traer aparejado (art. 39 inc. b Ley 24.449).

2. Ahora bien, ese sustancial y grave incumplimiento no exime de valorar el proceder que paralelamente adoptó el conductor accionado. Ello pues, como lo ha destacado esta Sala respecto de la prioridad de paso de quien circula por la derecha —con reflexiones aplicables al caso—, la prioridad de paso no puede ser evaluada en forma autónoma "sino, por el contrario, imbricada en el contexto general de las normas de tránsito, analizando su vigencia en correspondencia con la simultánea existencia de otras infracciones y en correlación, también, con los preceptos del Cód. Civil —hoy, el Cód. Civil y Comercial— que disciplinan la responsabilidad por daños" (cf. SCBA Ac. 102.703 del 18/03/2009, "Pellegrino"; Ac. 101.536, "Rodríguez"; esta Sala, causas N° 54.299, "Grassi" del 17/08/2010; N° 61.880, "Araujo", del 10/08/2017; N° 61.694, "Denisio Soria", del 31/08/2017; N° 62.332, "Muñoz, Elsa B...", del 22/02/2018, entre otras tantas).

Lo dicho conduce a valorar la prueba reunida en punto a un extremo fáctico fuertemente controvertido en autos, cual es la velocidad a la que circulaba el demandado Coria. El informe técnico accidentológico (fs. 48/53 IPP) practicado en sede penal por el Sargento Nicolás Fazio, Técnico Superior en Criminalística, Especialista en Accidentología Vial, determinó que al momento del impacto el automotor del accionante era conducido por la Sra. Matis a una velocidad mínima de 18 km/h y que el demandado Coria conducía a una velocidad mínima de 45 km/h. Por su parte, el Ingeniero Electromecánico Marcos Alberto Behotas, en la experticia realizada en autos el 15/09/2019, concluyó que la velocidad de circulación del actor era muy baja —sin referir un valor concreto por no requerirse en los puntos periciales—, pero determinó —en contraste con el Técnico Fazio— que el Sr. Coria conducía a una velocidad aproximada de 83,14 km/h. Como se observa, es notable la diferencia entre la velocidad del accionado dictaminada por uno y otro experto, por lo que conviene determinar —de ser ello posible— a qué obedece esa diferencia.

En su informe técnico (fs. 50 vta. IPP), el Sargento Fazio dejó constancia de que para determinar la velocidad en el caso en particular, "cuantificará la energía disipada en trabajo de trompo y de vuelco"; es decir, sin considerar, en particular, la energía absorbida por la deformación que sufrieron los automotores, y que constituye, según lo por él mismo referido en el párrafo anterior, uno de los factores a ponderar al efecto. Por su parte, el ingeniero Behotas, que aclaró que toda la energía cinética al impacto fue aportada por el Fiat Siena del accionado (en razón de la velocidad de marcha muy baja que llevaba la camioneta pick up y del carácter perpendicular del impacto), no solo tuvo en cuenta la energía disipada en el giro y vuelco sufrido por los automotores, sino también la energía absorbida por la deformación que ellos sufrieron. Al parecer entonces, tal es el motivo de la notable diferencia de velocidades a la que arribaron uno y otro experto. Ciertamente, si se repara en la pericia realizada en esta sede, se advierte que el Ingeniero Behotas atribuyó 211.158,11 Nm (Newton metro) a la energía absorbida por la deformación de ambos vehículos (135.398 Nm para el Fiat Siena y 75.760,11 Nm para la pick up), lo que equivale al 73,59% de la energía total de 286.933,33 Nm que verificó al impacto (resultante de la sumatoria de la antedicha energía de deforma-

ción, más la energía absorbida por el giro de la pick up y el trabajo de vuelco de ambos vehículos).

Como explicación para la omisión de considerar un factor relevante para determinar la velocidad de impacto en un siniestro (máxime considerando la gran deformación que en el caso sufrieron los automóviles; fundamentalmente el del accionado; ver fs. 14 de autos y fs. 7 vta. y 49 y vta. de la IPP), el Sargento Fazio explicó en la audiencia videograbada a fs. 101, que si bien "hay un quantum de energía que se disipa en deformación (...) a nivel técnico no lo puedo plasmar (...) porque no tengo una tabla moderna que lo sustente". Reconoció además que al no considerar la energía absorbida en la deformación —lo que expresó no poder hacer por las razones antes dadas—, la velocidad a la que realmente circulaba el Sr. Coria sería mayor a la que dictaminó. Explicó que las tablas que existen para calcular la velocidad a partir de la deformación no son aplicables a los automotores actuales, porque se idearon para automóviles antiguos, como el Falcón etc., y no contemplan la "deformación programada" propia de los vehículos modernos. Sin embargo, contrarrestando tal afirmación, el ingeniero Behotas explicó en la mentada audiencia que tales tablas han sido actualizadas en al año 2014, otorgando a los automotores actuales, por categorías, un 15 o 20% más de deformación programada. Trajo consigo además documentación respaldatoria de sus dichos; documentación que exhibió al Sargento Fazio sin que este haya formulado algún cuestionamiento concreto que la desacredite. Por todo ello, frente al cuadro de debate descripto, no cabe otorgar prioridad a la pericia llevada a cabo en sede penal, puesto que de los propios dichos del Sargento Fazio surge que en ella se ha omitido un extremo que —al menos en el caso— aparece muy relevante para la determinación de la velocidad, invocándose para ello un obstáculo (ausencia de tablas actualizadas) que ha quedado desvirtuado en autos (art. 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Por lo demás, no puede soslayarse que el dictamen glosado en sede civil es mucho más detallado y fundado, conteniendo argumentos técnicos de mayor relevancia (arts. 384 y 474 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Incluso, refuerza la prevalencia que a mi juicio cabe otorgar a la pericia practicada en esta sede, el hecho de que el único testigo presencial del siniestro, el Sr. R. N. S., expresó que el Fiat Siena circulaba "a más de 100 km estoy seguro", "por lo rápido que llegó al vehículo que venía cruzando" (cf. audiencia videograbada en CD de fs. 98). El citado testigo manifestó, con un relato suficientemente descriptivo y verosímil (art. 456 Cód. Proc. Civ. y Comercial), que "venía saliendo de Colonia Hinojo; estaría llegando a la autovía....cincuenta metros aproximadamente antes de llegar a la autovía yo veo la camioneta parada para entrar, para doblar... la camioneta hace su maniobra, empieza a doblar despacio, normal, y yo veo que viene un auto; la camioneta dobló bien pero el auto venía muy rápido... me asusté, vi que iba a pasar el accidente".

No omito que las explicaciones brindadas por el experto Behotas en la audiencia ya aludida en punto al modo en que midió las deformaciones sufridas por los vehículos (solo con las fotografías puestas a su disposición por no haber tenido los vehículos a la vista), arrojan cierta duda en punto a la exactitud de tal mecanismo de medición. Sin embargo, la prueba testimonial rendida, sumada al carácter prudencial del valor de deformación que el experto adjudicó a los automotores —conforme las explicaciones por él brindadas en tal ocasión—, me convencen de la conveniencia de mantener los valores informados por el experto, sin perjuicio de considerar prudente, a su vez, tener por acreditada la velocidad en el mínimo estimado por el perito, conforme la cota de certeza o de incertidumbre del 10% propia del método analítico de cálculo que empleó. En consecuencia, tengo por acreditado que el demandado Coria circulaba al momento del impacto a una velocidad de 74,82 km/h (cf. pericia; arts. 384, 474, 456 y ccds. Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Despejado entonces el extremo fáctico en cuestión, y siendo un hecho no controvertido en autos que la máxima de circulación permitida en la zona del impacto conforme la señalización del lugar era de 40 km/h (ver fs. 13 y 15), cabe concluir que la infracción a las reglas de tránsito cometida por el demandado ha sido también de entidad, pues importó la circulación de su vehículo a casi el doble de la velocidad permitida. Por ello, como lo señalé en la causa "Dos Santos", pese a la prioridad de paso con que contaba, "su velocidad marcadamente superior a la permitida conlleva la presunción de ausencia de control adecuado y efectivo del rodado" (cf. esta Sala, causa N° 62.015, "Dos Santos, Fabricio G...", del 17/10/2017; art. 52 inc. b Ley 24.449). Incluso, siendo que el accionado confesó que no divisó a la Sra. Matis pues "en ese lugar se encontraba un camión estacionado para doblar a la cantera Villa Mónica" (ver CD de fs. 98; art. 421 Cód. Proc. Civ. y Comercial), la obstrucción de su visión por el motivo indicado, le aconsejaba entonces aún más adoptar una velocidad precautoria acorde a la contingencia, conforme lo estipula el art. 50 de la Ley 24.449.

Empero, al cotejar la entidad concausal de ambas inconductas —e infracciones de tránsito— estimo de mayor gravedad e incidencia en el resultado final la maniobra de la Sra. Matis. Es que como lo destaque en la causa "Lucero", el viraje a la izquierda en hipótesis siniestrales como la de autos, implica una maniobra particularmente riesgosa por importar la invasión de la zona de la calzada reservada para los que avanzan

por la mano contraria (esta Sala, mi voto en la causa N° 45.939, "Lucero, Emilio R...", del 25/11/2003; con cita de Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", T. II-B p. 51; Garrido - Andorno "El artículo 1113 Cód. Civil...", p. 339; Cám. Apel. Civ. y Com. Trenque Lauquen, "Pichinini, Luis M. c. Baldres, Rafael s/ daños y perjuicios", Revista Jurisprudencia Provincial Buenos Aires, Julio 1992, N° 1, p. 67; Cám. Civ. y Com. San Nicolás, Causas del 04/08/1987, "Assi, Rodolfo M. c. Johanning, José A. s/ daños y perjuicios" y del 28/06/1988 "Cortese, Juan A. c. Pessone, Juan D. s/ daños y perjuicios"; esta Sala Causas N° 37.224 del 11/06/1996 "Alvarez" JA, 1997-II-183; N° 37.032, 12/07/1996 "Ermaliuk"; N° 42.976, 06/09/2001 "Testa"; SCBA Ac. 76.725, 28/11/2001, "Orellana, Nancy G. c. Sbaiz, Bruno C. s/ daños y perjuicios"). De modo que al emprender el cruce horizontal del carril de circulación de una autovía, la Sra. Matis debió asegurarse de que no bloquear el tránsito, obstruyéndolo con su presencia. Habiendo divisado que se aproximaba el automotor del accionado (cf. demanda fs. 23), debió permanecer detenida y solo emprender el cruce una vez que el paso se encontrara expedito. Por ello, si bien la excesiva velocidad a la que circulaba el accionado tuvo gravitación causal en el desenlace dañoso, estimo que la maniobra de giro emprendida por la pareja del accionante importó la introducción de un factor de mayor riesgo, y poseyó, por ende, mayor relevancia causal en el resultado dañoso (art. 384 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

3. En consecuencia, propongo hacer parcialmente lugar al recurso de apelación del accionante rechazando el incoado por la citada en garantía y el demandado; y modificar la sentencia recurrida determinando que la contribución causal del demandado al siniestro del que se derivaron los daños y perjuicios sufridos por el accionante fue del 30%, correspondiendo el restante 70% al hecho de un tercero en autos, la Sra. Matis, conductora del rodado de propiedad del actor (arts. 1, 2, 3, 1716, 1717, 1721, 1731, 1734, 1736, 1769, 1757, 1758 y ccds. Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 39 inc. b, 41 inc. d, 50, 52 inc. b y ccds. de la Ley 24.449 —aplicable cf. adhesión Ley provincial 13.927—; arts. 260, 375, 384, 421, 456, 474 y ccds. Cód. Proc. Civ. y Comercial).

IV. En lo que atañe al rubro indemnizatorio privación de uso, la sentencia apelada fijó prudencialmente una suma de $8.000. El accionante se agravia de que la sentencia haya omitido considerar que su camioneta era una herramienta de trabajo y transporte de mercaderías —no solo de uso particular como consideró el decisorio—; lo que acreditó con la prueba testimonial e incluso en el beneficio de litigar sin gastos. Recuerda que como lo destacó al demandar (fs. 25 vta./26), a la época del hecho explotaba un "parri-pollo" (rotisería) en la localidad de Hinojo, y a raíz del hecho incurrió en cuantiosos gastos de transporte y luego de alquiler de una camioneta similar; máxime que vive a 25 km de Olavarría, de donde retiraba la mercadería. Por ello, solicita que se acoja íntegramente el monto oportunamente peticionado de $30.000.

Estimo que le asiste razón en esa crítica, por cuanto el decisorio recurrido efectivamente omite meritar el destino comercial que el accionante también brindaba a su vehículo, conforme lo acreditó con las declaraciones de dos testigos. El Sr. R. S., conocido del accionante por vivir en Hinojo, declaró que este "tenía un espiedo, una rotisería y usaba la camioneta para trabajar, llevar la mercadería y los insumos para el local". Por su parte, el Sr. R. D. P., que también manifestó conocer al actor del pueblo, declaró que el mencionado tenía una rotisería que estaba a dos cuadras y media de su casa; que lo veía descargar mercadería y que, según su conocimiento, el accionante no tenía otro auto. Expresó además que a los cuatro o seis meses la rotisería cerró, por motivos que desconocía.

En razón de lo expuesto, considero que el accionante ha acreditado este perjuicio material adicional que sufrió como consecuencia de la privación de su automotor (arts. 1716, 1726, 1727, 1737, 1738, 1740, 1744 y ccds. Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 375, 384, 456 y ccds. Cód. Proc. Civ. y Comercial). Por lo hasta aquí dicho, en los términos del art. 165 Cód. Proc. Civ. y Comercial —pues no se ha acreditado el monto correspondiente al perjuicio probado—, y considerando que conforme lo declarado por el testigo P., la rotisería cerró a los cuatro o seis meses del siniestro, estimo prudente hacer lugar a su recurso y elevar la suma indemnizatoria fijada en concepto de este rubro a la requerida de $30.000 (arts. 1716, 1726, 1727, 1737, 1738, 1740, 1744 y ccds. Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 165, 375, 384, 456 y ccds. Cód. Proc. Civ. y Comercial).

V. Por otra parte, el actor se agravia también de que la sentencia apelada no haya hecho lugar a lo reclamado en concepto de "gastos colaterales" por falta de prueba. Por tal concepto, el accionante requirió se ordene la reparación de gastos indocumentados en concepto de traslados, medicamentos por la atención médica de su pareja y la beba de ambos, controles médicos, y gastos de iniciación de mediación.

Los gastos por iniciación de la mediación prejudicial obligatoria, deben considerarse integrantes del concepto de costas, debiendo incluirse —en la proporción correspondiente al progreso de la demanda— en la liquidación respectiva a realizarse en la etapa pertinente (cf. art. 31 Dec. 43/2019, reglamentario de la Ley 13.951).

Asimismo, respecto de lo reclamado en concepto de los gastos médicos en que debió incurrir su pare-

ja, la Sra. Matis, entiendo que el accionante carece de legitimación activa para su reclamo, pues no ha acreditado que los haya afrontado a título personal (arts. 1738 y 1739 Cód. Civ. y Com. de la Nación.).

Finalmente, en lo que respecta a los gastos por la atención médica de su bebé, la ausencia de toda prueba impide el reconocimiento de lo reclamado por el rubro (art. 375 Cód. Proc. Civ. y Comercial), en razón de que no se aplica al caso la presunción emanada del art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, pues la bebé del accionante no padeció lesiones producto del siniestro, tal como él mismo lo relató en su demanda (ver fs. 23 y vta.). Y si bien va de suyo que se le han efectuado los controles de rigor que descartaron lesiones, debo suponer, frente a la ausencia de toda prueba, que ellos han sido cubiertos por el sistema público de salud (tal como surge del relato introducido en la demanda; fs. 23 y vta.) o por una obra social. De modo que no encuentro motivos atendibles para revocar el decisorio apelado en esta parcela (arts. 1738, 1739, 1746 y ccds. Cód. Proc. Civ. y Comercial; arts. 384, 375 y ccds Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. Finalmente, en lo que atañe a los intereses, la citada en garantía —a cuyos fundamentos adhirió el demandado—, critica que se haya fijado la tasa pasiva digital del Banco Provincia desde la fecha de mora (producida el día del siniestro; el 19/10/17), en razón de que los presupuestos adunados a la demanda están actualizados a su fecha de expedición, por lo que hasta esa fecha los intereses deberían computarse al 6% anual y recién de ahí en adelante a la tasa pasiva digital.

Entiendo que este agravio también debe ser rechazado, puesto que los escasos 11/14 días transcurridos entre el siniestro (el 19/10/2017) y las fechas de expedición de ambos presupuestos (30/10/2017 el de fs. 20 y 02/11/2017 el de fs. 21), permiten considerar que los valores en ellos consignados corresponden a valores de mercado vigentes al tiempo de los hechos. Por ello, cabe concluir que el reconocimiento de intereses a una tasa bancaria desde la fecha del siniestro, no entraña en el caso un enriquecimiento sin causa del accionante (art. 3 Cód. Civ. y Com. de la Nación). En razón de lo expuesto, propongo rechazar el agravio en tratamiento y confirmar lo resuelto al respecto por el decisorio apelado.

VII. En lo que atañe a las costas generadas por el recurso de apelación del accionante, propongo imponerlas en un 40% a su parte y en un 60% a la citada en garantía y al demandado, acorde el éxito parcial de los agravios (art. 71 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Por su parte, propongo imponer en su totalidad a estos últimos las costas de alzada generadas por su recurso, atento su íntegra calidad de perdidosos en el trámite recursivo (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Los doctores *Peralta Reyes* y *Longobardi* adhieren al voto que antecede, votando en igual sentido por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor *Galdós* dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, corresponde: 1. Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación del accionante, y modificar la sentencia apelada determinando que el accionando y su compañía aseguradora deberán responder por el 30% de los daños y perjuicios sufridos por el accionante. 2. Hacer lugar a la impugnación del actor, y elevar la suma indemnizatoria reconocida en concepto de daño por privación de uso a la de treinta mil pesos ($30.000). 3. Rechazar el agravio del demandante y confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó el rubro "gastos colaterales". 4. Rechazar en todas sus partes el recurso de apelación incoado por la citada en garantía y el demandado. 5. Imponer las costas generadas por el recurso de apelación del accionante en un 40% a su parte y en un 60% a la citada en garantía y al demandado (art. 71 Cód. Proc. Civ. y Comercial); e imponer en su totalidad a estos últimos las costas de alzada generadas por su recurso (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 6. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 Ley 14.967). Así lo voto.

Los doctores *Peralta Reyes* y *Longobardi* adhieren al voto que antecede, votando en igual sentido.

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266, 267 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: 1. Hacer parcialmente lugar al recurso de apelación del accionante, y modificar la sentencia apelada determinando que el accionando y su compañía aseguradora deberán responder por el 30% de los daños y perjuicios sufridos por el accionante. 2. Hacer lugar a la impugnación del actor, y elevar la suma indemnizatoria reconocida en concepto de daño por privación de uso a la de treinta mil pesos ($30.000). 3. Rechazar el agravio del demandante y confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó el rubro "gastos colaterales". 4. Rechazar en todas sus partes el recurso de apelación incoado por la citada en garantía y el demandado. 5. Imponer las costas generadas por el recurso de apelación del accionante en un 40% a su parte y en un 60% a la citada en garantía y al demandado (art. 71 Cód. Proc. Civ. y Comercial); e imponer en su totalidad a estos

últimos las costas de alzada generadas por su recurso (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). 6. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 Ley 14.967). Regístrese, notifíquese por Secretaría y devuélvase al Juzgado de origen. — *Víctor M. Peralta Reyes — Jorge M. Galdós. —María I. Longobardi.*

VICIO DE LESIÓN

Compraventa de inmueble rural. Evidente desproporción en las prestaciones de las partes. Nulidad del acto jurídico. Efectos. Restitución del precio recibido.

1. — Debe tenerse por acreditada la evidente desproporción en las prestaciones de las partes, por cuanto el accionado ha abonado la irrisoria suma de $290.000, por un predio rural cuyo valor real era muy superior a este monto. Si el negocio jurídico plasmado entre las partes se hubiera tratado de una dación en pago, como lo asevera el demandado, en los respectivos instrumentos públicos se debieron haber detallado —y precisado— los términos en que se formalizaba ese modo de cumplimiento de las obligaciones que es el "pago por entrega de bienes", aun cuando la convención resultara alcanzada por las reglas del contrato de compraventa.

2. — Como el actor siempre estuvo en posesión del inmueble, es indudable que debe restituir la suma de que percibió con anterioridad al acto cuya nulidad se declara. Pero más allá de la obligación de restituir la suma percibida, que recae sobre el accionante, lo que no puede admitirse es el planteo esbozado en la última parte de la expresión de agravios del demandado, quien procura dolarizar dicha suma y convertirla en una obligación de valor. La suma recibida por el actor estuvo expresada en pesos en la escritura de compraventa, sin que haya habido ninguna referencia a la moneda extranjera.

CCiv. y Com., Azul, sala II, 09/02/2021. - Campo, Ignacio Mateo c. Tosi, Carlos Rubén s/ nulidad de acto jurídico.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5879/2021]

COSTAS

Se imponen en un 80% al demandado y en un 20% al actor.

Causa N° 2-65732-2020

2ª Instancia.- Azul, febrero 9 de 2021.

1ª ¿Son procedentes los recursos de apelación interpuestos el 03/03/2020 por la parte demandada y el 22/06/2020 por el tercero citado en la causa N° 65.732 y el 03/03/2020 por la parte actora en la causa N° 65.708 contra la sentencia única de fecha 26/02/2020? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Peralta Reyes* dijo:

I. Ha llegado apelada a esta alzada la sentencia única dictada en la anterior instancia, con fecha 26/02/2020, en los procesos acumulados que se caratulan: "Campo, Ignacio M. c. Tosi, Carlos R. s/ nulidad de acto jurídico" (causa N° 65.732 en la numeración de este tribunal), y "Tosi, Carlos R. c. Campo, Ignacio M. s/ seivindicación" (causa N° 65.708 en la misma numeración). En dicha sentencia única, en la primera de esas causas, se hizo lugar a la demanda promovida por Ignacio Mateo Campo contra Carlos Rubén Tosi, declarando la nulidad por el vicio de lesión subjetiva del acto jurídico de compraventa plasmado en la escritura N° ..., de fecha 16/03/2009, pasada ante el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, con costas al accionado vencido. Por su parte, en la segunda de las causas indicadas, se rechazó la demanda de reivindicación promovida por Carlos Rubén Tosi contra Ignacio Mateo Campo, en relación al inmueble designado como: circunscripción XIII, parcela ..., partida 2207, matrícula ... del Partido de Olavarría —objeto de la anulada escritura de compraventa N° 273—, con costas al actor vencido.

II. En la demanda que dio inicio al proceso sobre nulidad de acto jurídico (causa N° 65.732), promovida con fecha 20/05/2010, el actor Ignacio Mateo Campo afirmó que, en el año 2007, decidió comprar un inmueble urbano ubicado en la ciudad de Olavarría que pertenecía a su familia (matrícula ... de ese partido), por lo que concurrió a la Escribanía Erramouspe a efectos de constituir una hipoteca sobre el único inmueble rural de su propiedad que había recibido en herencia de su padre (matrícula ... de Olavarría). Dijo ser una persona que no se desempeña en negocios; que su único medio de vida es el arrendamiento que percibe por ese inmueble rural de su propiedad, ya que no posee habilidad para realizar actividad comercial o laboral alguna; y que su grupo familiar se encuentra formado por su esposa e hija, ambas discapacitadas. Continuó relatando que pese a haber sido atendido con total corrección y esmero en la Escribanía Erramouspe, luego se vinculó con el demandado Carlos Rubén Tosi, "quien me convence de irme de esa escribanía y que él me prestaría el dinero". Y siguió manifestando el actor: "De esta manera dejo de ir a lo del escribano Erramouspe y comienzo a firmar una serie de operaciones en la escribanía Catanzaro

de esta ciudad. Siempre convencido que toda la documentación que firmaba era relativa a la hipoteca y a los pesos treinta mil ($30.000) que había pagado por el inmueble matrícula ... cuya escritura acompaño y que pasara por ante el registro del escribano Bonnat". Adujo el actor que grande fue su sorpresa y desazón, cuando recibió la carta documento de fecha 30/12/2009 —agregada a fs. 12—, donde el apoderado de Carlos Rubén Tosi lo intimó a hacer entrega efectiva del predio rural situado en la localidad de Espigas, con una superficie de 123 has, 62 as, 90 cas, circunscripción XIII, parcela ..., partida ..., matrícula ... del Partido de Olavarría, en virtud de la compraventa realizada por escritura N° ... de fecha 16/03/2009, ante el Notario Alfredo Enrique Catanzaro (ver escrito de demanda a fs. 16/17).

Sobre la base de estas alegaciones, sostuvo el actor que es un acto nulo el plasmado en la referida escritura de compraventa N° 273 de fecha 16/03/2009, porque el demandado Carlos Rubén Tosi se aprovechó de su inexperiencia, ligereza y necesidad (fs. 17). De allí que reclamó la nulidad de dicho acto jurídico (fs. 16 y 26 vta.).

III. A los pocos días de haberse iniciado la antedicha demanda por nulidad de acto jurídico, con fecha 29/06/2010, Carlos Rubén Tosi promovió demanda de reivindicación contra Ignacio Mateo Campo, con relación al ya detallado inmueble rural de 123 has, 62 as, 90 cas, circ. ..., parcela .... partida ..., matrícula ... del Partido de Olavarría. El actor justificó la titularidad del dominio del inmueble con la cuestionada escritura N° ... de fecha 16/03/2009, otorgada ante el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, y promovió esta acción reivindicatoria con el objeto de que se condene a Ignacio Mateo Campo a entregarle el inmueble (ver fs. 35/38 vta. de la causa N° 65.708).

IV. Pues bien, como señalé en el apartado I, en la sentencia apelada se hizo lugar a la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por Ignacio Mateo Campo, declarando la nulidad por el vicio de lesión subjetiva del acto jurídico de compraventa plasmado en la escritura N° ..., de fecha 16/03/2009, pasada ante el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro. Para llegar a esta solución y luego de encuadrar jurídicamente la cuestión en el art. 954 del Cód. Civil —en atención a la fecha de constitución de la situación jurídica—, entendió la magistrada que se ha acreditado una evidente desproporción en las prestaciones de las partes, declarando que "ha habido una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación en cabeza del accionado, tal como lo exige el art. 954 del CC". En cuanto al elemento subjetivo consideró la jueza que estaba en condiciones de "declarar cumplido el recaudo subjetivo, y determinar que el actor se encontraba en un estado de inferioridad, sea ligereza o inferioridad psíquica, en relación al accionado". Las costas de esta acción las impuso al demandado vencido Carlos Rubén Tosi.

Seguidamente, abordó la jueza la acción reivindicatoria promovida por Carlos Rubén Tosi, concluyendo en que "habiéndose declarado la nulidad de la escritura de compraventa en la que el actor funda su legitimación, corresponde, sin necesidad de un mayor análisis, declarar la falta de legitimación de la actora, por falta de título que le dé derecho sobre la cosa". Las costas de esta acción las impuso al actor vencido.

Los distintos fundamentos dados en esta sentencia, serán analizados a medida que se aborden los recursos de apelación deducidos por el apoderado de Carlos Rubén Tosi.

V. Como ya lo anticipé, la sentencia de primera instancia fue pasible de sendos recursos de apelación interpuestos por Carlos Rubén Tosi en cada uno de los procesos acumulados. En el juicio de nulidad de acto jurídico (causa N° 65.732), se agravió el demandado por no considerar cumplidos los recaudos exigidos por el art. 954 del Cód. Civil, aduciendo que en el caso no se ha configurado el vicio de lesión subjetiva. Formuló diversas consideraciones sobre la desproporción de prestaciones determinada en la sentencia apelada, y sostuvo que ese extremo fáctico no ha quedado acreditado en el proceso. Trazó la relación existente entre los mutuos hipotecarios formalizados entre las partes y la operación de compraventa, caracterizando al negocio como una verdadera dación en pago. En otro orden, sostuvo que en la sentencia se omitió reconocer y explicitar las consecuencias jurídicas que emergen de la declaración de nulidad, y aludió a la restitución de prestaciones con cita del art. 1050 del Cód. Civil. En el decurso del presente voto me explayaré sobre las distintas alegaciones vertidas por el apelante. A su vez, en el juicio de reivindicación (causa N° 65.708), el actor Carlos Rubén Tosi interpuso recurso de apelación que supeditó a las resultas del proceso sobre nulidad de acto jurídico, y solicitó —en forma subsidiaria— que las costas se impongan en el orden causado.

Por su parte, en la causa N° 65.732, también dedujo recurso de apelación el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, quien formuló diversas reflexiones sobre su intervención en el acto cuestionado y se limitó a solicitar que se tenga por válida e incuestionable su actuación profesional.

Habiendo contestado la parte actora los agravios del demandado y producido el pertinente dictamen por parte de la Asesora de Incapaces, se llamaron autos para sentencia y se practicaron los demás trámites de rigor. De este modo, se practicó el sorteo de ley y

han quedado las actuaciones en condiciones para el dictado de la presente sentencia.

VI. Al analizar el vicio de lesión subjetiva en el proceso sobre nulidad de acto jurídico, sostuvo la jueza de grado —con relación al elemento objetivo— que en este caso se ha acreditado una evidente desproporción en las prestaciones de las partes, en el acto jurídico de compraventa plasmado en la escritura N° ..., de fecha 16/3/2009, otorgada por el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, por el cual el actor Ignacio Mateo Campo le vendió al accionado Carlos Rubén Tosi, el predio rural objeto de autos —matrícula ... de Olavarría—, por el precio total de $290.000, suma que, conforme surge del acto referido, el vendedor recibió antes de ese acto. Señaló la jueza, a continuación, que surge de la letra de esa escritura N° ..., "que el inmueble no reconoce embargo, locación, ni más derecho real que dos hipotecas constituidas a favor del accionado, y que, conforme se consigna, se encuentran abonadas".

1. Acerca de este elemento objetivo del vicio de lesión subjetiva, se ha sostenido que "la doctrina ha interpretado que cuando el artículo 954 habla de desproporción evidente, quiere significar tanto cuanto manifiesta, perceptible, indudable, incuestionable. Debe ser de grado tal que no deje la menor duda sobre su existencia, porque siendo la lesión una excepción a la regla de que los contratos se celebran para ser cumplidos, es de interpretación restrictiva. Los tribunales han dicho que debe tratarse de una ventaja patrimonial que excede toda medida de lo que habitualmente ocurre en los negocios, que no tiene relación con las oscilaciones del mercado, con las contingencias ordinarias de las transacciones, y que cobra un volumen que inquieta a cualquier observador desprevenido; que la notable desproporción debe entenderse como grosero desequilibrio entre las prestaciones, suficiente para revelar la absurda explotación a que se refiere la ley; debe ser tan chocante que hiera los sentimientos de moralidad y equidad de que se nutre la norma". Y se agrega que "finalmente la ley exige que esa ventaja patrimonial no tenga justificación. Esto es falta de causa suficiente que explique satisfactoriamente la desproporción de las prestaciones" (conf. Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, tomo II, ps. 839 y 840; en un mismo orden de ideas, en comentario al art. 332 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, ver Rivera-Crovi, en Derecho Civil y Comercial, Derecho Civil, Parte General, Rivera-Medina directores, Bs. As. 2017, ps. 806 y 807).

Siempre en torno al elemento objetivo, ha puntualizado Cifuentes que se debe tratar de una ventaja evidentemente desproporcionada, referida al quantum de las prestaciones, que no poseen entre ellas la correspondiente equivalencia y, además, que esa situación no equivalente no pueda justificarla la parte que ha obtenido la ventaja (como, por ejemplo, que haya existido una situación afectiva, personal, retributiva de relaciones patrimoniales o personales anteriores que justifiquen que las prestaciones sean dispares y desproporcionadas). Y agrega este mismo autor que ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada, viene a ser un desequilibrio de las prestaciones indudable, incuestionable, que no necesita ser probado, acreditado; aunque sí, desde luego, deben conocerse los valores de cada prestación para comparar el que surja de la existencia del desequilibrio (conf. Cifuentes, Negocio Jurídico, p. 481). Y ese esencial cotejo de valores también es destacado por Zannoni, quien menciona un caso jurisprudencial donde se dijo que no hay desproporción en las prestaciones que haga suponer una lesión, si la diferencia entre los valores que se discuten consiste en la suma resultante entre $2.500.000 y $1.750.000; recordando también otro precedente donde se descartó tal desproporción de prestaciones al haber una diferencia del 13,32% entre el precio pagado y la tasación (conf. Zannoni, Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos, ps. 321 y 322; ver también Brebbia, Hechos y Actos Jurídicos, T. 2, ps. 236 a 239).

2. Pues bien, retomando el análisis del caso de autos, es posible apreciar que en la sentencia apelada se ha realizado esta comparación de los valores de cada prestación que es señalada por la doctrina, porque así lo exige una correcta aplicación del art. 954 del Cód. Civil. De este modo recaló la magistrada en la pericia de tasación practicada por la Martillera María Delia Pitrelli —con fecha 01/8/2012— en el juicio sobre nulidad de acto jurídico (fs. 169/169 vta.), quien luego de evaluar las características de la fracción de campo objeto de autos, tasó el precio de la hectárea en la suma de u$s 3000, de acuerdo a consultas con colegas de la ciudad de Olavarría y con personas que poseen campos en la zona, a los valores de plaza y a últimas ventas realizadas (ver fs. 169 vta. del juicio de nulidad de acto jurídico). Aquí debe señalarse que esta tasación fue realizada al mes de agosto de 2012, o sea que no consta en autos un valor del campo a la época en que se formalizó el cuestionado acto jurídico de compraventa (marzo de 2009), como lo requiere el cuarto párrafo del art. 954 del Cód. Civil, y lo ha destacado en su expresión de agravios el demandado Carlos Rubén Tosi. En los desarrollos siguientes de este voto, me ocuparé de esta crítica del escrito recursivo.

Lo verdaderamente importante que cabe extraer de esta pericia es el valor de tasación de la hectárea del predio rural, que la perito martillera determina en la suma de u$s 3000, ya que en las operaciones aritméticas realizadas en el dictamen se deslizó un evidente error material, que luego se reprodujo en la sentencia apelada (ver fs. 169 vta. del juicio de nulidad de acto

jurídico). Este error de la pericia fue oportunamente advertido por la parte actora, quien rectificó los guarismos indicados en la pericia y sostuvo que partiendo de un valor de u$s 3000 para la hectárea, y multiplicándolo por 123 hectáreas, se obtiene un monto total para la fracción de campo de u$s 369.000 (ver fs. 283 vta. de ese mismo proceso). A su vez, tomando la cotización oficial del dólar estadounidense del día 12/06/2012, que fue de $4,56 para la venta —según la información dada por la perito martillera a fs. 169 vta.—, se obtiene un valor del inmueble en nuestra moneda de $1.682.640 (ver las acertadas observaciones que formuló la parte actora a fs. 283 vta. del juicio sobre nulidad de acto jurídico).

Y tal como lo puntualicé en el párrafo precedente, el error aritmético de la pericia de tasación se reprodujo en la sentencia apelada (ver apartado IV, punto 3, cuarto párrafo, de este pronunciamiento). Esta circunstancia fue destacada por el demandado en su expresión de agravios, cuando luego de cuestionar que en el proceso "no existe valor del bien al tiempo de celebración del acto como lo exige la ley (año 2009)", puntualizó que "el resultado aritmético del valor del predio en 2012 y que exhibe la sentencia es incorrecto. La perito expresó que el valor de la hectárea, en 2012, era de tres mil dólares estadounidenses. Y el predio tiene alrededor de 123 hectáreas, por lo que el precio total en dólares que exhibe la sentencia no se corresponde con el valor del predio en 2012, aún cuando el valor del predio rural en ese año y que exhibe la sentencia sea jurídicamente irrelevante".

3. Pero más allá del error aritmético que destaque precedentemente, lo relevante es que la perito martillera fijó un valor de la hectárea de u$s 3000, siendo este un dato de singular valía, aunque haya sido determinado en el año 2012, y no en el año 2009, cuando se concretó el impugnado acto jurídico de compraventa.

Y rescato la valía de dicho dato pericial, pues utilizando las máximas de experiencia con arreglo a las reglas de la sana crítica (art. 384 del Cód. Proc.), es posible arribar a la conclusión de que los valores de los inmuebles rurales determinados en dólares estadounidenses, no varían mayormente en un período breve de tiempo, sobre todo si se considera que entre los años 2009 y 2012, se registró en nuestro país una situación de bastante estabilidad económica, lo que puede apreciarse —prontamente— con el cotejo de los valores de la moneda extranjera en uno y otro momento. En efecto, la cotización de la moneda estadounidense a la fecha del acto atacado de nulidad (16/03/2009) era de $3.66 para el tipo de cambio vendedor, mientras que al día 12/06/2012 —tomado por la perito martillera— era de $4,56; lo que revela que, en todo ese período de más de tres años, el incremento de la divisa norteamericana fue de un 24,59%. Esta evolución de la cotización de la moneda extranjera resulta sumamente leve, si se la compara con los bruscos incrementos que se han observado en los últimos tiempos de la economía nacional (arts. 163 inc. 5, 384, 474 y ccs. del Cód. Proc.).

4. Luego de los razonamientos precedentes, me encuentro en condiciones de realizar la concreta comparación entre los valores de las prestaciones comprendidas en la cuestionada operación de compraventa, esto es, por un lado, el valor del inmueble a la época de ese acto jurídico (16/03/2009), y, por otro lado, el precio pagado por el comprador Carlos Rubén Tosi, que resulta de la misma escritura N° ..., otorgada ante el Escribano Catanzaro, y que fue de $290.000.

Y aquí debo coincidir con la conclusión sentada por la magistrada de la anterior instancia, quien tuvo por acreditada la evidente desproporción en las prestaciones de las partes, por cuanto el accionado ha abonado la irrisoria suma de $290.000, por un predio rural cuyo valor real era muy superior a este monto. En efecto, para sentar esta conclusión, hay que partir del valor de la hectárea fijado en la pericia de tasación de u$s 3000 —del cual no encuentro motivo para apartarme por las consideraciones antedichas—, y multiplicarlo por 123 has, lo que arroja un monto total para la fracción de campo de u$s 369.000. A su vez, la cotización del dólar estadounidense a la fecha del acto impugnado (16/03/2009), era de $3,66 para la venta, por lo que dicho valor total de la fracción de campo de u$s 369.000, expresado en la moneda de nuestro país, se elevaba a la cantidad de $1.350.540.

De esta forma es posible realizar la concreta comparación entre los dos valores que subrayé en el párrafo anterior: el monto pagado por el comprador de $290.000, y el valor total de la fracción de campo expresado en nuestra moneda de $1.350.540. Y así puede observarse que este último guarismo es 4,6570 veces superior al precio pagado por el comprador. O expresado en términos porcentuales, el monto pagado por el adquirente —$290.000— solo importó el 21,475% del valor total que tenía el inmueble en aquella época —$1.350.540—. Como puede apreciarse, se está ante una evidente e injustificada desproporción de las prestaciones, que permite confirmar la sentencia apelada en cuanto juzgó configurado el vicio de lesión subjetiva. En efecto, el demandado obtuvo una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación —elemento objetivo—, aprovechando el estado de inferioridad del actor —elemento subjetivo que también se tuvo por comprobado en la sentencia—, por lo que se encuentran suficientemente acreditados los extremos exigidos por la norma aplicable en la especie (art. 954 del Cód. Civil).

5. Siempre en este capítulo relativo al elemento objetivo del vicio de lesión subjetiva, debe desarticularse otro planteo del demandado, quién a los fines de mejorar su postura procesal, procura que también se computen los valores de las hipotecas que se otorgaron entre las partes, con anterioridad a la formalización de la compraventa impugnada. Anticipo opinión en el sentido de que este planteo debe ser rechazado en plenitud, por cuanto no encuentra ningún asidero en las constancias de la causa (arts. 375 del Cód. Proc.).

En efecto, en este punto es menester recordar que por escritura N° 110 de fecha 22/02/2008, pasada ante el registro del Escribano Carlos Severo Erramouspe, se constituyó una primera hipoteca sobre el inmueble de autos, a favor del aquí demandado Carlos Rubén Tosi, en garantía de un préstamo por la suma de u$s 56.217, que el deudor Ignacio Mateo Campo recibió en ese acto y se obligó a devolver, con más los respectivos intereses, en el plazo de un año (ver escritura glosada a fs. 58/65). A los fines de esclarecer la magnitud de los guarismos en juego, conviene destacar que ese monto de u$s 56.217, al tipo de cambio vendedor de esa fecha ($1,84), importó en nuestra moneda la cantidad de $103.439.

A su vez, por escritura N° 884 de fecha 17/07/2008, pasada ante el registro del Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, se constituyó una hipoteca en segundo grado sobre el inmueble de autos, a favor del aquí demandado Carlos Rubén Tosi, en garantía de un préstamo por la suma de u$s 29.800, que el deudor Ignacio Mateo Campo recibió en ese acto y se obligó a devolver, con más los respectivos intereses, en el plazo de un año (ver escritura glosada a fs. 41/47). También a los fines de clarificar la importancia de los valores en discusión, es necesario recordar que ese monto de u$s 29.800, al tipo de cambio vendedor de esa fecha ($1,80), importó en nuestra moneda la cantidad de $53.640.

Compraventa cuestionada.

En efecto, así surge —con absoluta claridad— de la escritura N° ... de cancelación de ambas hipotecas, otorgada ante el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro con fecha 16/03/2009 (ver instrumento de fs. 48/51), donde compareció el aquí demandado Carlos Rubén Tosi y manifestó en forma expresa "que ha percibido el monto total prestado extinguiéndose en consecuencia las obligaciones, por lo cual declara canceladas ambas hipotecas, consintiendo se expida testimonio de la presente para su inscripción en el Registro de la Propiedad" (ver manifestación de fs. 48 vta.). De allí que en la sentencia apelada se haya señalado que "en nada inciden las hipotecas constituidas sobre el bien, y que las mismas fueran garantías de préstamos otorgados por el accionado al actor. Además, dichas hipotecas fueron canceladas (conforme surge de la letra de la escritura cuya nulidad se pretende)".

Aquí solo resta desestimar un argumento esbozado por el apelante en su pieza recursiva, donde alude a la forma en que la parte actora formuló la tercera ampliación a la absolución de posiciones del demandado (ver fs. 122 *in fine*). Y cabe señalar que esta imprecisa formulación de la posición, sin brindarse precisiones de ninguna índole en cuanto a la época en que habría acontecido esa falta de pago "en tiempo y forma", no puede enervar —en modo alguno— las categóricas manifestaciones que realizó el demandado en la referida escritura N° ... de cancelación de las hipotecas (arts. 384 y 409 del Cód. Proc.).

6. En su escrito de expresión de agravios, el demandado ha realizado un denodado esfuerzo pretendiendo vincular a las referidas hipotecas otorgadas a su favor con fechas 22/02/2008 y 17/07/2008, con la posterior compraventa de la fracción de campo, también realizada a su favor con fecha 16/03/2009. Y así llegó al extremo de afirmar que esta compraventa importaría, en rigor, una dación en pago del inmueble a su favor, en virtud de que el deudor Ignacio Mateo Campo no habría pagado los importes correspondientes a los préstamos dinerarios que se garantizaron con dichas hipotecas (en el punto anterior reseñé estos mutuos).

En esta línea de pensamiento, adujo el demandado —en su escrito recursivo— que "el actor no demostró su hecho alegado y sobre el que ofreció prueba tendiente a demostrar que los montos de los préstamos con garantía hipotecaria fueron cancelados de manera distinta a la entrega del predio rural como pago". Siempre en este intento de ligar las hipotecas precedentes con la compraventa cuestionada, adujo el demandado que "ambas partes reconocieron e introdujeron como cuestión fáctica la existencia de los préstamos anteriores a la compraventa impugnada y como parte de un negocio, que ninguno denominó técnicamente, pero respecto del cual alegaron hechos que revelan que excedía el marco de una simple compraventa y que permiten calificarlo jurídicamente según ley. En lo único que difieren las partes, es en que el actor alegó y no probó que hubiera abonado los mutuos de manera distinta a la entrega del predio rural".

En esta misma tesitura continuó afirmando el demandado que los mutuos anteriores integraron el precio de la compraventa, y que el actor no probó haber hecho los pagos correspondientes a esos prestamos dinerarios, no habiendo adjuntado recibos ni constancias de pagos bancarizados. Y de esta manera sostuvo que, dado el resultado de la prueba y analizando la cuestión en términos de compraventa, "re-

sulta evidente que los préstamos con garantía hipotecaria fueron parte del pago del precio de esa venta", siendo revelador que la celebración de la compraventa fue coetánea con la cancelación de las hipotecas. Coronando estas alegaciones, dijo el demandado que "aún cuando se instrumentaron por separado, existen elementos que no permiten desvincularlos como parte de un negocio que ponía fin a la primigenia relación obligacional existente entre las partes (acreedor y deudor). Ello lleva a caracterizar al negocio como una verdadera dación en pago, que el notario calificó como compraventa, toda vez que se abonaba, también, un precio para compensar el mayor valor del bien inmueble recibido por el accipiens".

Se extrae de los párrafos transcriptos, que en un marcado esfuerzo por revertir una situación procesal desfavorable, afirmó el accionado que como el actor no pagó los importes correspondientes a los préstamos hipotecarios garantizados con hipoteca, la compraventa impugnada implicó, en rigor, una dación en pago del inmueble a su favor. O sea que, según su parecer, el verdadero precio de esta dación en pago no estuvo dado solamente por la suma de $290.000 que se consignó en la cuestionada escritura N° ... de fecha 16/03/2009, sino que también estuvo integrado con el monto adeudado por el demandado de los anteriores mutuos hipotecarios de fechas 22/02/2008 y 17/07/2008.

Sin embargo, este planteo procesal no se encuentra respaldado por las constancias probatorias de la causa, pues de las mismas escrituras públicas suscriptas por las partes, surge —con absoluta nitidez— que no existió ningún tipo de vinculación entre los mutuos hipotecarios formalizados en los meses de febrero y julio del año 2008, y la cuestionada escritura de compraventa formalizada en el mes de marzo del año 2009. En efecto, tal como lo puntualicé anteriormente, en la escritura de cancelación de estas hipotecas manifestó el acreedor hipotecario —aquí demandado— que "ha percibido el monto total prestado extinguiéndose en consecuencia las obligaciones, por lo cual declara canceladas ambas hipotecas" (ver fs. 48 vta., escritura N° 272 del 16/03/2009). Asimismo, en la impugnada compraventa formalizada en ese mismo día, se consignó como único precio total y convenido el de $290.000, haciéndose constar que el vendedor —aquí accionante— recibió esa suma en el acto de la escritura, otorgando suficiente recibo y carta de pago en forma (ver fs. 10, escritura N° ... de fecha 16/03/2009). Y con respecto a las referidas hipotecas, se expresó en la escritura de compraventa "que se encuentran abonadas y cuyas cancelaciones se inscribirán juntamente con la presente" (ver fs. 10, escritura N° ... de fecha 16/03/2009).

Si el negocio jurídico plasmado entre las partes se hubiera tratado de una dación en pago, como lo asevera el demandado, en los respectivos instrumentos públicos se debieron haber detallado —y precisado— los términos en que se formalizaba ese modo de cumplimiento de las obligaciones que es el "pago por entrega de bienes", aún cuando la convención resultara alcanzada por las reglas del contrato de compraventa (arts. 779 y 781 del Cód. Civil). Concretamente, en la escritura traslativa de dominio debió haberse consignado que el inmueble transferido se entregaba en pago de las anteriores deudas hipotecarias que continuaban adeudadas, y que, además, se adicionaba un pago en dinero por parte del comprador, para compensar el mayor valor del bien. Pues bien, nada de esto sucedió, porque las distintas escrituras fueron otorgadas de un modo absolutamente independiente, lo que permite concluir en que no hubo ninguna clase de vinculación entre los mutuos hipotecarios del año 2008 y la cuestionada compraventa del año 2009. No puede extraerse otra conclusión de las inequívocas constancias de la causa (arts. 163 inc. 5, 375, 384 y ccs. del Cód. Proc.).

De este modo se desvanece el argumento del demandado, según el cual el actor no acreditó el efectivo pago de los préstamos hipotecarios. En efecto, la cancelación de estos mutuos hipotecarios y el hecho de que el actor nada le adeudaba al demandado, resulta —con máxima claridad— de los instrumentos públicos analizados, y la solución del caso debe apegarse a estas inequívocas constancias probatorias (arts. 993, 994, 995, 997, 998, 999, 1001 y ccs. del Cód. Civil; arts. 375 y 384 del Cód. Proc.). No es pertinente exigirle al actor una mayor carga probatoria, cuando la cuestión ha quedado definida con los instrumentos públicos hasta aquí analizados; más aún, la pericia contable practicada en la causa no arrojó ningún resultado positivo, por la sencilla razón de que ninguna de las partes llevaba registraciones contables (ver fs. 210/214). Y aquí cabe destacar que el demandado le allegó documentación a la perito contadora, procurando acreditar el origen del dinero destinado a la adquisición del inmueble (venta de un departamento, pagos de una sociedad de bolsa, ventas de hacienda), pero la experta puntualizó que estas operaciones "han sido en años anteriores al 2009, por consiguiente no es posible determinar si ese dinero existía o no al momento de la operación de compra-venta dada la falta de registraciones contables por parte del demandado en función de su categorización como monotributista" (fs. 213/213 vta.; arts. 384 y 474 del Cód. Proc.).

De la propia literalidad de los instrumentos públicos otorgados entre las partes, se desprende —con claridad— la solución del caso en los términos que vengo exponiendo (arts. 1197 y 1198 primer párrafo del Cód. Civil; arts. 217 y 218 del Código de Comercio;

arts. 958, 959, 960, 1061, 1062 y 1063 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, aplicable como pauta hermenéutica). Sobre el particular expresa Mosset Iturraspe que "cuando las cláusulas son claras, expresas, inequívocas, debe entenderse que traducen la voluntad de las partes y los jueces no pueden, en principio, rechazar su aplicación. Esta interpretación por lo declarado se ve ahora reforzada por el artículo 1198, cuando expresa "...y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". La Corte Suprema de la Nación ha declarado que: "La interpretación de los contratos no procede cuando las palabras de los contratantes son claras y conformes con las exigencias legales respectivas"" (Contratos, edición actualizada, ps. 308 y 309; ver también Ariza, Interpretación de los contratos, ps. 120, 121, 122 y 123). En suma, en autos no obran elementos de prueba que puedan contradecir los inequívocos términos de los referidos instrumentos públicos, los cuales, en consecuencia, revisten plena eficacia probatoria y permiten desarticular el planteo procesal del demandado Carlos Rubén Tosi (arts. 993, 994, 995, 997, 998, 999, 1001 y ccs. del Cód. Civil; arts. 375 y 384 del Cód. Proc.).

7. Si bien con las motivaciones precedentes ha quedado suficientemente abastecida esta parcela de mi voto, cabe ocuparse de una motivación final de la sentencia apelada, donde la jueza se sitúa en la postura adoptada por el demandado de relacionar todos los actos realizados entre las partes —las hipotecas y la compraventa—, y afirma que aún en este supuesto la evidente desproporción de las prestaciones de las partes se mantiene incólume.

Pero hago constar que solo me ocupo de esta temática a la manera de una mera hipótesis de trabajo, porque ya he dejado perfectamente en claro que en el caso de autos no hubo ningún tipo de vinculación entre los mutuos hipotecarios formalizados en el año 2008 y la cuestionada compraventa del año 2009, habiendo quedado completamente descartada la supuesta dación de pago invocada por el accionado. Y también debo aclarar que en la sentencia se ha deslizado un error material de cálculo en el monto que se le asigna a las hipotecas pesificadas, por lo que en el párrafo siguiente realizaré los cálculos pertinentes.

Sostiene la juzgadora que aún en el caso, y como lo pretende el accionado, de que se relacionen todos los negocios (las hipotecas y la compraventa), sumando el valor de las hipotecas pesificadas al precio pagado según la escritura de compraventa ($290.000), esa suma total sigue siendo un precio irrisorio en comparación al valor del predio rural (ver apartado IV, punto 3, párrafo séptimo de la sentencia apelada). Ya señalé supra que el monto pesificado de la primera hipoteca fue de $103.439, mientras que el de la segunda hipoteca fue de $53.640 (ver punto 5 del presente apartado). En consecuencia, si se suman estos importes de $ 103.439 y de $53.640, al precio de la compraventa ($290.000), se obtiene una suma total de $447.079, que sigue siendo irrisoria con respecto al valor real del campo que establecí en la suma de $1.350.540 (ver punto 4 de este apartado). En efecto, la suma de $447.079 solo importa un porcentual del 33,10% del valor real del campo de $1.350.540, por lo que los cálculos siguen siendo completamente desfavorables para el demandado (art. 954 del Cód. Civil; arts. 163 inc. 5, 375, 384, 474 y ccs. del Cód. Proc.).

En virtud de todas las consideraciones precedentes, debe confirmarse la conclusión de la juzgadora, quien concluyó que en el caso de autos se acreditó una evidente desproporción en las prestaciones de las partes, lo que la condujo a declarar que "ha habido una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación en cabeza del accionado, tal como lo exige el art. 954 de Cód. Civil".

8. Solo resta apuntar que en el decisorio de grado también se analizó —detenidamente— la "especial situación deficitaria en que se encontraba el lesionado en el momento de la celebración del acto", realizándose una exhaustiva valoración de los diferentes medios probatorios que se produjeron para acreditar el elemento subjetivo del vicio de lesión (prueba testimonial, informe pericial psicológico de la Licenciada Mónica Graciela Disalvo, e informe social del Licenciado Fernando Lamberto).

Y como corolario de estos elementos probatorios, sostuvo la jueza que "en base a la prueba producida en autos, me encuentro en condiciones de declarar cumplido el recaudo subjetivo, y determinar que el actor se encontraba en un estado de inferioridad, sea ligereza, o inferioridad psíquica, en relación al accionado" (punto 6 de la sentencia apelada). Fue tal el estado de ligereza o debilidad psíquica del actor, que la jueza remitió las actuaciones a la Asesoría de Incapaces, para que tome conocimiento de la presente causa a los fines que estime corresponder. Pues bien, estas conclusiones del fallo sobre la acreditación del elemento subjetivo del vicio de lesión, no han sido motivo de crítica alguna en los escritos recursivos, por lo que han adquirido firmeza (art. 260 del Cód. Proc.).

9. Es por ello que, en virtud de las consideraciones, precedentes, propicio la confirmación de la sentencia apelada en cuanto determinó que el acto jurídico de compraventa plasmado en la escritura N° ..., pasada ante el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, adolece del vicio de lesión subjetiva, declarando la nulidad del mismo (art. 954 del Cód. Civil) y haciendo lugar a la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por

Ignacio Mateo Campo, con costas al accionado vencido (art. 68 del Cód. Proc.).

VII. En este nuevo apartado debo abordar un agravio expuesto por el demandado, quién ante la declaración de nulidad del acto jurídico contenida en la sentencia apelada, dijo que debe hacerse efectivo el mecanismo de restitución de las prestaciones que aquella declaración implica. Y así sostuvo que "la sentencia causa gravamen porque omite reconocer y explicitar las consecuencias jurídicas que, de pleno derecho, emergen de la declaración de nulidad (conf. art. 1050 y concs. del Cód. Civil vigente en 2009)".

Este agravio debe ser acogido con los alcances que seguidamente detallaré, pues según lo prescripto por el art. 1050 del Cód. Civil: "La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado". Bien señala Llambías que "con ello el codificador señala el efecto retroactivo de la sentencia de anulación respecto de las partes del acto anulado. Desvanecido por obra de la sentencia el título constituido mediante el acto anulable, el derecho respectivo queda desprovisto de causa legítima, lo cual explica la restitución de las partes al statu-quo-ante, que dispone el precepto citado. En tales condiciones, la retroactividad de la sentencia debía ser un imperativo ineludible, puesto que, como dice Llerena, "si se trata de una obligación que se anula después de haber sido pagada, este pago queda como hecho sin causa, y el que lo hizo puede repetir lo pagado" (Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. II, p. 638).

En el caso de autos, como el actor Ignacio Mateo Campo siempre estuvo en posesión del inmueble, es indudable que debe restituir la suma de $290.000, que percibió con anterioridad al acto cuya nulidad se declara, tal como expresamente lo manifestó en la cuestionada escritura de compraventa (ver fs. 10), sin que en la causa obren constancias probatorias que indiquen lo contrario (art. 375 del Cód. Proc.). Es sabido que las manifestaciones de las partes volcadas en el instrumento público —como lo es la relativa a la percepción del precio antes del acto— pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario (conf. Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, T. II, ps. 674 a 678). Pero lo cierto es que la prueba rendida en el proceso no permite arribar a una solución distinta a la señalada, pues solo se cuenta con una escueta respuesta de la testigo Contadora G. L. F., que en nada clarifica esta cuestión, pues esta persona solo pudo haber alcanzado un limitado conocimiento de estos hechos, por lo que hubiera percibido con sus sentidos en el desarrollo de su actividad profesional (ver fs. 123, respuesta a la pregunta k; arts. 384 y 456 del Cód. Proc.).

Pero más allá de la obligación de restituir la suma percibida, que recae sobre el accionante, lo que no puede admitirse es el planteo esbozado en la última parte de la expresión de agravios del demandado, quien —sin ningún asidero— procura dolarizar dicha suma y convertirla en una obligación de valor. Por supuesto que también es improcedente el pedido de restitución de los montos de las hipotecas, porque ya he precisado que no existió ningún tipo de vinculación entre los mutuos hipotecarios y la cuestionada escritura de compraventa (ver punto 6 del anterior apartado VI).

Y aquí debo destacar que la suma recibida por el actor estuvo expresada en pesos en la escritura de compraventa, sin que haya habido ninguna referencia a la moneda extranjera que señala el apelante. La única expresión en dólares estadounidenses que consta en el presente juicio, es el valor de la hectárea del campo indicado por la perito martillera, siendo evidente que esta moneda fue utilizada por la experta como un parámetro que resulta por demás usual en las tasaciones de inmuebles (arts. 384 y 474 del Cód. Proc.). Pero el precio de la compraventa fue en la moneda de nuestro país ($290.000), y en esa misma moneda debe hacerse efectiva la restitución de la prestación por el actor.

Por lo demás, es inaudible el argumento del apelante que pretende calificar a la obligación como de valor, ya que en el caso se está ante una obligación claramente dineraria. En efecto, sostienen Pizarro y Vallespinos, que "la obligación es dineraria cuando desde su mismo nacimiento tiene por objeto un monto determinado de dinero. Se debe dinero y se paga con dinero porque eso es lo debido...Como ejemplo de obligación dineraria, se menciona la deuda por el precio en la compraventa". En cambio, expresan estos mismos autores que "la deuda de valor es aquella que tiene por objeto un valor abstracto o una utilidad, constituido por bienes, que habrá de medirse necesariamente en dinero en el momento del pago" (Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones, T. 1, p. 372; esta Sala, causa N° 59.771, "Roberts", sentencia del 25/08/2015).

Partiendo de la base, entonces, de que en el caso se está ante una obligación dineraria expresada en nuestra moneda nacional, el actor Ignacio Mateo Campo deberá restituir la suma de $290.000, que consta recibida en la compraventa anulada, con más los respectivos intereses desde el día 16/03/2009 —fecha de la escritura N° ... de fs. 9/11— y hasta el efectivo pago. Esta es la solución dada por el art. 1054 del Cód. Civil, cuando en el acto bilateral una prestación consiste en una suma de dinero —la otra prestación no la considero porque el inmueble de autos siempre estuvo en posesión del actor—; estableciendo esta norma que

"la restitución de los intereses o de los frutos debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fue pagada, o fue entregada la cosa productiva de frutos" (conf. Zannoni, Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, p. 236; Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, T. II, p. 996; Cifuentes, en Cód. Civil de Belluscio director-Zannoni coordinador, T. 4, ps. 740 y 741; Cifuentes, Negocio Jurídico, p. 651).

En consecuencia, propicio la modificación de la sentencia apelada, debiendo disponerse que el actor Ignacio Mateo Campo deberá restituir al demandado Carlos Rubén Tosi la suma de $290.000, con más los respectivos intereses desde el día 16/03/2009 y hasta el efectivo pago, que deberán liquidarse a la tasa que corresponde a las obligaciones dinerarias según la doctrina de la Suprema Corte Provincial, consistente en la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa (arts. 622, 1050, 1052 y 1054 del Cód. Civil; SCBA, causa C 119.176, "Cabrera", sentencia del 15/06/2016, entre muchas otras; esta Sala, causa N° 65.838, "Ercom SA", sentencia del 17 de diciembre de 2020, voto del Dr. Galdós).

VIII. Habiendo quedado suficientemente tratado el recurso de apelación del demandado contra la parcela de la sentencia que declaró la nulidad del acto jurídico, solo resta ocuparse del recurso esgrimido por el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, quien compareció al proceso en virtud de la resolución de fs. 317/318, confirmada por esta alzada (fs. 333/335 vta.).

En efecto, el notario sostiene que "la observación de los hechos y ponderación de las pruebas producidas, sumado a las normas que fueron citadas, llevaron a la Jueza de primera instancia a la conclusión antes dicha: la nulidad de la escritura, sin cuestionar en nada mi actuación notarial". Y agrega que en ninguna parte de la demanda se imputa un defecto formal de la escritura de compraventa, ni tampoco fue señalada alguna falta de su parte. Dice que en su intervención notarial nunca contempló nada que le haga presumir un aprovechamiento del demandado, ni observó, en ningún momento o circunstancia, la inexperiencia, ligereza y necesidad del demandante.

Sostiene que, si hubiera tenido alguna duda sobre la capacidad de los comparecientes, se habría abstenido de intervenir, y concluye señalando que "el cumplimiento de mis deberes notariales no es un hecho controvertido en estos actuados, de manera que ahondar en razones que confirmen ello sería caer en redundancias innecesarias". En el petitorio de su escrito recursivo solicita que "se tenga por válido e incuestionable el actuar de este escribano".

De los mismos términos de este escrito recursivo se desprende, con suma claridad, que en la sentencia apelada no ha mediado ningún tipo de reproche a la actuación profesional del Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, pues todo el desarrollo argumental de la juzgadora estuvo centrado en el análisis de los requisitos establecidos en el art. 954 del Cód. Civil, para la configuración del vicio de lesión subjetiva. En consecuencia, la sentencia apelada no le causa gravamen de ninguna índole al apelante, por lo que el recurso de apelación en tratamiento debe ser desestimado (arts. 242 y 260 del Cód. Proc.). Se ha sostenido en doctrina que "el interés que justifica la apelación surge del agravio o gravamen que la resolución recurrida ocasiona a la parte recurrente. El agravio es el perjuicio que la resolución causa al recurrente; y la existencia de este agravio y la posibilidad de su reparación a través del recurso de apelación es lo que determina el interés del apelante en ese recurso; por ello, ha dicho Couture que entre el agravio y el recurso media la diferencia que existe entre el mal y el remedio" (conf. Loutayf Ranea, El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, T. 1, p. 214; Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, ps. 346 y 347).

En virtud de lo antedicho y no existiendo interés del recurrente, por no causarle ningún agravio la sentencia apelada, corresponde rechazar sin mayores consideraciones el recurso de apelación interpuesto por el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro (arts. 242 y 260 del Cód. Proc.).

IX. Ya en el proceso de reivindicación (causa N° 65.708), corresponde abordar el recurso de apelación deducido por Carlos Rubén Tosi, el cual se encuentra supeditado a la suerte de lo decidido en la causa acumulada sobre nulidad de acto jurídico, donde el aquí accionante ha obtenido un resultado desfavorable en cuanto al aspecto principal del litigio. En suma, como este juicio de reivindicación se supeditó al supuesto de que en esta alzada se revocara la sentencia de anulación de la compraventa, y como ello no ha sucedido, no corresponde formular ninguna consideración sobre el particular.

De este recurso solo queda en pie la cuestión relativa a las costas que el apelante introduce en forma subsidiaria. Así señala que "subsidiariamente, en caso de confirmación del segmento de la sentencia que decidió anular la compraventa, dado que al tiempo de demandar por reivindicación el actor en esta acción poseía un título perfecto (dominio, derecho a poseer y entrega de posesión) emanado del reivindicado, solicito que se repare en que estaba en inmejorables condiciones para creerse con derecho a demandar". Y en

virtud de estas alegaciones, peticiona que las costas de este proceso se impongan por su orden.

Este planteo recursivo debe desestimarse, por cuanto no hay ninguna razón que justifique apartarse de la regla objetiva de la derrota en juicio (art. 68 del Cód. Proc.). En efecto, el aquí accionante es claramente perdidoso al haberse acogido la demanda de nulidad de acto jurídico y rechazado la demanda de reivindicación. Y en lo que aquí interesa, el título que poseía cuando promovió las presentes actuaciones (con fecha 29/06/2010, ver fs. 37 vta.), se encontraba seriamente amenazado por la demanda de nulidad que la contraparte había promovido con antelación (20/05/2010, ver fs. 27 de la causa N° 65.732). Más aún, en la carta documento que le remitió Ignacio Mateo Campo con fecha 04/01/2010, ya le había anticipado su pretensión de nulidad del acto jurídico de compraventa (ver fs. 13 de la causa N° 65.732).

Quiere ello decir, que Carlos Rubén Tosi promovió este juicio de reivindicación en el pleno conocimiento de que su título se encontraba amenazado por una acción de nulidad de acto jurídico, por lo que no es posible considerar que su proceder pudiera tener alguna causa de justificación. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda de reivindicación promovida por Carlos Rubén Tosi, con costas al actor vencido (art. 68 del Cód. Proc.).

X. Por último, las costas de alzada del juicio de nulidad de acto jurídico deben imponerse en un ochenta por ciento (80%) a Carlos Rubén Tosi, y en el restante veinte por ciento (20%) a Ignacio Mateo Campo, en atención al resultado obtenido en esta sede recursiva, pues el primero fue vencido en cuanto a la cuestión principal sobre nulidad de acto jurídico, pero fue exitoso en lo que respecta a la restitución del precio de la compraventa (arts. 68 y 69 del Cód. Proc.). Asimismo, las costas de alzada en el juicio de reivindicación deben imponerse al actor Carlos Rubén Tosi, por resultar perdidoso en esta sede (arts. 68 y 69 del Cód. Proc.). Por su parte, la regulación de honorarios debe diferirse para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec. ley 8.904/77; arts. 31 y 51 de la ley 14.967).

Así lo voto.

Los doctores *Galdós* y *Longobardi*, por los mismos fundamentos, adhieren al voto que antecede, votando en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Peralta Reyes* dijo:

Atento a lo que resulta del tratamiento de la cuestión anterior, se resuelve: 1. Confirmar la sentencia apelada en cuanto determinó que el acto jurídico de compraventa plasmado en la escritura N° ..., pasada ante el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, adolece del vicio de lesión subjetiva, declarando la nulidad del mismo (art. 954 del Cód. Civil) y haciendo lugar a la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por Ignacio Mateo Campo, con costas al accionado vencido (art. 68 del Cód. Proc.); 2. Modificar la sentencia apelada disponiendo que el actor Ignacio Mateo Campo deberá restituir al demandado Carlos Rubén Tosi la suma de $290.000, con más los respectivos intereses desde el día 16/03/2009 y hasta el efectivo pago, que deberán liquidarse a la tasa indicada en el último párrafo del apartado VII de esta sentencia; 3. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, por no existir interés de su parte al no causarle agravio la sentencia apelada (arts. 242 y 260 del Cód. Proc.); 4. Confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda de reivindicación promovida por Carlos Rubén Tosi, con costas al actor vencido (art. 68 del Cód. Proc.); 5. Imponer las costas de alzada del juicio de nulidad de acto jurídico en un ochenta por ciento (80%) a Carlos Rubén Tosi, y en el restante veinte por ciento (20%) a Ignacio Mateo Campo, por las consideraciones vertidas en el apartado X de esta sentencia (arts. 68 y 69 del Cód. Proc.); 6) Imponer las costas de alzada del juicio de reivindicación al actor Carlos Rubén Tosi, por resultar perdidoso en esta sede (arts. 68 y 69 del Cód. Proc.); 7. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec. ley 8.904/1977; arts. 31 y 51 de la ley 14.967).

Así lo voto.

Los doctores *Galdós* y *Longobardi*, por los mismos fundamentos, adhieren al voto que antecede, votando en igual sentido.

Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los arts. 266 y 267 y concs. del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: 1. Confirmar la sentencia apelada en cuanto determinó que el acto jurídico de compraventa plasmado en la escritura N° ..., pasada ante el Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, adolece del vicio de lesión subjetiva, declarando la nulidad del mismo (art. 954 del Cód. Civil) y haciendo lugar a la demanda de nulidad de acto jurídico promovida por Ignacio Mateo Campo, con costas al accionado vencido (art. 68 del Cód. Proc.); 2. Modificar la sentencia apelada disponiendo que el actor Ignacio Mateo Campo deberá restituir al demandado Carlos Rubén Tosi la suma de $290.000, con más los respectivos intereses desde el día 16/03/2009 y hasta el efectivo pago, que deberán liquidarse a la tasa indicada en el último párrafo del apartado VII de esta sentencia; 3. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el

Escribano Alfredo Enrique Catanzaro, por no existir interés de su parte al no causarle agravio la sentencia apelada (arts. 242 y 260 del Cód. Proc.); 4. Confirmar la sentencia apelada en cuanto rechazó la demanda de reivindicación promovida por Carlos Rubén Tosi, con costas al actor vencido (art. 68 del Cód. Proc.); 5. Imponer las costas de alzada del juicio de nulidad de acto jurídico en un ochenta por ciento (80%) a Carlos Rubén Tosi, y en el restante veinte por ciento (20%) a Ignacio Mateo Campo, por las consideraciones vertidas en el apartado X de esta sentencia (arts. 68 y 69 del Cód. Proc.); 6. Imponer las costas de alzada del juicio de reivindicación al actor Carlos Rubén Tosi, por resultar perdidoso en esta sede (arts. 68 y 69 del Cód. Proc.); 7. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 del dec. ley 8.904/77; arts. 31 y 51 de la ley 14.967). Regístrese. Notifíquese a las partes por Secretaría y devuélvase. — *Víctor M. Peralta Reyes. — María I. Longobardi. —Jorge M. Galdós.*

MALA PRAXIS MÉDICA. CONSENTIMIENTO INFORMADO

Cirugía reparadora y estética. Resultados no deseados. Derechos del paciente. Prueba pericial. Responsabilidad de la empresa de medicina prepaga.

1. — La decisión de admitir la demanda por mala praxis reposa en la falta del consentimiento informado que debía requerírsele al demandante en términos claros, precisos, completos y adecuados, con carácter previo a la realización de las dos operaciones a las que fue sometido.

2. — Las secuelas padecidas por el actor se produjeron como resultado de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido, y es evidente que, si el paciente hubiera sido adecuadamente informado acerca de las posibles consecuencias que dichas operaciones le podían acarrear, se habría hallado en condiciones de prestar o no el consentimiento a dichas prácticas. Máxime, si se tiene en cuenta que el cuadro que presentaba el accionante no era de urgencia, por lo que podría haber elegido vivir con esa dolencia en lugar de asumir los riesgos de la cirugía, recurrir a otro tipo de tratamiento, realizar una interconsulta con otro profesional, etcétera.

3. — El consentimiento informado es la posibilidad del paciente de elegir el tratamiento a seguir, tras haber recibido información suficiente y adecuada a su comprensión sobre el diagnóstico y el pronóstico de la afección que sufre y de las alternativas terapéuticas disponibles. Todo ello es coherente con la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, en cuanto consagra la autonomía de la voluntad como derecho esencial del paciente en su relación con los profesionales de la salud.

4. — Las empresas de medicina prepaga responden por la deficiente prestación del servicio de salud a su cargo, asumiendo frente al afiliado una obligación de seguridad por la eficiencia de dicho servicio.

5. — En la mala praxis médica, el factor de atribución es la culpa, aun cuando la obligación de hacer se preste con cosas, excepto que causen un daño derivado de su vicio. Y a su vez, la actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad objetiva por actividades riesgosas, de suerte que por más riesgosa que sea la práctica médica que realizar por el galeno, se regirá la prestación por las reglas de la responsabilidad subjetiva.

6. — Para que la responsabilidad del médico pueda configurarse, el paciente debe acreditar que el daño que padece y cuya reparación reclama es consecuencia de un comportamiento culposo positivo u omisivo atribuible a la mala praxis del profesional.

7. — A fin de determinar si se han reunido en el caso concreto los requisitos de procedencia del reclamo indemnizatorio, la prueba pericial médica adquiere un valor casi decisivo en juicios en los que, se cuestiona una práctica galénica.

8. — 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.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis médica.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 44 años.

Estado civil: Casado.

Actividad: Despachante de aduana.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $350.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $700.000

CNCiv., sala L, 09/04/2021. - N., D. H. c. S., L. J. y otros s/ daños y perjuicios – resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7817/2021]

COSTAS

Se imponen a los vencidos.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. N° 39.659/2012

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 9 de 2021.

La doctora *Iturbide* dijo:

I. En la sentencia dictada el 23 de octubre de 2020, el señor juez de primera instancia rechazó la demanda promovida por D. H. N. contra L. G. y Seguros Médicos SA, con costas en el orden causado, y la admitió en relación a L. J. S. y Galeno Argentina SA, condenándolos a abonar al actor, en el plazo de diez días, la suma de $450.000, con más sus intereses y las costas del proceso.

Contra dicha decisión, expresaron agravios la Dra. G., Seguros Médicos SA, el accionante, Galeno Argentina SA y el Dr. S. a través de los escritos de fecha 23/02/2021, 25/02/2021 y 01/03/2021. Las quejas fueron replicadas en las presentaciones de los días 24/02/2021, 02/03/2021, 03/03/2021 y 10/03/2021, y el 19/03/2021 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 el actor al promover la demanda, a fin de consultar por un problema respiratorio que lo aquejaba en el año 2009, el Sr. N. concurrió al Sanatorio de la Trinidad Mitre, de propiedad de Galeno Argentina SA, con la cual lo vinculaba un contrato de medicina prepaga. Señaló que fue atendido en uno de los consultorios externos de la entidad por el Dr. L. S. (especialista en cirugía de cabeza y cuello), quien tras examinarlo, le indicó la realización de una serie de estudios médicos.

Así, el día 08/08/2009, al Sr. N. se le practicó una tomografía computada de macizo cráneo facial, y en función de sus resultados, el Dr. S. concluyó en que el trastorno respiratorio era producto de la desviación del tabique nasal hacia la derecha, además del estado y forma de sus cornetes, y de allí que le aconsejó a su paciente realizarse una "cirugía endoscópica sinusal".

La intervención quirúrgica tuvo lugar el día 27/11/2009 a las 16:00 hs. en el sanatorio de la Trinidad Mitre, aunque según lo afirmo el accionante, el Dr. S. omitió brindarle información adecuada con relación al tipo de cirugía a la cual sería sometido. Ello, a tal punto que recién al encontrarse el Sr. N. en el quirófano, le fue requerida la firma de un papel que se encontraba preimpreso con espacios en blanco y que no pudo leer dadas las condiciones en que se encontraba, es decir, a escasos momentos de ser operado y ya en el proceso de sedación.

Días después de la cirugía, el Sr. N. concurrió nuevamente a la consulta médica, donde fue atendido por la Dra. G., es decir, la profesional que había actuado en la operación como primera ayudante del Dr. S. En esa oportunidad, el demandante no solo advirtió que su tabique seguía desviado, incluso más que antes de la intervención, sino que también observó un cambio en su fisonomía, en el sentido de que su nariz estaba "más ancha". Según la Dra. G., esa circunstancia se debía a la inflamación propia del período postoperatorio y cedería con el correr de los meses.

Sin embargo, transcurrido ese tiempo, el cambio en el aspecto del actor se hizo más notorio, y por eso acudió nuevamente al consultorio a mediados del año 2010. Fue atendido una vez más por la Dra. G., quien le reconoció que la intervención no había sido realizada correctamente y lo derivó al Dr. S., quien le ordenó una nueva tomografía computada de macizo cráneo facial, la que se realizó el día 07/08/2010. Con los resultados de este nuevo estudio, el Dr. S. fijó una nueva fecha de cirugía para el día 08/10/2010, prometiéndole que corregiría el tabique en forma definitiva para cumplir finalmente con el cometido de la primera operación. En esta ocasión, el procedimiento se llevó a cabo en otro nosocomio de propiedad de Galeno Argentina SA, el Instituto Dupuytren, y sin la firma de consentimiento informado de cualquier índole.

Nuevamente, el Sr. N. fue atendido pocos días más tarde por la Dra. G. a fin de que fuera evaluado el resultado de la operación, y una vez más, notó un cambio en su fisonomía, más pronunciado aún, al igual que la importante inflamación que tenía en su nariz.

Por ello, la Dra. G. le ordenó un tratamiento consistente en la inyección de corticoides, que lamentablemente no funcionó y debió ser suspendido por provocarle al paciente una "atrofia cutánea". Meses después, la galena le confirmó al accionante que su fisonomía ya no cambiaría y que no era recomendable que se sometiera a una tercera operación.

En definitiva, y previa consulta con un reconocido cirujano plástico, quien le informó que las cirugías que le habían practicado estaban "mal hechas" por diferentes motivos, el Sr. N. imputó responsabilidad civil a los médicos y a las entidades demandadas y les reclamó la indemnización de los daños y perjuicios que experimentó como consecuencia de la presunta mala praxis médica.

III. La sentencia

El magistrado de la instancia anterior, como lo dije en el considerando I, rechazó la pretensión con respecto a la Dra. G. y a su compañía aseguradora, puesto que a juicio del Dr. Césari, dicha médica no llevó a cabo conducta alguna que hubiera generado responsabilidad civil a su cargo.

En cambio, la demanda fue admitida en relación al Dr. S. y a Galeno Argentina SA, y estos fueron condenados a abonar al actor $150.000 por incapacidad sobreviniente y tratamiento de psicoterapia conjuntamente, y $300.000 por daño moral —comprensivo del daño estético—. Tal decisión se fundó en la ausencia del consentimiento informado que el mencionado profesional debió haber obtenido de su paciente (y no lo hizo) con anterioridad a las cirugías que le practicó, y que le provocaron las consecuencias perjudiciales descriptas en el considerando anterior.

IV. Los agravios

Al verter sus agravios en esta instancia, la Dra. G. y Seguros Médicos SA solicitaron únicamente que se impongan al demandante las costas procesales por el rechazo de la acción a su respecto.

Por su parte, el Sr. N. cuestionó la cuantificación de los ítems por los que procedió su reclamo y el temperamento adoptado por mi colega de grado en torno al cómputo de intereses.

Galeno Argentina SA, a su turno, formuló diversos cuestionamientos cuya lectura permite concluir en que constituyen tres agravios concretos, ya que más allá de cómo hubiera la apelante organizado la exposición de sus impugnaciones, lo cierto es que a través de aquellas se ha criticado la admisión de la demanda, la procedencia y la cuantificación de las partidas resarcitorias que la componen y el modo en que mi colega de grado dispuso calcular los intereses sobre el capital de condena.

Finalmente, el Dr. S. criticó que se hubiera hecho lugar a la pretensión del accionante, solicitó que esta Sala remita las actuaciones al Cuerpo Médico Forense e impugnó, por último, los montos indemnizatorios establecidos por el señor juez *a quo*.

V. Aplicación de la ley en el tiempo

Frente a la existencia de normas sucesivas en el tiempo, cabe aclarar que, como la relación 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, "E., N. B. c. G., C. A. y otros s/ daños y perjuicios", 17/03/2016, Expte. N° 87.204/2012; "C., V. E. c. M., J. A. y otro s/ cumplimiento de contrato", 26/04/2016, Expte. N° 38.543/2013; "D., O. E. c. Cencosud SA s/ daños y perjuicios", 12/05/2016, Expte. N° 59.298/2011; entre muchos otros).

VI. La configuración de la responsabilidad civil en el caso

Planteadas en esos términos las cuestiones propuestas al Tribunal, adelanto que propondré a mis colegas rechazar los planteos recursivos y confirmar la sentencia apelada en lo atinente a la solución de fondo del caso. Ello, sin dejar de aclarar que la desestimación de la demanda respecto de la Dra. G. y Seguros Médicos SA no ha sido cuestionada y, por ende, no corresponde reexaminarla en el presente pronunciamiento (conf. arts. 271, 277 y concs. del Código Procesal).

Veamos:

1. Marco normativo

Como es sabido, la doctrina y la jurisprudencia son absolutamente uniformes (y así lo recoge el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación en sus arts. 1716 y ss.) en el sentido de que la configuración del fenómeno resarcitorio requiere la verificación de cuatro elementos fundamentales: la antijuridicidad, el daño resarcible, la relación causal entre este último y la acción que se reputa contraria a derecho, y la calificación de esa conducta a través de un factor (subjetivo u objetivo) de atribución de la responsabilidad civil.

En cuanto al nexo de causalidad, corresponde recordar que jerarquizada doctrina lo ha definido como el enlace o el vínculo que se presenta entre un hecho antecedente (que sirve de causa) y un resultado consecuente que, en el ámbito de la responsabilidad civil, siempre es un daño. De modo uniforme se admite entre los juristas que, para que deba responderse por un daño, es necesario que este haya sido "causado", mediante acción u omisión, por su autor. A ello alude también, en diversos preceptos, nuestro Código Civil, cuando establece que el daño indemnizable es el que se "causare" o se hubiese "causado" u "ocasionado" a otro (artículos 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114 y concs., conf. Alterini-Ameal-López Cabana, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Abeledo-Perrot, p. 248, N° 496; Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, p. 267, N° 580).

A su vez, en el contexto de las diversas teorías que se han esbozado en materia de relación causal, ya desde el siglo XIX, nuestro codificador había adoptado el parámetro de la "causalidad adecuada" a la hora de ponderar la necesaria conexión que debe existir entre el hecho ilícito y sus consecuencias dañosas. Es decir, se trata de determinar si el acaecimiento del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, en cuyo caso el resultado se corresponde o "adecua" a la actuación que lo originó y fundamenta el deber de indemnizar (Bustamante Alsina, Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 225; Santos Briz, La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal, Montevideo, 1970, p. 225 y ss.).

Así, el artículo 901 del Cód. Civil define a las "consecuencias inmediatas" (aquellas por las cuales debe responderse en todo caso, ya sea que la obligación de resarcir provenga de fuente contractual o extracontractual, o el acto haya sido ejecutado con culpa, dolo o esté en juego un factor objetivo de atribución) como "las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas". Y en efecto, según esta teoría, que el nuevo Código Civil y Comercial mantiene (conf. arts. 1726 y concs. de dicho ordenamiento), el fenómeno causal debe ser analizado de acuerdo con las reglas de un comportamiento normal y regular, y a posteriori del hecho establecerse un juicio de probabilidades para determinar cuál es la causa relevante para la producción del resultado (Wierzba, Sandra M., Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015).

Por otro lado, el factor de atribución de responsabilidad civil constituye el elemento axiológico o valorativo en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito *stricto sensu* a una determinada persona (Pizarro-Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, tomo 2, p. 575).

En efecto, los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos. Los primeros suponen, por definición, un reproche a la conducta de un sujeto, y son el dolo o la culpa. Los factores objetivos de atribución (el riesgo, la garantía, el deber de seguridad, la equidad, el abuso del derecho, etc.), por el contrario, prescinden de dicho reproche subjetivo, razón por la cual no solo es innecesario que la víctima pruebe el obrar negligente o intencional por parte del sindicado como responsable, sino que la acreditación por este último de su propia diligencia no resulta apta para exonerarse del deber de resarcir que se le imputa. Ello es así, precisamente, porque no es la culpabilidad en su conducta la razón por la que esa obligación se le atribuye (esta Sala, "M. H., D. c. DOSUBA - Dirección General de Obra Social de la UBA y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 64.588/2008).

El carácter subjetivo u objetivo de las responsabilidades profesionales en general, y la de los médicos en particular, ha sido objeto de extensos y arduos debates en la doctrina civilista. No cabe dar cuenta en el presente voto de los pormenores de tan espinosas discusiones, aunque sí dejar plasmado que, de acuerdo a las opiniones mayoritarias, la responsabilidad médica debe ponderarse, como regla general, a la luz de los factores subjetivos de atribución, siendo "de medios" —en principio— las obligaciones contraídas por los galenos en relación a sus pacientes. Ese temperamento general admite, desde luego, excepciones: para mencionar solamente un ejemplo, el más conocido viene dado por las prestaciones comprometidas por los cirujanos estéticos contratados para una operación a los fines de embellecimiento, que la doctrina mayoritaria considera obligaciones "de resultado", de modo que su incumplimiento compromete la responsabilidad objetiva del médico.

Con el objeto de brindar una regulación clara, completa y coherente de la cuestión en el derecho positivo, este tema fue expresamente regulado en el Cód. Civ. y Com. de la Nación. Así, el art. 774 de dicho ordenamiento establece que "La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso", precepto que consagra normativamente, con toda claridad, el distingo entre obligaciones de medios y de resultado (y entre

estas últimas, inclusive, las de "resultado eficaz"). A su vez, el art. 1768 establece que la actividad del profesional está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer y que la responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.

Por ende, el factor de atribución que seguirá reinando en la responsabilidad civil médica será la culpa, aun cuando la obligación de hacer se preste con cosas, excepto que causen un daño derivado de su vicio. Y a su vez, la actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad objetiva por actividades riesgosas previstas en el art. 1757, de suerte que por más riesgosa que sea la práctica médica a realizar por el galeno (anestesia, cirugía, etc.), se regirá la prestación por las reglas de la responsabilidad subjetiva y de las obligaciones de hacer, salvo los supuestos de obligaciones de resultado (Calvo Costa, Carlos A., "La responsabilidad civil médica ante el nuevo Código Civil y Comercial", LA LEY, RCyS 2015-II, cita online AR/DOC/126/2015).

Aun cuando las nuevas normas no se apliquen concretamente al caso sometido a consideración de la Sala, el cual se analizará, como ya lo dije, conforme a la ley vigente al momento del hecho dañoso, indudablemente ellas consagran los criterios doctrinales y jurisprudenciales ya aceptados en la materia, pues reiteradamente se ha dicho que el médico debe actuar con la dedicación personal e indelegable y con todos los recursos disponibles, y si no lo hace y así contribuye a aumentar el riesgo para el paciente, es responsable del resultado lesivo, a título de culpa (CNCiv., Sala K, "S., A. E. c. Hosp. Privado San Lucas SA, 18/09/2006, publicado en LA LEY, 2006-F, 823).

En la misma línea se ha pronunciado calificada doctrina, la cual comparto, en el sentido de que el médico responde de toda negligencia, imprudencia o impericia, cuya apreciación habrá de hacerse en abstracto y tomando como modelo de comparación al arquetipo del buen profesional. Es decir, teniendo en cuenta la categoría del médico prudente pero común, genérico, estereotipado, sobre la base de las preceptivas de los arts. 512, 902 y 909, primera parte del Código Civil (Compagnucci de Caso, Rubén H., "La culpa en la responsabilidad medica", LA LEY, 1994-A, 277).

En esta inteligencia, culminaré el marco jurídico de la cuestión a resolver poniendo de relieve que en el ámbito particular de la responsabilidad civil de los médicos, constituye un principio rector que, en principio, el enfermo debe acreditar el nexo causal y la culpa del médico, si bien en la práctica la prueba de ambos presupuestos se superpone, dado que lo sucedido se aparece en forma conjunta: para que la responsabilidad del médico pueda configurarse, el paciente debe acreditar que el daño que padece y cuya reparación reclama es consecuencia de un comportamiento culposo positivo u omisivo atribuible a la mala praxis del profesional (Calvo Costa, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial. La actuación de los operadores del "sistema de salud" analizada a través de la doctrina y la jurisprudencia, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 193).

2. La solución del caso

En ese marco jurídico, a fin de determinar si se han reunido en este caso concreto los requisitos de procedencia del reclamo indemnizatorio, parto de la base de que la prueba pericial médica adquiere un valor casi decisivo en juicios en los que, como el presente, se cuestiona una práctica galénica.

Es que, careciendo por lo común el magistrado de conocimientos especializados en la materia, se ve obligado a recurrir al dictamen de expertos; la labor de los peritos es la de asesorar al tribunal en lo que a su materia compete y con relación a los puntos que fueran objeto de consulta (cfr. Lorenzetti, "Responsabilidad civil de los médicos", 2ª ed., 1997, T. II, p. 256).

Así, debe destacarse, en primer lugar, que el perito médico designado de oficio en estas actuaciones, Dr. C. A. R. Á., concluyó en que "el exhaustivo examen clínico-semiológico funcional llevado a cabo por este perito en la persona del actor, habiéndose considerado los exámenes complementarios transcriptos en la presente, ha permitido comprobar que el Sr. N. D. H. fue operado en dos ocasiones de su nariz, curando con dorso excavado por exceso de resección osteocartilaginosa de la jiba, pinzamiento alar por exceso de resección de cartílago, asimetría de narinas, borramiento de ángulo nasal fronto nasal y distasis de los huesos propios, como secuelas de rinoplastia, que lo incapacita en forma parcial y permanente en el 10% del Valor Obrero Total y Total Vida" (fs. 710).

A su vez, al ampliar el informe pericial a fs. 744/745, el especialista afirmó que "las secuelas guardan relación con las intervenciones quirúrgicas practicadas" (fs. 745).

Las conclusiones del Dr. R. Á. fueron cuestionadas por los litigantes a fs. 748, fs. 751/52, fs. 753 y fs. 755/756, frente a lo cual el perito indicó que "de acuerdo al estudio realizado en la tomografía macizo craneofacial el paciente N. presentó originalmente presencia de mínimo engrosamiento mucoso del sector derecho del seno frontal, hipodesarrollo del seno esfenoidal, ligera desviación del septum nasal a la derecha e hipertrofia de la mucosa que reviste ambos cornetes inferiores" (fs. 769), y aclaró que "existió un traumatismo de nariz entre las dos cirugías. Si bien la letra del informe resulta difícil de comprender, es

posible sostenerlo al observar lo indicado en la historia clínica, más específicamente en el parte quirúrgico firmado por el Dr. S." (fs. 769 vta.).

También interesa destacar las siguientes conclusiones a las que arribó el especialista: "no puede sostener este experto que haya existido un "acto médico no autorizado", tal como plantea la parte impugnante, sí que existen las secuelas descriptas en las conclusiones y que las mismas (sic) afectan la capacidad laborativa del actor (...) En cuanto al obrar negligente, se reitera que si bien existen alteraciones como las descriptas en las conclusiones periciales este experto no cuenta con elementos que permitan sostener que hubo error, negligencia o impericia en el obrar operatorio" (fs. 770). Esta última conclusión, es decir, que no existió una impericia o negligencia médica en las intervenciones quirúrgicas, fue reafirmada a fs. 776, frente a los nuevos cuestionamientos efectuados por el demandante a fs. 774.

Por último, tras las impugnaciones realizadas al dictamen a fs. 772 y a fs. 780/781, el señor juez *a quo* convocó, como medida para mejor proveer, a la audiencia que tuvo lugar el 12 de julio de 2019, y en dicha ocasión, al preguntársele al Dr. R. Á. si en la segunda intervención quirúrgica hubo negligencia, el perito respondió: "existió acto cuestionable, que es la forma en que quedó la nariz. Eso tiene que ver con una cuestión subjetiva, si al actor le gusta o no; lo que quedó es un tema estético, aclarando que no es una deformación en el rostro. El perito aclara que en autos que no hay constancia de lesión funcional, el 10% al que se refirió en su dictamen es por la lesión estética, el baremo utilizado fue el de la LRT, el Baremo General para el Fuero Civil y la tabla de incapacidad de Rubinstein".

Resulta cierto que el art. 472 del Código Procesal impone a los expertos determinadas pautas de contenido, tales como la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde, es decir que el peritaje no puede constituir una mera opinión del perito que prescinda del necesario sustento científico. A su vez, de acuerdo a lo establecido por el art. 477 del ritual, corresponde 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. Se trata de una actividad intelectual y valorativa, destinada a construir y reconstruir la verdad sobre la que se ha de fallar, y no de un procedimiento mecánico (que implicaría, en definitiva, dar a los peritos la facultad de fallar, quedando limitado el contenido de la sentencia a una suerte de homologación). En suma, el dictamen del experto no ata ni vincula al juzgador, y si aquel se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, los magistrados pueden apartarse de las conclusiones volcadas en el informe aduciendo razones de entidad suficientes (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.).

Ahora bien, en este caso concreto no encuentro razones para apartarme de lo informado por el Dr. R. Á., 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 estudios, consideraciones y principios propios de la ciencia médica, y que todos los cuestionamientos efectuados por los litigantes han sido sólidamente contestados en las piezas a las que ya hice referencia, como así también en la audiencia convocada por el Dr. Césari el 12/07/2019.

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, "T., C. D. c. L., L. M.).

En este orden de ideas, la remisión al Cuerpo Médico Forense requerida por el Dr. S. se torna innecesaria. Ocurre que la apertura a prueba del juicio en segunda instancia tiene un carácter de excepción, ya que las situaciones que la autorizan son expresadas por la ley de modo limitativo y, dentro de las hipótesis planteadas, la procedencia de la medida debe encararse en principio con criterio estricto, con el fin de no reabrir cuestiones sobre procedimientos precluídos. Es que como regla, el Tribunal debe operar con el mismo material que lo hizo el juez *a quo*, por lo que en segunda instancia rige la prohibición general de producir pruebas, y si bien esta directriz admite algunas excepciones, que se hallan consagradas en el art. 260 del Código Procesal y son de interpretación restrictiva, ninguna de esas excepciones se configura en el caso, ya que existe un dictamen pericial cuyas conclusiones he aceptado, como lo dije, en los términos de los arts. 386 y 477 del Código Procesal y bastan para decidir la cuestión.

Pues bien: lo que hasta aquí llevo dicho basta para afirmar que el actor presenta secuelas físicas, que le generan un 10% de incapacidad, como consecuencia

de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido, aun cuando no hubiera existido —o no pueda afirmárselo con seguridad— negligencia médica en la práctica de esas cirugías. Sin embargo, el fundamento decisivo por el que corresponde confirmar la decisión del primer juzgador reposa en la falta del consentimiento informado que debía requerírsele al demandante en términos claros, precisos, completos y adecuados, con carácter previo a la realización de ambas operaciones, tal como lo expondré a continuación.

En lo atinente al consentimiento informado, debe señalarse en primer término que no siempre ha sido obligación del médico informar al paciente sobre su condición y los procedimientos necesarios para ayudarle a recuperar la salud o, por lo menos, para obtener alivio a su sufrimiento.

En un modelo tradicional o paternalista del ejercicio de la medicina, como el que prevalecía en casi todos los países de Occidente hasta bien entrado el siglo XX, el galeno no debía informar sino aquello que se estimara indispensable para obtener la colaboración del enfermo; era potestad de aquel decidir la cantidad y calidad de la información suministrada, a punto tal que en el mejor de los casos únicamente se solicitaba el asentimiento del paciente (Vázquez Ferreyra, Roberto, "El consentimiento informado en la práctica médica", Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico, disponible en http://www.sideme.org/doctrina/articulos/ci-ravf.pdf al 18 de mayo de 2020). El propio paciente, por su parte, admitía sin discusión la superioridad científica del facultativo, lo que le permitía a este arrogarse, frente al paciente profano, las decisiones relativas a la curación de sus enfermedades y la actuación sobre ese cuerpo ajeno.

Sin embargo, este modelo paternalista que por muchos siglos rigió la actuación médica experimentó cambios sustanciales, dando lugar a una nueva situación, que se fundamenta en el respeto a la dignidad y autonomía del enfermo, donde resulta inconcebible que el profesional de la salud proceda al engaño u ocultar información al paciente (González Magaña, Ignacio, "El consentimiento informado deficientemente prestado como fuente de responsabilidad civil en un caso de anticoncepción fallida", publicado en el Diario LA LEY del 5 de abril de 2018, p. 4).

Así, se ha definido al consentimiento informado como la posibilidad del paciente de elegir el tratamiento a seguir, tras haber recibido información suficiente y adecuada a su comprensión sobre el diagnóstico y el pronóstico de la afección que sufre y de las alternativas terapéuticas disponibles (Caramelo Díaz, Gustavo Daniel, "Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos", en Caramelo Díaz, Gustavo Daniel y Sebastián Picasso (dirs.), Derecho Privado, año 1, N° 1 "Bioderecho", Buenos Aires, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2012, p. 92).

A su vez, el consentimiento informado integra la lex artis para desarrollar la actividad médica, pues en el actual estado de la cuestión, abandonado como está el "endiosamiento" de los médicos y puesto el foco en los derechos y en la autonomía de los pacientes, no cabe la menor duda de que el consentimiento informado constituye una exigencia ética y jurídica del equipo médico, cuya inobservancia compromete su responsabilidad como profesionales de la salud (Chaia, Rubén Alberto, "Responsabilidad penal médica: el consentimiento del paciente como elemento de la lex artis", en Doctrina Judicial, Buenos Aires, LA LEY, vol. 2005-1, p. 631).

Todo ello es coherente con la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, en cuanto consagra la autonomía de la voluntad como derecho esencial del paciente en su relación con los profesionales de la salud (artículo 2°, inc. e), y con lo establecido en la actualidad en el artículo 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Se trata de una verdadera regla general, rectora en la materia: el paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona. Puntualmente, se reconoce el derecho del paciente a "aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad" (esta Sala, "R., R. J. y otro c. Swiss Medical SA (ex Docthos SA) s/ daños y perjuicios - resp. profesional").

Al aplicar estos principios al presente caso, no cabe ninguna duda de que la responsabilidad civil imputada en la instancia anterior debe confirmarse, si se repara en que el consentimiento informado recabado del actor para la primera cirugía, según se advierte de la simple lectura del documento glosado a fs. 44, fue obtenido el mismo día de la operación (27/11/2009), se refiere a una "cirugía endoscópica sinusal" y no a una cirugía estética, y el campo que debía llenarse con la indicación del cuadro o diagnóstico del actor ("por padecer.....") se encuentra en blanco. En tanto que para la segunda intervención quirúrgica, el consentimiento informado está lisa y llanamente ausente de las constancias aportadas a la causa, tal como surge de su compulsa y del informe pericial del Dr. R. Á., quien se refirió a la existencia de "un" consentimiento informado obrante en autos (ver fs. 769).

En esta inteligencia, fácil resulta concluir en que la queja de Galeno Argentina SA fundada en la supuesta existencia de consentimiento informado no tiene el menor sustento, pues resulta falso que existan "sobradas evidencias de que en el caso se cumplió con el consentimiento informado" porque "como es de público conocimiento y lo sabe cualquier persona que alguna vez se realizó una cirugía programada (esto es, que no era de urgencia), nadie se interna directamente en un sanatorio sin saber qué procedimiento se realizará (…) en el momento en el cual se suscribe un formulario de consentimiento informado, (éste) no suplanta el consentimiento ocurrido previamente, sino que meramente lo formaliza". Tal afirmación no solo denota un grosero error conceptual sino también la admisión, por parte de la apelante, de su propio incumplimiento: la legislación vigente (en particular, los arts. 5, 6 y 7 de la ley 26.529 y el art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) exige la obtención por escrito y debidamente suscripta, y no la "presunción" por supuestas "razones de público y notorio", del consentimiento informado del paciente, más aún con anterioridad a una intervención quirúrgica invasiva.

Tampoco puede compartirse el argumento vertido por ambos apelantes acerca de la supuesta falta de relación causal entre la ausencia de consentimiento informado y los daños experimentados por el demandante. Tal como ha quedado claro a esta altura de mi voto, las secuelas padecidas por el Sr. N. se produjeron como resultado de las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometido, y es evidente que si el paciente hubiera sido adecuadamente informado acerca de las posibles consecuencias que dichas operaciones le podían acarrear, se habría hallado en condiciones de prestar o no el consentimiento a dichas prácticas. Máxime, si se tiene en cuenta que el cuadro que presentaba el accionante no era de urgencia, por lo que podría haber elegido vivir con esa dolencia en lugar de asumir los riesgos de la cirugía, recurrir a otro tipo de tratamiento, realizar una interconsulta con otro profesional, etcétera.

En definitiva, comparto plenamente la conclusión del Dr. Césari en cuanto a que el Dr. S., en tanto médico principal y cirujano en quien el demandante había depositado su confianza, faltó a su deber personalísimo e indelegable de obtener, como previo a las intervenciones quirúrgicas, el correspondiente consentimiento informado de su paciente en los términos exigidos por la ley, lo que fundamenta la procedencia de la demanda instaurada en su contra, como así también la de Galeno Argentina SA, quien deberá responder al haber incumplido el deber de garantía contractual (art. 1198, Cód. Civil) que impone la prestación del efectivo suministro de atención médica en los términos del plan convenido (CNCiv., Sala G, 25/06/2003, "R. C., E. A. c. Asociación Francesa Filantrópica de Beneficencia").

No debe olvidarse, en relación a este aspecto, que las empresas de medicina prepaga responden por la deficiente prestación del servicio de salud a su cargo, asumiendo frente al afiliado una obligación de seguridad por la eficiencia de dicho servicio; deber de indemnizar que comprende también aquellos casos en los cuales han existido deficiencias en la prestación del servicio, pero atribuibles a la culpa (negligencia) de los profesionales intervinientes (Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad civil del médico, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 114), tal como ha ocurrido en el presente litigio.

Por todo lo expuesto, tal como lo adelanté anteriormente, dejo sentado mi voto en el sentido de desestimar las quejas en estudio y confirmar el pronunciamiento de primera instancia con respecto a la solución de fondo del caso, y a continuación me abocaré a examinar los ítems de la cuenta indemnizatoria que fueron materia de agravios.

VII. Alcance de la responsabilidad civil

1. Análisis de la presentación de fecha 01/03/2021. Deserción parcial del recurso de apelación deducido por el Dr. S.

El contenido de la expresión de agravios está determinado por el artículo 265 del Código Procesal, que sintetiza brevemente la constante jurisprudencia de las cámaras de apelaciones, al ordenar que deberá contener "una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas", constituyendo esta directiva una carga jurídica que le corresponde a quien apela. En este sentido, resulta fundamental que, en todo recurso de apelación, se encuentre presente esta "crítica concreta y razonada" como modalidad de la argumentación que persigue demostrar los errores que porta la sentencia en el ámbito fáctico o jurídico. Esa carga se cumple mediante la indicación detallada de los errores, omisiones y demás deficiencias que pudiera reprochar al pronunciamiento recurrido el apelante, así como la refutación de las conclusiones de hecho y de derecho en que fundó el juez su decisión (CNCiv., Sala B, 24/04/1995, ED, 167-488, citado en Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Concordado con los códigos procesales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, p. 241).

Ahora bien, el Dr. S. y su letrado patrocinante expresaron textualmente: "También debemos agraviarnos y consecuentemente impugnar por resultar arbitraria, ilegítima, incausada y completamente improcedente a la par de groseramente abultada, los montos de la

sentencia". Frente a ello, pocas consideraciones hacen falta para concluir en que esos tres renglones no satisfacen siquiera mínimamente la carga impuesta por el citado artículo 265 del Código Procesal, dado que más allá de la mera disconformidad expresada por el recurrente en torno a la cuantificación de los ítems indemnizatorios (los que ni siquiera fueron mencionados o individualizados), el Dr. S. no ha brindado ni un solo fundamento objetivo en apoyo de dicha queja.

Por ello, no tengo la menor duda de que el planteo en cuestión no alcanza a constituir la crítica concreta y razonada que exige el mencionado art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, y propondré al Acuerdo declarar la deserción del recurso planteado en relación a este aspecto.

2. Aclaración previa

A fin de dar respuesta al agravio vertido sobre este aspecto por Galeno Argentina SA, habré de precisar que al presentar la demanda, el actor reclamó la suma de $499.000 "o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse en autos..." (fs. 3). Ello evidencia que el demandante 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.

3. Daño físico, daño psicológico, tratamiento de psicoterapia y daño estético

Desde mi punto de vista, el daño físico y el daño psicológico conforman dos caras de un mismo bien jurídico a proteger (la integridad psicofísica de la persona humana), por lo que habré de analizarlos y cuantificarlos en conjunto en este punto de mi voto.

A su vez, al margen de la discusión que se ha dado (y sigue vigente) en la doctrina y la jurisprudencia civilista acerca de si cabe reconocer autonomía al daño estético, dado que en este caso concreto ese daño fue contemplado en un porcentaje de incapacidad física (tal como surge de la pericia médica a la que me referí en el considerando anterior), también incluiré dicha faceta del menoscabo en este ítem resarcitorio.

En otro orden de ideas, en virtud de las quejas vertidas por Galeno Argentina SA sobre esta problemática, aclaro que el daño psíquico y el daño moral constituyen instituciones jurídicas diversas, pues el primero se traduce en una merma funcional del compuesto humano, resultando la incapacidad que genera susceptible de ser medida en porcentuales según los distintos baremos en uso, mientras que el daño moral imputa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, y al referirse a un detrimento en las afecciones íntimas de una persona, resulta insusceptible de tabulación alguna (esta Sala, "M., L. A. y otro c. E., G. A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)", Expte. N° 46.143/2015; "M., C. V. c. Swiss Medical SA y otro s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", Expte. N° 18.577/2014; "M., D. R. y otro c. A., J. A. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)", Expte. N° 52.367/2013; entre muchos otros).

Finalmente, dado que el primer juzgador determinó una suma única para la indemnización del daño psíquico y del tratamiento de psicoterapia, habré de incluir en el presente acápite también a este último ítem, con el objeto de mantener la unidad lógico-jurídica del fallo recurrido.

Una vez precisado lo anterior, diré que comparto plenamente el criterio de mi colega de la Sala "M" de esta Cámara, Dra. Benavente, quien ha expresado que por incapacidad sobreviniente debe entenderse cualquier alteración del estado de salud física o psíquica de una persona que le impide gozar de la vida en la medida en que lo hacía con anterioridad al hecho, con independencia de cualquier referencia a su capacidad productiva (conf. Alpa - Bessone, "Il fatti illeciti", en Tratatto de Diritto Privato (dir. Resigno), XIV-6, p. 9). La protección de la integridad corporal y la salud estuvo implícitamente consagrada en la Constitución Nacional de 1853 (SCJ, Mendoza, Sala I, marzo 1-1993, "Fundación Cardiovascular de Mendoza c. Asociación de Clínicas de Mendoza" ED, T. 153, p. 163 con nota de Susana Albanese) y, explícitamente, en el art. 42 de la Carta Magna y a través de la incorporación de los tratados internacionales, en la modificación de 1994.

Tal protección resulta, entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1: "Todo ser humano tiene el derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar; tiene derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia"); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.1: "Los Estados se comprometen al reconocimiento de derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"); de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" y art. 11.1: "Toda persona tiene el derecho... al reconocimiento de su dignidad"); del art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

("Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad").

Así, se advierte que la salud aparece como un bien jurídico de la mayor jerarquía a la hora de su tutela jurídica, y en virtud de ello, las consecuencias de su afectación resultan un daño resarcible, en tanto agravia el interés de la persona a mantener su nivel de salud, que es protegido por el ordenamiento (conf. Parellada, Carlos A., "Incapacidad parcial y permanente", en "Reparación de daños a la persona. Rubros indemnizatorios y responsabilidades especiales", dir. Trigo Represas, F.-Benavente, M., ed. LA LEY, 2014, T. III p. 3). Si se ubica a la persona como centro y eje del ordenamiento jurídico, el contenido y la consideración del daño experimentado ha de tener especial significación (voto de la Dra. Benavente en CNCiv., Sala M, "Vivero, Andrés M. c. Lazarte, Vanesa P. y otro s/ daños y perjuicios", 06/08/2020).

Estos principios fueron consagrados en el nuevo ordenamiento jusprivatista, sobre la base de la doctrina y de la jurisprudencia ya elaboradas teniendo en mira, precisamente, la incorporación de las normas de rango constitucional y convencional. Así, el artículo 1737 del Cód. Civ. y Comercial da una definición genérica y abarcativa del concepto de daño, en tanto que el artículo 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. A su vez, el artículo 1740 consagra expresamente, como ya lo he dicho, el principio de la reparación plena, y el artículo 1746 establece pautas para fijar la indemnización en caso de lesiones o incapacidad física o psíquica.

Las nuevas normas han consagrado los criterios doctrinales y jurisprudenciales ya aceptados en la materia, pues tal como lo ha establecido el Máximo Tribunal, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad psicofísica tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, además de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CSJN, Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715).

Ahora bien, 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.

En esta controversia en particular, me sujetaré a la determinación del 10% de incapacidad física por las secuelas experimentadas por el Sr. N., conforme fuera establecido por el Dr. R. Á. en la pericia referida en el considerado precedente, al que me remito por razones de brevedad.

A su vez, en lo atinente a la faz psicológica del daño, la perito médica especialista en psiquiatría designada de oficio, de cuyas conclusiones no advierto razones de peso para apartarme en el presente pleito, por motivos análogos a los ya vertidos con anterioridad, afirmó que las alteraciones en el sistema corporal del demandante "han incidido en su identidad causándole un trastorno a nivel psíquico equiparable a un trastorno de adaptación o en términos médico legales, Reacción Vivencial Anormal Grado III. Se verifican alteraciones de sus funciones psíquicas. Su incapacidad es del 20%" (fs. 503). Asimismo, sugirió la realización de un tratamiento psicoterapéutico individual durante un año, a razón de una sesión semanal, cuyo costo total asciende a $15.000 (fs. 537 vta.).

Dejo sentado, en este punto de mi voto, que me apartaré del criterio del Dr. Césari y me atendré a ese porcentaje de incapacidad psicológica (20%) sin considerar concausalidad alguna en la generación de ese trastorno psíquico. Discrepo abiertamente con el accionante, quien afirmó que la apariencia de su nariz luego de la operación lo hace parecer "afeminado", ya que la forma de la nariz de una persona no determina su género; pero ello no implica, desde mi punto de vista, que esa visión errónea y prejuiciosa del actor - incompatible, desde luego, con una perspectiva de género— funcione como concausa de un trastorno psicológico de la magnitud indicada por la Dra. R.

Por último, no ignoro que autorizadas voces de la doctrina y la jurisprudencia han propugnado que debe distinguirse, por un lado, la configuración del daño como elemento medular de la responsabilidad civil y, por otro, la fijación del monto resarcitorio, que al constituir una consecuencia no consolidada y pendiente de determinación (deuda de valor), quedaría gobernada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación (CNCiv., Sala M, "F c. Arcos Dorados s/ daños y perjuicios" del 15/09/2016; "H c. G s/ daños y perjuicios" del

11/08/2016; "C., E. E. c. Colectiveros Unidos SACIF y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 39.510/2013, del 07/07/2017).

Pues bien: en función de la queja vertida por el Sr. N. sobre esta cuestión, aclaro que prescindiré de la utilización de fórmulas matemáticas para cuantificar la indemnización por la incapacidad sobreviniente, pues como es sabido, las fórmulas conocidas como "Vuotto" o "Méndez" no son de aplicación en este Fuero, sin perjuicio de su empleo en procedimientos seguidos ante la Justicia del Trabajo. Y aun si se prescindiera del criterio expresado en el considerando V de mi voto y se aplicase al presente litigio el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la solución no cambiaría, pues para fijar la cuantía de la reparación, la utilización de fórmulas aritméticas a las que alude el mencionado precepto constituye una pauta orientadora o una herramienta más a considerar a fin de dotar de mayor objetividad el principio de reparación plena del daño (art. 1740 Cód. Civ. y Comercial), de modo que su resultado no debe ser aplicado de manera estricta.

De ahí, entonces, que tendré en cuenta tanto la entidad de las secuelas sufridas por el damnificado como las disminuciones funcionales que el hecho ilícito le produjo y sus condiciones personales y socioeconómicas. Al respecto, según surge de las constancias aportadas a la causa y del expediente sobre beneficio para litigar sin gastos que en este acto tengo a la vista, el Sr. N. nació en el año 1976 y al momento del siniestro se encontraba casado, vivía junto a su esposa y a sus dos hijos en una casa modesta ubicada en la calle Thompson de esta ciudad, contaba con estudios terciarios completos en comercio exterior y trabajaba como despachante de aduana.

A la luz de esos factores, analizados en función de los porcentajes de incapacidad ya mencionados, dado lo resuelto por esta Sala en supuestos análogos y de conformidad con el principio de la reparación integral del daño, propondré al Acuerdo admitir las quejas vertidas por el demandante y rechazar las de Galeno Argentina SA, elevando a $700.000, a valores históricos, el resarcimiento de la incapacidad sobreviniente, monto que comprende las secuelas estéticas experimentadas por la víctima y el costo del tratamiento de psicoterapia que le fuera indicado (art. 165 del Código Procesal).

2. Daño moral

El daño moral, como toda institución jurídica, no es susceptible de una definición única e inamovible. Sin embargo, una vez celebradas las II Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, en el año 1984, se ha impuesto en nuestro medio la noción de daño moral brindada por Zavala de González, Pizarro, Chiappero de Bas, Sandoval y Junyent de Sandoval, que mantiene vigencia hasta nuestros días y comparto plenamente: según los mencionados juristas, el daño moral consiste en "la minoración en la subjetividad de la persona humana, derivada de la lesión a un interés no patrimonial (individual o colectivo). 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".

Tal idea atiende a las consecuencias que produce la acción antijurídica, y pondera al daño extrapatrimonial o moral por lo que es, en términos positivos, asignándole un contenido propio y específico, no por mera contraposición con el daño material, y da cuenta de que el detrimento se traduce en una modificación disvaliosa del espíritu, expresión que destaca que la persona humana es cuerpo y espíritu, lo cual es comprensivo de múltiples aspectos de su personalidad que son dignos de protección.

Finalmente, el daño moral supera lo meramente afectivo, los sentimientos, y proyecta también sus efectos hacia otras zonas de la personalidad que merecen debida protección: la capacidad de entender y la de querer, de suerte que la mera ausencia de sensibilidad o de comprensión del dolor no excluyen la posibilidad de existencia de daño moral. Aun cuando no exista consciencia del agravio, el disvalor subjetivo puede configurarse. El sufrimiento no es, de tal modo, un requisito indispensable para que haya daño moral, aunque sí una de sus posibles manifestaciones más frecuentes. Con ello se supera el estrecho molde del llamado pretium doloris, que presupone necesariamente aptitud del damnificado para sentir el perjuicio. Por lo tanto, la pérdida de los sentimientos o de la posibilidad de experimentarlos, y más aún, de la aptitud de encontrarse en una situación anímica deseable, es daño moral (Pizarro, Ramón D., "El concepto de daño en el Código Civil y Comercial", Revista Responsabilidad Civil y Seguros, Buenos Aires, LA LEY, 2017-X, p. 13 y ss.).

Por otra parte, no existe una relación de "vasos comunicantes" entre el daño patrimonial y el extrapatrimonial. El daño patrimonial no es accesorio ni conexo del daño extrapatrimonial, más allá de que muchas veces la prueba tenga el componente común de probar el evento dañoso. Son completamente independientes. Un hecho puede no causar daño patrimonial, pero sí tener una relevancia espiritual que se proyecte importantemente en el daño extrapatrimonial. A la inversa, puede haber daño patrimonial (v.gr.,

contractual) sin que exista afectación a la esfera extrapatrimonial (Molina Sandoval, Carlos A., "Daño resarcible", publicado en La Ley Online, cita online AR/DOC/216/2019).

Ahora bien, se ha aceptado que la determinación de la existencia del daño extrapatrimonial (esto es, su valoración) transita por senderos más flexibles que los del daño patrimonial, lo que se deriva de su particular naturaleza, claramente diferente a la de aquel y no solo por las presunciones hominis, sino también por la regla *res ipsa loquitur* ("las cosas hablan por sí mismas", consagrada expresamente, en la actualidad, en el art. 1744 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Ocurre que por las reglas de la experiencia es más o menos sencillo concluir que ciertos padecimientos y afecciones naturalmente se derivan de determinados hechos acreditados (Ossola, Federico A., "El daño resarcible y la cuantificación judicial del daño moral. Dificultades y propuestas", RCyS 2017-XI-13).

A su vez, en lo relativo a la cuantificación del daño moral, el Máximo Tribunal ha resuelto que puede acudirse al dinero y a otros bienes materiales como medio para obtener satisfacciones y contentamientos que mitiguen el perjuicio extrapatrimonial o moral sufrido. En otras palabras, se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado a través de dinero, que funciona como un medio de obtener goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

En suma, el dinero no cumple una función valorativa exacta, pues 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, "B., S. O. c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 12/04/2011).

Aplicando tales principios al presente caso, dada la entidad de las secuelas experimentadas por el accionante (a cuyos porcentajes y características ya me referí precedentemente), las condiciones personales de la víctima (también ya analizadas) y la profunda angustia y frustración que indudablemente le provocaron las consecuencias derivadas del siniestro (en particular, la necesidad de asistir a numerosas consultas médicas, realizarse estudios de salud y dos intervenciones quirúrgicas, la de atravesar el tratamiento de psicoterapia que le fuera indicado y la circunstancia de padecer limitaciones psicofísicas y estéticas permanentes, incluso en su rostro, con el consiguiente impacto que ello genera en su vida cotidiana y de relación), estimo que la cuantificación del daño moral en $300.000, determinada a valores actuales, resulta insuficiente en esta controversia en particular. De allí que votaré por admitir el agravio vertido por el actor y desestimar el de la empresa de medicina prepaga, elevando el resarcimiento del ítem a $350.000, a valores históricos (art. 1078 del Cód. Civil y art. 165 del Código Procesal).

VIII. Intereses

Como reiteradamente lo he sostenido en numerosos pronunciamientos, el punto de partida de los intereses respecto de todos los perjuicios que padeció el damnificado por un hecho ilícito 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 el día del hecho, 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).

Es cierto que, en caso de haberse fijado las indemnizaciones a valores actuales, la aplicación de la tasa activa desde el día del acto ilícito 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. No obstante, tal como surge de mi voto, he propuesto expresamente fijar los montos de condena a valores históricos.

Voto, por ende, por rechazar las críticas vertidas en relación a esta cuestión por la empresa de medicina prepaga y admitir las del accionante, disponiendo el cómputo de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago, temperamento que no supone, en la presente controversia, una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido de la víctima.

IX. La distribución de las costas de primera instancia por el rechazo de la demanda contra la Dra. G. y Seguros Médicos SA Como punto de partida, el artículo 68 del Código Procesal consagra en su primer párrafo la regla general en materia de costas: "la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aún cuando esta no lo hubiese solicitado". Como lo explica mi estimada colega de la Sala "D" de esta Cámara, la Dra. Patricia Barbieri, esta norma consagra el criterio objetivo de la derrota, es decir,

que las costas se imponen al vencido sin que se efectúe valoración alguna respecto de su conducta, lo que sí ocurre tratándose de sanciones procesales (arts. 34, inc. 6° y 45 del Código Procesal) (Barbieri, Patricia, comentario al art. 68 en Highton, Elena y Areán, Beatriz (dirs.), Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, T. 2, p. 54).

En igual sentido, el artículo 69 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que "en los incidentes también regirá lo establecido en el artículo anterior".

Ahora bien, el mencionado principio no es absoluto, pues el referido artículo 68 expresa en su segundo párrafo que "sin embargo, 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". Existen, entonces, excepciones a la regla general, las que si bien son de interpretación restrictiva y deben fundamentarse suficientemente, atenúan el principio objetivo de la derrota cuando la conducta subjetiva de los litigantes así lo justifica.

Pues bien: en este caso concreto, comparto la decisión del Dr. Césari de distribuir en el orden causado las costas de primera instancia por el rechazo de la pretensión respecto de la Dra. G. y su aseguradora, ya que el demandante no tenía el deber de conocer, con anterioridad a la promoción de la acción que dio inicio a este proceso, quién o quiénes de los galenos e instituciones que lo atendieron serían juzgados civilmente responsables frente a aquel.

Por ello, en la medida en que el Sr. N. pudo considerarse con derecho a peticionar como lo hizo, propondré al Acuerdo de Sala rechazar esta queja de los apelantes y confirmar la decisión adoptada sobre el particular en la instancia anterior, imponiendo las costas de Alzada sobre este aspecto a los apelantes vencidos, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68, primera parte y art. 69 del Código Procesal).

X. Conclusión

Por todo lo expuesto, si mi voto fuera compartido, propongo al Acuerdo: 1) Elevar a $700.000 la indemnización de la incapacidad sobreviniente a favor del actor, comprensiva del daño estético y del tratamiento de psicoterapia, y a $350.000 el resarcimiento del daño moral, en ambos casos a valores históricos. 2) Liquidar los intereses sobre el capital de condena de conformidad con lo establecido en el considerando VIII de mi voto. 3) Confirmar la distribución en el orden causado de las costas de primera instancia generadas por el rechazo de la demanda contra L G y Seguros Médicos SA, con costas de Alzada a estos últimos, quienes resultan vencidos en su pretensión recursiva (art. 68, primera parte y art. 69 del Código Procesal). 4) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas a L J S y Galeno Argentina SA, quienes resultan vencidos (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 $700.000 la indemnización de la incapacidad sobreviniente a favor del actor, comprensiva del daño estético y del tratamiento de psicoterapia, y a $350.000 el resarcimiento del daño moral, en ambos casos a valores históricos. 2) Liquidar los intereses sobre el capital de condena de conformidad con lo establecido en el considerando VIII del voto de la Dra. Iturbide. 3) Confirmar la distribución en el orden causado de las costas de primera instancia generadas por el rechazo de la demanda contra L. G. y Seguros Médicos SA, con costas de Alzada a estos últimos, quienes resultan vencidos en su pretensión recursiva. 4) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decidió y fue materia de agravios, con costas a L. J. S. y Galeno Argentina SA, quienes resultan vencidos. 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.*

HURTO EN CAJA DE SEGURIDAD

Imposibilidad de probar el hecho. Funcionamiento en el sistema de seguridad. Rechazo de la acción.

1. — Los bancos tienen la obligación de restituir los bienes y valores almacenados en las cajas de seguridad locadas a sus clientes, siempre y cuando se acredite mínimamente la existencia de tales bienes y valores. Ello así, por cuanto es de la esencia de este contrato que quien asume a través de él la condición de depositario restituya al depositante aquello que aquel le entregó a este último en carácter de guarda.

2. — La obligación del banco depositario de devolver el contenido de la caja de seguridad se muestra así claramente como una obliga-

ción de resultado, ya que no basta con que el banco ponga a disposición del cliente toda su organización y su servicio de seguridad para preservar la intangibilidad de las cajas de seguridad, sino que debe garantizar ese resultado. Por consiguiente, si esa intangibilidad es violada y el depositante es despojado de los valores allí alojados, el banco debe responder, pudiendo excluir su responsabilidad únicamente demostrando que el resultado dañoso fue producto de una causa no imputable a su parte y que no pudo superar, aun empleando la máxima diligencia requerida por el tipo de obligación contraída.

3. — La versión expuesta por el banco para explicar por qué la actora no había podido ingresar por la puerta principal de la bóveda aparece suficientemente respaldada. Este hecho no es revelador de la existencia de deficiencias en el sistema de seguridad del banco. Por el contrario, el hecho de que la puerta se hubiera trabado ante el ingreso de una clave errónea por parte de un empleado de la entidad implica, de hecho, el adecuado funcionamiento de uno de los elementos de seguridad de la entidad. Deficiencia que, en todo caso, fue resuelta, además, en un tiempo más que razonable como el que la empresa responsable informó que le había llevado la restauración del sistema.

4. — No hay razones para creer que el hecho de que la puerta de la bóveda no hubiese operado con normalidad durante parte de un día hubiera facilitado el acceso a delincuentes a la bóveda ni, dado que el bloqueo de la puerta se produjo como consecuencia de un error humano en el ingreso de la clave, hay motivos para creer que hubiera sido indicio de un defecto en la seguridad de la sucursal.

5. — Si bien, por hipótesis, podría ocurrir que un empleado infiel de la entidad bancaria se hubiera hecho en de una copia de las llaves antes de que le fueran entregadas a la actora, que hubiera además tenido acceso a la bóveda por sí o gracias a la connivencia de otro empleado infiel y que hubiera aguardado por años para abrir la caja de seguridad de la accionante y tomar solo parte de lo que se encontraba allí a resguardo, lo cierto es que no hay en la causa prueba alguna que pueda sustentar que esa secuencia de hechos hubiera ocurrido de ese modo.

6. — Si bien las pruebas médicas pueden dar cuenta de la existencia de diversos padecimientos físicos y psicológicos sufridos por la accionante y pueden, incluso, sugerir que aquella efectivamente creyó haber sido víctima de un hurto del dinero que había puesto a resguardo en su caja de seguridad, así como también pueden llevar a considerar que fue esa creencia la que desató la situación de estrés y angustia que desencadenó las demás patologías conforme a lo expuesto por los peritos, lo cierto es que ese convencimiento —en ausencia de todo otro elemento indicativo de su veracidad— no prueba la real ocurrencia del hecho.

CNCom., sala A, 26/05/2021. - S., M. A. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/57550/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° COM 041502/2014/CA001

Buenos Aires, 26 de mayo de 2021.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Kölliker Frers* dijo:

I. Los hechos del caso.

1) María Angélica Santillán promovió demanda por daños y perjuicios contra el Banco de la Ciudad de Buenos Aires requiriendo que se condenara a la accionada al pago de la suma de novecientos sesenta y nueve mil cien pesos ($969.100), con más sus respectivos intereses y las costas del pleito.

En sustento de su pretensión, narró que, como empleada del Poder Judicial de la Nación, cobraba su sueldo en la cuenta que, en función de su condición de tal, tenía abierta en la entidad demandada. Sostuvo que esa circunstancia, unida a la proximidad de la sucursal 46 de ese banco con su lugar de trabajo, la llevó a locar allí en el año 2008 una caja de seguridad en la que ponía a resguardo los dólares que había obtenido por herencia de su madre, por la venta de su porción de un inmueble y de sus ahorros periódicos. Contó que concurría allí habitualmente para guardar los dólares que adquiría con sus ahorros mensuales y que, en una visita que hizo junto con su hermano en octubre de 2010, había solicitado que se lo incorporara como cotitular de la cuenta. Dijo que en esa ocasión la empleada que los atendió les informó que ya había otra persona autorizada a utilizar la caja de seguridad, lo que la sobresaltó y negó, motivando que la empleada le dijera que había sido un error del sistema y que no debía preocuparse por ello.

Refirió que en los meses subsiguientes no visitó la caja de seguridad y que tampoco lo había hecho su hermano, hasta que el 17.2.11 concurrió porque necesitaba tomar de allí una suma de dólares, que no especificó, para realizar un negocio. Detalló que, en esa oportunidad, tuvo que ingresar reptando por una entrada alternativa, dado que, según se le informó, había un desperfecto en la apertura de la puerta de la bóveda, motivo por el cual tampoco era posible utilizar las salas privadas del recinto. Sostuvo que, al abrir la caja, notó que había menos dinero del que había dejado en su última visita. Sin embargo, ante la necesidad de concluir rápido el trámite para poder continuar con el negocio que estaba desarrollando y dada la imposibilidad de revisar en privacidad el contenido de la caja, optó por abandonar la bóveda y retornar al día siguiente. Así, volvió a la sucursal el 18.2.11 y, luego de una cuidadosa inspección del contenido de la caja, advirtió que le faltaban cuarenta y dos mil dólares (U$S 42.000). Inmediatamente le comunicó ese descubrimiento a la gerente de la sucursal, quien le ordenó que abandonara el salón y que efectuara la denuncia en la comisaría. Narró que al dejar el banco fue a su lugar de trabajo, donde le recomendaron que volviera a la sucursal junto con un escribano para que se labrara un acta de lo sucedido, lo que hizo. Señaló que la gerente de la sucursal se había negado a hacer un inventario del contenido de la caja y a hacer la correspondiente denuncia policial.

Continuó diciendo que, luego de labrada el acta, concurrió a la comisaría más cercana a presentar la denuncia del hecho, lo que motivó el inicio de una investigación llevada adelante por la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 13. Explicó que, en ese marco, el fiscal a cargo le requirió al banco la remisión de las filmaciones del período comprendido entre el 1.10.11 y el 17.2.11 de las cámaras de seguridad de la zona en la que estaba su caja de seguridad, a lo que la entidad había respondido remitiendo filmaciones parciales y refiriendo que no podía cumplir con lo requerido porque, dado el tiempo transcurrido desde el hecho, no tenía a resguardo esas imágenes, lo que, a criterio de la actora, demostraba la negligencia y desidia con la que el banco se había manejado. Destacó que las imágenes que sí había remitido eran de tan mala calidad que a los peritos de la Policía Federal no les había sido posible distinguir si unas personas que se divisaban en ellas habían abierto una caja de seguridad con llaves o con ganzúas. Apuntó, además, que, parte de esos videos, no correspondían a la sucursal en la que estaba su caja de seguridad.

Luego, la actora explicó cuál había sido el origen de los fondos depositados en la caja. Dijo que su madre, ya fallecida, había tenido más de cien mil dólares (U$S 100.000) depositados en el banco y un inmueble en la provincia de Santiago del Estero, de donde su familia y ella misma eran originarios. Afirmó que esos bienes se habían dividido en partes iguales entre ella y sus dos hermanos, habiendo su parte vendido su porción del condominio sobre ese inmueble y obtenido a cambio una suma de dinero que no especificó. Dijo que, además, vivía una vida muy austera y que ahorraba el dinero que mensualmente le sobraba para asegurarse una vejez cómoda, especialmente teniendo en consideración que padecía artritis reumatoidea y que no tenía cónyuge ni descendientes que pudieran cuidar de ella.

Por otra parte, adujo que el hurto de sus ahorros le había causado un gran estrés y que ello había ocasionado, a su vez, que sufriera un infarto y un brote de artritis, (enfermedad que hasta el momento de los hechos estaba controlada), brote que le produjo la rotura del saco que contiene el líquido sinovial de la muñeca derecha, por lo que tuvo que ser operada para que se le colocara un tornillo. Añadió que también había sufrido ataques de pánico y depresión, por lo que se vio forzada a pedir licencia en su trabajo por dos años, momento en el que finalmente se jubiló.

Sostuvo que el sistema de seguridad del banco era deficiente, lo que se comprobaba a través del defectuoso funcionamiento de la puerta de acceso a la bóveda. Destacó por otra parte que, al momento de celebrar el contrato de locación, las llaves no le habían sido entregadas en un sobre lacrado y sellado —como preveía el convenio— sino en mano, por lo que cualquier persona podía haber hecho otro juego con anterioridad.

Con respecto al daño padecido, dijo haber sufrido un daño económico constituido por el dinero hurtado, que estimó en la suma de trescientos cuarenta y un mil trescientos dieciocho pesos ($341.318) según el tipo de cambio vigente al momento de la promoción de la demanda. Por otro lado, sostuvo que el hecho le causó una afectación psíquica que estimó en ciento cincuenta mil pesos ($150.000), una afectación física comprendida por el infarto y la colocación de un *stent* —que estimó en doscientos mil pesos ($200.000)— y el daño de su muñeca y la posterior rehabilitación —que valuó en cien mil pesos ($100.000)—. Requirió, asimismo, la indemnización del daño moral sufrido, que estimó en cien mil pesos ($100.000), y del daño psicológico sufrido, que valuó en cincuenta y siete mil seiscientos pesos ($57.600).

2) Corrido el pertinente traslado de ley, se presentó a fs. 426/37 la entidad bancaria demandada solicitando la citación en garantía de Nación Seguros, contestando la demanda y solicitando su rechazo con costas.

En apoyo de su postura, afirmó que el 17.2.11 la accionante no había podido utilizar el ingreso habitual

a la bóveda no porque aquel sufriera un desperfecto sino que, debido a que el empleado del banco encargado de su apertura había ingresado un código incorrecto, aquella se había bloqueado y que —por tal razón— estuvo inutilizable hasta que concurrió la empresa que realizó el regrabado de la clave, lo que insumió aproximadamente una hora y media, que coincidió justamente con el período en el cual la actora había concurrido al banco. Explicó que ese hecho en modo alguno podría haber permitido que un tercero abriera la caja de seguridad locada por la accionante porque ambos accesos no estaban vinculados y porque el bloqueo del ingreso a la bóveda no había impedido el habitual funcionamiento de todas las demás medidas de seguridad. Al respecto, señaló que, para poder abrir la caja, era necesario contar con la copia de la llave que estaba en posesión de la accionante, con la que el banco no contaba, y con la propia en poder del banco.

Con respecto a las filmaciones del sector de cajas, refirió que el 11.3.11 el juzgado penal le había requerido únicamente las filmaciones del 17.2.11 y que, pese a que para esa fecha ya había transcurrido el período de diez días de guarda exigido por el BCRA, su parte tenía el material fílmico y lo había entregado. Dijo que, cuando el 27.5.11 la fiscalía le había pedido que ampliara la información a todas las filmaciones comprendidas entre el 1.10.10 y el 17.2.11, su parte había malinterpretado el pedido y había remitido solo las filmaciones de esos días. Ante el segundo requerimiento del fiscal solicitando la totalidad de las grabaciones, informó que no las tenía porque el período de guarda había expirado.

Explicó que el sector de cajas de seguridad de la sucursal 46 era especial en tanto el encargado del sector no acompañaba al locador a su caja, sino que habilitaba su apertura a distancia con un código electrónico, por lo que el cliente iba solo hasta su caja, que abría con la llave que tenía en su poder. Dijo que solo en caso de que el sistema electrónico no funcionara el empleado responsable acompañaría al cliente y abriría la columna en la que se encontraba su caja con una llave maestra, pero que incluso, en ese caso, era indispensable contar con la copia que estaba en poder del cliente para abrir la caja, sin que esta pudiera ser abierta con una ganzúa como la accionante había propuesto. Apuntó que no había ninguna señal de violencia sobre la caja de la actora, por lo que aquella debió haber sido abierta con una copia de la llave que estaba en su poder, sobre cuya custodia el banco no tenía responsabilidad.

Apuntó que la conducta tomada por la accionante el 17.2.11 —oportunidad en la que supuestamente había detectado el faltante y se había retirado sin presentar queja alguna— no era la propia de quien es víctima de un hurto. Añadió que era curioso que un supuesto ladrón hubiera tomado solo parte del contenido de la caja. Recordó que la investigación penal se había archivado por falta de pruebas que permitieran sustentar un requerimiento contra persona alguna.

Sostuvo que tampoco había un nexo de causalidad entre los daños alegados y el hecho denunciado e impugnó la liquidación efectuada por la actora.

Por último, planteó la excepción de prescripción como defensa de fondo, arguyendo que se trataba de un supuesto de responsabilidad extracontractual por estar fundado en un supuesto hecho ilícito —cuyo plazo de prescripción era de cinco años— y no de uno de responsabilidad contractual.

3) Ordenada su citación, a fs. 478/87 se presentó Nación Seguros S.A. y contestó la demanda, solicitando su rechazo con costas.

En primer término, la citada sostuvo que el riesgo de robo o hurto de bienes guardados en la caja de seguridad no estaba amparado por la póliza contratada por la entidad bancaria, por lo que ninguna responsabilidad le cabría a su parte.

Por otro lado, negó que los hechos relatados por la actora fueran verídicos y arguyó —sin que ello tenga vínculo alguno con el caso de marras— que cuando se invocaba la responsabilidad de un sujeto por los daños sufridos como consecuencia de un accidente de tránsito debía demostrarse la ocurrencia del hecho denunciado como dañoso.

Por otra parte, se opuso a la procedencia y cuantía de las indemnizaciones solicitadas y acusó a la accionante de haber incurrido en un caso de pluspetición inexcusable.

4) Integrada la "litis" de este modo, a fs. 492/3 se resolvió abrir la causa a prueba y, habiéndose producido las ofrecidas del modo que da cuenta la certificación actuarial de fs. 1215/6, los autos fueron puestos a los efectos del art. 482 CPCC en fs. 1217, habiendo hecho uso del derecho a que refiere esa norma la citada en garantía el 29.8.20, el banco demandado el 31.8.20 y la actora el 2.9.20, dictándose finalmente pronunciamiento definitivo de manera electrónica el 21.9.20.

II. La sentencia apelada.

Así planteado el caso, en su sentencia la Señora Jueza de la anterior instancia resolvió rechazar la demanda e imponer las costas del proceso a la accionante.

Para resolver de ese modo, principió por analizar si de las probanzas colectadas era o no posible concluir que el hurto denunciado había ocurrido. En ese

sentido, recordó que la empresa *Iron Box* había confirmado la versión de la entidad demandada en punto a que el 17.2.11 la puerta de ingreso a la bóveda había presentado una falla en el uso diario de la clave de apertura y que se había calibrado, ajustado y regrabado la clave, lo que había tomado entre media y una hora. Consideró que no había razones para concluir que esa reparación hubiera permitido la ocurrencia de un hurto.

A fin de llegar a una conclusión sobre la existencia misma del hecho denunciado, la jueza a quo recordó las pruebas reunidas en la causa penal iniciada ante la denuncia de la actora. Refirió que allí se había informado que la accionante había autorizado a su hermano a ingresar a la caja de seguridad en octubre de 2010 pero que la única que había concurrido entre el 1.10.10 y el 18.2.11 era la actora. Apuntó que se habían adunado algunas filmaciones del sector de cajas de seguridad pero que no se lograba distinguir en ellas si las personas que se veían utilizaban llaves o ganzúas ni si se trataba del sector en el que se encontraba la caja de la accionante. Señaló que el BCRA había informado que las entidades bancarias se encontraban obligadas a guardar las filmaciones de las operaciones por al menos diez días y que, al momento en que se le solicitó a la demandada que remitiera las imágenes en cuestión ese lapso ya se había consumido, por lo que no había cometido ninguna infracción al no conservarlas. Destacó que el Fiscal interviniente había considerado que las pruebas colectadas en el sumario eran insuficientes para sustentar requerimientos contra persona alguna, no vislumbrando la posibilidad de cumplir nuevas diligencias que permitieran continuar con la investigación y dilucidar el hecho en cuestión, por lo que había ordenado el archivo de las actuaciones.

En ese contexto, la jueza a quo concluyó que no se había podido demostrar la existencia del hurto denunciado por la actora, lo que la relevaba de cualquier consideración sobre el contenido de la caja de seguridad y justificaba el rechazo de la demanda.

III. Los agravios.

1) Contra dicha decisión se alzó únicamente la parte actora mediante el recurso de apelación interpuesto de manera electrónica el 25.9.20, que fue concedido por la misma vía el 28.9.20. La accionante fundó su recurso en fs. 1224/26, habiendo merecido respuesta de la citada en garantía a través del escrito de fs. 1229/31 y de la demandada mediante el escrito de fs. 1233/43.

2) La actora —recurrente— criticó que se hubiera considerado que no se había acreditado el hurto, aduciendo que no se había hecho una adecuada evaluación de las pruebas rendidas. Cuestionó, también, la regulación de honorarios efectuada en la sentencia.

En ese sentido, arguyó que la jueza a quo había minimizado la falla de seguridad que supuso el desperfecto de la puerta de bóveda, que, a su criterio, evidenciaba un endeble protocolo de seguridad.

Por otra parte, sostuvo que, en sus intervenciones en la causa penal, la entidad demandada había demostrado una conducta reacia a colaborar con la dilucidación de los hechos. Señaló que el banco no había guardado los registros fílmicos del sector de cajas pese a que tenía perfecto conocimiento de la existencia de su denuncia. Añadió que el banco había remitido imágenes que no pertenecían a la sucursal en la que su parte tenía la caja de seguridad. Sostuvo que las imágenes tomadas por las cámaras de seguridad del banco eran de tan baja calidad que no habían permitido a los expertos establecer si dos sujetos que aparecían en la zona en la que estaba la caja de seguridad se encontraban manipulando llaves o ganzúas.

Apuntó, asimismo, que no se habían tenido en cuenta otras pruebas rendidas en este pleito. Al respecto, señaló que el perito médico había concluido que la reactivación de su artrosis y el infarto que sufrió se habían producido como consecuencia del estrés que este hecho le había ocasionado. Añadió que la perito psicóloga también había dado cuenta de las secuelas psíquicas que el hurto le había dejado. Criticó que tampoco se hubiera tenido en consideración la prueba rendida que demostraba su capacidad económica para justificar la existencia del ahorro que le fue sustraído. En la misma línea, se quejó de que no hubiera tenido en cuenta la prueba testimonial, mediante la cual diversos amigos y familiares habían acreditado que el hecho había ocurrido y cómo había repercutido en ella.

IV. La solución.

1) *Thema decidendum*.

En función del contenido asignado por la actora a su recurso, el *thema decidendum* en esta instancia se centra en determinar si en la causa se han producido —o no— pruebas suficientes para considerar acreditada la ocurrencia del hurto denunciado por la accionante. En caso de que la respuesta a ese interrogante fuese positiva, cabrá entonces evaluar, eventualmente, si puede considerarse, razonablemente, que la accionante realmente tenía en la caja de seguridad la suma argüida como ahí depositada como así también la procedencia y cuantía de las indemnizaciones complementarias reclamadas.

2) La responsabilidad del banco en hechos de esta naturaleza.

Lo primero que es dable señalar con respecto a este tema es que está fuera de toda discusión que los bancos tienen la obligación de restituir los bienes y valores almacenados en las cajas de seguridad locadas a sus clientes, siempre y cuando se acredite mínimamente la existencia de tales bienes y valores. Ello así por cuanto es de la esencia de este contrato que quien asume a través de él la condición de depositario restituya al depositante aquello que aquel le entregó a este último en carácter de guarda.

Dentro de ese marco, el contrato de caja de seguridad ha sido definido como aquel por el cual la entidad bancaria cede a un tercero (generalmente cliente de la institución), por un plazo determinado, el uso de un espacio instalado en una dependencia especial del banco (habitualmente en el subsuelo, con acceso protegido y vigilado), a cambio del pago de un precio, a fin de que este tercero deposite valores o cosas en ese espacio, sin que importe que sean o no de su propiedad, con la finalidad de que sean preservadas o protegidas por aquella (cfr. Bonfanti, Mario, *Contratos bancarios*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 312; Moeremans, Daniel, *Contrato de caja de seguridad: prueba del contenido*, LL 2005-E-232). La finalidad del contrato no es, pues, otra que la guarda o custodia de un bien, o de una clase de ellos, desconocidos por el depositario hasta tanto sean requeridos por el depositante (cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, t. III, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 694; Argeri, Saúl, A., *Contrato de caja de seguridad*, LL, 1978-D-1258).

La obligación del banco depositario de devolver el contenido de la caja de seguridad se muestra así claramente como una obligación de resultado, ya que no basta con que el banco ponga a disposición del cliente toda su organización y su servicio de seguridad para preservar la intangibilidad de las cajas de seguridad, sino que debe garantizar ese resultado. Por consiguiente, si esa intangibilidad es violada y el depositante es despojado de los valores allí alojados, el banco debe responder, pudiendo excluir su responsabilidad únicamente demostrando que el resultado dañoso fue producto de una causa no imputable a su parte y que no pudo superar, aun empleando la máxima diligencia requerida por el tipo de obligación contraída.

Es del caso remarcar que la obligación del banco en este tipo de relación jurídica es más intensa y de una naturaleza más objetiva que la del depositario común. La sola ausencia de culpa o —incluso— la acción del hecho de un tercero son circunstancias que se muestran por sí solas como insuficientes para eximirlo de responsabilidad. Esto es así, pues el vínculo contractual de que aquí se trata comprende —como se dijo— una obligación de resultado que, bajo este prisma, comporta un supuesto de responsabilidad objetiva en el que solo puede liberarse el deudor acreditando la concurrencia del *casus* o del hecho de un tercero por quien no debe responder, siempre que la acción de este exceda toda posibilidad de previsión por parte del banco (esta Sala, 25/06/1998, *in re*: "Folgueras, Haydée A. y otro c. Banco de Quilmes S.A.", LL 1998-E-155; Sala B, 10/04/1996, *in re*: "Quisquisola, Roberto y otro c. Banco Mercantil Argentino S.A.", LL 1997-B-80; CNCiv. y Com. Fed., Sala II, *in re*: "Boggiano de Ucha, Zulema y otro c. Banco de la Nación Argentina", diario LL, 26/02/2007; cfr. Alterini – Ameal – López Cabana, *Curso de Obligaciones*, t. II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ta ed., p. 167; Lorenzetti, ob. cit., p. 701).

Por su parte y en cuanto al eventual hecho delictivo, para ser calificado como eximente de responsabilidad, debe reunir los elementos de imprevisibilidad, inevitabilidad y extraneidad propios de un *casus*, pues de otro modo no libera al banco de su responsabilidad por las consecuencias de este tipo de hechos (cfr. Lorenzetti, ob. cit., p. 702). La jurisprudencia mayoritaria se ha encargado de señalar, en este sentido, que el robo *per se* —proviniendo de la obra del hombre— no constituye un supuesto de causa no imputable al banco, pues la caja de seguridad está destinada precisamente a sustraer los valores al peligro de tal evento, de lo que se sigue que es deber del banco adoptar todas las medidas de seguridad que la custodia de ese tipo de espacios exige, de modo de evitar que los robos puedan ser perpetrados (esta CNCom., esta Sala A, *in re*: "Folgueras...", cit. supra; ídem, 23/03/1995, *in re*: "Taormina, Adela c. Banco de Galicia y Buenos Aires y otra", ED 162-688; ídem, 27/12/1996, *in re*: "Menéndez de Menéndez, Mercedes c. Banco Mercantil Argentino S.A."; Sala B, 30/12/1998, *in re*: "Ravaglia, Clemente y otro c. Banco Mercantil Argentino", LL, 1999-C-359, DJ 1999- 2-792; ídem, 15/05/2001, *in re*: "Unger, Leonardo y otro c. Banco Mercantil Argentino", DJ, 2001-3-408; ídem, 26/03/1993, *in re*: "Sucarrat, Gustavo c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A.", LL 1994-E-437, entre otras).

Ahora bien, aclarado lo atinente respecto de la responsabilidad del banco que presta el servicio de caja de seguridad frente a la pérdida de los bienes allí almacenados en los supuestos de robo (o hurto), corresponde ingresar al concreto caso sometido a juzgamiento y al análisis de si realmente ha podido ser comprobado el ilícito denunciado o no. Veamos.

3) Sobre la posibilidad de tener por acreditada la ocurrencia del hecho ilícito denunciado.

En el caso, la accionante denunció el 18.2.11 que le había sido hurtada de la caja de seguridad nro. 855,

que locaba en la sucursal de la entidad demandada sita en la calle 25 de Mayo 294 de esta ciudad, la suma de cuarenta y dos mil dólares (U$S 42.000), monto que representaba solo una porción del total que allí había puesto a resguardo, aunque no indicó cuál era este. Aseguró que la seguridad de la bóveda era deficiente y que ello se evidenciaba en el desperfecto que presentó su puerta de ingreso el 17.2.11, que implicó que tuviera que entrar reptando al sector donde se encontraba su caja de seguridad, circunstancia a la que, a su criterio, no se le había dado la importancia pertinente en el pronunciamiento apelado. Añadió que la accionada había sido reticente en prestar la debida colaboración para la dilucidación del hecho, en tanto no había puesto a resguardo —o aportado a la investigación penal— la totalidad de las imágenes de las cámaras de seguridad del período en el que el hurto se había —*rectius*: habría— cometido, pese a haberle sido requerido por el fiscal interviniente. Sostuvo, además, que las imágenes que sí había puesto a disposición de la fiscalía eran de baja calidad, a punto tal que los expertos no habían podido establecer si unos hombres que se veían en las inmediaciones de su caja de seguridad se encontraban manipulando llaves o ganzúas. Criticó, asimismo, que no se hubieran tenido en consideración el peritaje médico, el peritaje psicológico y las testimoniales brindadas en la causa para probar la ocurrencia del hurto.

En primer término, encuentro pertinente señalar que, aun cuando a raíz del hecho denunciado se inició una investigación penal en la que no ha recaído decisión definitiva alguna, lo cierto es que el estado procesal en que ese procedimiento se encuentra hace que no corresponda suspender el pronunciamiento definitivo sobre esta causa como lo preveía el derogado art. 1101 CCiv. y lo establece ahora el art. 1775 CCyC. Ello así, en tanto la instrucción penal ha sido archivada por no haberse colectado pruebas suficientes para sustentar un requerimiento contra persona alguna y por no vislumbrar el fiscal la posibilidad de cumplimentar nuevas diligencias que permitieran continuar con la investigación y dilucidar el hecho pesquisado (ver resolución del 21.3.13 en fs. 113 del expte. I-13-21309 acompañado en copia). De esa manera, si bien nada impediría que la causa penal pudiera ser reabierta, lo cierto es que no existe actualmente —ni ha existido en los últimos ocho años— una acción penal en trámite que se encuentre pendiente de resolución y que justifique la suspensión del presente proceso (en similar sentido, esta CNCom., Sala F, 6.3.18, "Roth, Nicolás c/ Royal & Sun Alliance Seguros Argentina SA s/ ordinario").

Sentado ello, corresponde, ahora sí, evaluar los agravios expuestos por la actora. En su recurso, planteó que el hecho de que la puerta de ingreso a la bóveda no hubiera funcionado adecuadamente el día 17.2.11 daba cuenta del endeble protocolo de seguridad de la sucursal en cuestión del banco demandado. Cierto es que, como lo había manifestado la accionante en su demanda, el día 17.2.11 —i.e., el día en que habría detectado por primera vez el faltante de dinero— la puerta de la bóveda no funcionaba correctamente y se encontraba habilitado solo un ingreso alternativo.

Ahora bien, en su contestación de demanda, la entidad bancaria explicó que ello había ocurrido porque el empleado encargado de su apertura había introducido una clave errónea, provocando así el bloqueo de la puerta. Refirió, además, que la compañía encargada de su reparación resolvió esa situación en aproximadamente una hora y media y que fue justo en ese breve lapso que la accionante había concurrido a la sucursal. A fin de acreditar ese extremo, la accionada solicitó que se oficiara a la empresa encargada del arreglo para que brindara cierta información relativa a aquel. Así, a fs. 540 *Iron Box* informó que había realizado una reparación en el tesoro de la sucursal 46 del banco accionado y que la causa del desperfecto había sido que la cerradura —una clave mecánica— había presentado una falla por su uso diario. Explicó que se había efectuado un calibrado, ajuste y regrabado de la clave del funcionario de la entidad responsable de su apertura, lo que había tomado entre media y una hora.

Así, la versión expuesta por la demandada para explicar por qué la actora no había podido ingresar por la puerta principal de la bóveda aparece suficientemente respaldada. A diferencia de lo postulado por la recurrente, no considero que este hecho sea revelador de la existencia de deficiencias en el sistema de seguridad del banco. Por el contrario, encuentro que el hecho de que la puerta se hubiera trabado ante el ingreso de una clave errónea por parte de un empleado de la entidad implica, de hecho, el adecuado funcionamiento de uno de los elementos de seguridad de la entidad. Deficiencia que, en todo caso, fue resuelta, además, en un tiempo más que razonable como el que la empresa responsable informó que le había llevado la restauración del sistema.

Por otra parte, lo cierto es que esa no era la única medida dispuesta por la entidad para controlar el ingreso al sector de cajas. En ese sentido, Santos, gerente de la sucursal 46 del banco al momento de los hechos, refirió que al presentarse alguien para ingresar al sector de cajas se le suministraba una ficha que la persona completaba con su número de caja, apellido, nombre, domicilio y firma, la que se verificaba a través de un sistema informático que coincidiera con los registros de firma que oportunamente se le tomaran al cliente. Luego, se dejaba asentado el ingreso y se habilitaba la apertura de la caja, operación que debía

culminar el cliente con la copia que tenía en su poder (ver respuesta a la primera repregunta en fs. 726). Ese procedimiento no fue denunciado como incumplido por la accionante el día 17.2.11, por lo que, aun cuando la puerta de ingreso a la bóveda no hubiera funcionado con propiedad durante un breve período en esa fecha, ello no implicó que no se hubieran empleado las demás medidas tendientes a verificar la identidad de quienes ingresaban al sector de cajas de seguridad.

Así, no hay razones para creer que el hecho de que la puerta de la bóveda no hubiese operado con normalidad durante parte del 17.2.11 hubiera facilitado el acceso a delincuentes a la bóveda ni, dado que el bloqueo de la puerta se produjo como consecuencia de un error humano en el ingreso de la clave, hay motivos para creer que hubiera sido indicio de un defecto en la seguridad de la sucursal.

Por otro lado, lo cierto es que, incluso si hubiera sido fallida la identificación de las personas que ingresaban al sector de cajas, ello tampoco habría sido suficiente para que pudiera producirse un hurto en la caja de seguridad de la actora. Sobre este punto, la gerente Santos explicó que la sucursal tenía un sistema de apertura electrónico conforme al cual, una vez acreditada la identidad del cliente, el empleado del banco ingresaba el número de la caja y el cliente accedía a la bóveda con su llave para realizar la apertura. Por su parte, *Servicios de Seguridad Tecnofort*, empresa que realizaba los *services* del sistema de seguridad de la bóveda de la sucursal en cuestión, informó que el sistema de cajas de seguridad allí instalado tenía un control remoto de apertura que era administrado por personal de la sucursal y que, una vez que la persona encargada generaba la autorización a través de la consola de mando del sistema, el cliente podía ingresar solo a la bóveda para abrir la caja con su llave, no siendo posible concretar la apertura de la caja sin contar con la llave que se encontraba en poder del locatario (ver fs. 1089/90).

De ese modo, se advierte que, para poder abrir una caja de seguridad en particular, debían necesariamente reunirse dos condiciones: un empleado del banco debía introducir el código de apertura y debía contarse con la llave de la caja. Así, no bastaría con poder manipular el código de apertura ni, tampoco, con contar con una copia de la llave de la caja de seguridad para poder abrirla, sino que debían necesariamente reunirse ambos requisitos.

Con respecto a las copias de las llaves de la caja fuerte, la accionante alegó que aquellas no le habían sido entregadas en sobre lacrado y grabadas al momento de la entrega, sino que le habían sido dadas en mano y ya grabadas. Ahora bien, en el contrato adunado por la actora se dejó constancia de que "el locatario recibe un sobre cerrado, lacrado y firmado que contiene dos llaves iguales y sin réplica de la Caja..." (fs. 227, cláusula sexta) sin que aquella hubiera efectuado reserva alguna a este respecto al momento de firmar el documento ni aportado en esta causa prueba alguna de que ello no hubiera ocurrido como allí se consignó.

Por otra parte, reitero que, incluso si un tercero se hubiera hecho de una copia de la llave antes de su entrega a la accionante, ello no habría bastado para permitir la apertura de la caja, sino que hubiera sido menester que, además, contara con la clave de ingreso o con la connivencia de la persona a la que se le confiara ese paso de seguridad. Si bien, por hipótesis, podría ocurrir que un empleado infiel de la entidad bancaria se hubiera hecho en el año 2008 de una copia de las llaves antes de que le fueran entregadas a la actora, que hubiera además tenido acceso a la bóveda por sí o gracias a la connivencia de otro empleado infiel y que hubiera aguardado hasta el año 2011 para abrir la caja de seguridad de la accionante y tomar solo parte de lo que se encontraba allí a resguardo, lo cierto es que no hay en la causa prueba alguna que pueda sustentar que esa secuencia de hechos hubiera ocurrido de ese modo. Ello, además, resulta poco verosímil, especialmente si se repara en que —conforme lo declarado por Santos— la denuncia de la accionante fue la única que se reportó en la sucursal en cuestión. En definitiva, el único elemento de convicción con que se cuenta, más allá del bloqueo del acceso a la zona de las cajas de seguridad que denunció la actora y que la accionada justificara debidamente, es solamente la declaración unilateral de la actora de haber sufrido un hurto de una cantidad de dólares cuya preexistencia tampoco justificó en debida forma, sin ningún elemento convictivo que permita respaldar esa hipótesis, ya que ni siquiera indicó —ni mucho menos probó— la cantidad de dinero que conservaba en la caja de seguridad.

No olvido que la demandante señaló que la demandada había sido reticente en colaborar con la dilucidación de los hechos, sugiriendo una no corroborada voluntad de ocultar la ocurrencia del hecho delictivo. En ese sentido, la accionante apuntó que el banco había aportado imágenes incorrectas e insuficientes a la causa penal, no habiendo resguardado el material captado por el sistema de cámaras de seguridad de la bóveda pese a la denuncia que había efectuado.

Sobre el particular, es dable observar que si bien es cierto que, habiendo el fiscal pedido la remisión de las filmaciones tomadas por las cámaras de seguridad de la zona de cajas de seguridad entre los días 1.10.10 y el 17.2.11 (ver copia de la cédula en fs. 48 de ese expediente), el banco en definitiva envió solo la copia de los registros de imágenes correspondientes a los

días 1.10.10 y 18.2.11 en el horario de 11 a 13hs y de 10 a 14hs, respectivamente, (ver contestación de oficio en fs. 56 de ese expediente). Advertido de la remisión solo parcial de las imágenes requeridas, el fiscal reiteró su pedido de obtener el material fílmico completo (ver copia de la cédula en fs. 58 de ese expediente), requerimiento que fue escuetamente respondido por la aquí accionada diciendo que, atento el tiempo transcurrido, no contaba con las imágenes solicitadas (ver contestación en fs. 60 de ese expediente). Al respecto, el banco explicó en esta causa que la reglamentación del BCRA le imponía resguardar las imágenes del sector de operaciones del banco por un mínimo de diez días, pudiendo luego descartarlas. Esto fue corroborado por el BCRA, que, en respuesta al pedido de informaciones que se le dirigió, acompañó una copia de la Comunicación A 5308, que en su art. 2.10.3 prevé que se mantendrá el soporte de archivos de imágenes con el material registrado durante un mínimo de diez días (fs. 573).

Ahora bien, esa misma norma establece que, en el caso de un eventual registro de un siniestro, tomado conocimiento de aquel se deberá realizar una copia en un medio distinto, de modo tal de poder reproducirlo. De ese modo, si bien la demandada no habría incurrido en ninguna infracción al desechar las imágenes del período comprendido hasta el 7.2.11 —esto es, once días antes de la denuncia del hurto—, la eliminación de las imágenes del lapso de diez días anteriores a la presentación de la denuncia por parte de la actora ante la entidad sí infringió esa previsión del órgano de contralor. Incluso prescindiendo de esa regla establecida por el BCRA, lo cierto es que la omisión de resguardar las pruebas con las que contara para esclarecer la denuncia efectuada por una clienta constituyó, además, una violación de los deberes impuestos por los arts. 1198 CCiv., 512 CCiv. y 53 LDC.

Sin embargo, esa infracción a sus obligaciones legales no basta para asumir que el banco hubiera tenido la voluntad de ocultar la ocurrencia de un hecho ilícito en la bóveda y, menos aún, para tener a aquel por ocurrido.

Por otro lado, tampoco encuentro que el hecho de que las imágenes aportadas por el banco demandado en base a las cuales no pudo establecerse si dos sujetos que en ellas aparecen estaban manipulando llaves o ganzúas fuera un indicio de la existencia de un deficiente sistema de seguridad en la sucursal 46, como expresó la actora en su recurso. Ello, en tanto, como la propia accionante señaló en la investigación penal, esas imágenes no pertenecen a la entidad bancaria correspondiente (ver fs. 54 de ese expediente), habiendo sido aportadas por error por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires a la causa penal.

En su recurso, la accionante también criticó que no se hubiera meritado la demás prueba producida en la causa para acreditar la ocurrencia del hurto. Al respecto, cabe recordar que el perito médico había concluido que la accionante había presentado una sinovitis en su muñeca derecha que requirió intervención quirúrgica, quedándole una limitación de los movimientos y dolor crónico que la incapacitó en un doce coma doce por ciento (12,12%), un compromiso ocular que la incapacitó en un diez por ciento (10%) y una cardiopatía isquémica que requirió la colocación de un *stent* que implicó una incapacidad del quince por ciento (15%), todo lo cual guardaba un nexo de causalidad médico legal con el evento protagonizado por la actora (ver informe en fs. 1144/9). Por su parte, la perito psicóloga había advertido que las vivencias generadas a raíz del hecho denunciado pudieron haber actuado en la psiquis de la actora como factores traumáticos de tipo estresante, interfiriendo negativamente en su vida y alterándola en el plano individual y de relación (ver informe en fs. 1038/40). Finalmente, los testigos R. S. Z. (fs. 727/9), H. de A. P. (fs. 724/6), R. P. (fs. 779/80) y R. I. M. (fs. 777/8) —hermano y amigos de la accionante respectivamente— habían referido que la accionante les había contado sobre el hurto y que la habían visto sufrir sus consecuencias.

Si bien las referidas pruebas pueden dar cuenta de la existencia de diversos padecimientos físicos y psicológicos sufridos por la accionante y pueden, incluso, sugerir que aquella efectivamente creyó haber sido víctima de un hurto del dinero que había puesto a resguardo en su caja de seguridad, así como también pueden llevar a considerar que fue esa creencia la que desató la situación de estrés y angustia que —a su vez— desencadenó las demás patologías conforme a lo expuesto por los peritos, lo cierto es que ese convencimiento —en ausencia de todo otro elemento indicativo de su veracidad— no prueba la real ocurrencia del hecho.

En ese marco, corresponde desestimar el recurso de la accionante y confirmar la sentencia apelada en cuanto resolvió rechazar la demanda incoada.

4) Costas de Alzada.

Sabido es que, en nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos —como regla— por la parte que ha resultado vencida en aquel. Ello así en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCCN) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido; como modo de preservar la integridad patrimonial de quien ha sido demandado sin derecho.

Es cierto que esa es la regla general y que la ley también faculta al Juez a eximir de las costas al vencido, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss. CPCCN). Pero ello, esto es la imposición de las costas en el orden causado o su eximición —en su caso—, solo procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos – Kiper, Claudio, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T° I, p. 491).

En el caso, considero que la conducta desplegada por el banco —que, en incumplimiento de la reglamentación del BCRA y de los deberes impuestos por el CCiv. y la LDC borró las grabaciones de los días previos a la denuncia del hurto— pudo razonablemente despertar sospechas en la accionante y justificar su decisión de promover el presente pleito. En ese entendimiento, encuentro que esa circunstancia justifica apartarse del principio objetivo de la derrota recién enunciado e imponer los gastos derivados de la tramitación de esta causa en esta instancia en el orden causado.

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, propongo entonces al Acuerdo:

(a) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia;

(b) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de agravios; finalmente,

(c) Imponer las costas devengadas en esta instancia en el orden causado por los fundamentos expuestos en el considerando IV, apartado (4.) (art. 68 CPCCN).

Así voto.

Por análogas razones los Señores Jueces de Cámara, doctor *Chomer* y doctora *Uzal*, adhieren al voto anterior.

Con lo que terminó este Acuerdo.

VI. Por los fundamentos del Acuerdo precedente, *Resuelve:*

(a) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia;

(b) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fue materia de agravios; finalmente,

(c) Imponer las costas devengadas en esta instancia en el orden causado por los fundamentos expuestos en el considerando IV, apartado (4.) (art. 68 CPCCN);

(d) Oportunamente, glósese copia certificada de la presente sentencia al libro Nº 131 de Acuerdo Comerciales-Sala A;

(e) Notifíquese a las partes y devuélvase a primera instancia.

(f) A fin de cumplir con la publicidad prevista por el art. 1° de la ley 25.856, según el Punto I.3 del Protocolo anexado a la Acordada 24/13 CSJN, hágase saber a las partes que la publicidad de la sentencia dada en autos se efectuará, mediante la pertinente notificación al CIJ. — *Alfredo A. Kölliker Frers. — María E. Uzal. — Héctor O. Chomer.*

ROBO EN SANATORIO

Ingreso de un tercero a la habitación cuando la madre estaba en neonatología. Responsabilidad del propietario del establecimiento de salud. Indemnización.

1. — Ponderando las circunstancias fácticas que rodearon la cuestión sometida a juzgamiento, las afecciones consecuencia del hurto sufrido mientras permanecía internada en el sanatorio con su hijo en plena recuperación de una patología clínica, el reclamo por daño moral es procedente.

2. — 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 los tribunales.

3. — En cuanto a su valuación, cabe recordar 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.

4. — No se trata de someter al accionante a la demostración de una "prueba diabólica", como arguye en sus agravios, sino de cuantificar el daño injustamente sufrido en función de las pruebas producidas en el expediente, y que, como es sabido, corresponde a quien lo alega la prueba de la existencia del daño y su cuantía.

5. — Probado el daño, pero no habiéndose establecido su monto por una prueba directa, no corresponde el rechazo del reclamo, sino que

debe ajustarse al prudente criterio judicial su fijación, según lo que dispone el art. 166 de la ley 17.454 reformada por la ley 22.434 (Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

6. — Por las razones señaladas en el peritaje psicológico, asignar la totalidad de la suma por el tratamiento implicaría un enriquecimiento indebido de la actora, aunque, aun así, la cantidad fijada en la sentencia por el daño psicológico y su tratamiento resulta reducida, por lo que, teniendo en cuenta la duración y frecuencia del tratamiento aconsejado por la experta (un año con una sesión semanal) y el monto que el tribunal ha reconocido en casos análogos, se propone al acuerdo se la eleve a la suma fijada para el rubro (art. 165 del Cód. Procesal).

CNCiv., sala J, 19/05/2021. - G., M. E. y otro c. Galeno SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/32161/2021]

Expte. 88.056/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 19 de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta la doctora *Verón* dijo:

I. La presente causa se origina en la demanda entablada por M. E. G. y G. G. B., ambos por derecho propio, contra Galeno SA, por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su deber de custodia de los elementos personales de los accionantes, que fueron sustraídos durante la internación de la Sra. G. en el Sanatorio La Trinidad Palermo.

Refieren que en el sanatorio mencionado el día 12 de diciembre de 2014 nació su hijo y que por una insuficiencia renal debió quedar internado en Neonatología para sus cuidados intensivos y que, encontrándose alojados en la habitación N° 182, del sector Maternidad, fueron autorizados a las 19:40 hs. a visitar a su hijo y al regresar a la habitación comprobaron que les habían sustraídos efectos personales de ambos, la mayoría de los cuales se encontraban dentro de una mochila que había guardado dentro del placard de la habitación, provocándoles los daños que reclaman en su presentación inicial.

II. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda entablada y condenó a Galeno Argentina SA a abonarle a M. E. G. y a G. G. B., en conjunto, la suma de $93.400.-, con más sus intereses, según la forma que prescribe, y las costas del proceso.

Del decisorio apeló la parte actora. Corrido el respectivo traslado no fue contestado por su contraria.

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.

III. Como previo y con relación al derecho aplicable, debo señalar que, si bien a partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigor el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, los hechos ventilados en el *sub lite* (y, por ende, la constitución de la obligación de reparar) han acaecido durante la vigencia del Cód. Civil derogado. Por consiguiente —y con excepción de 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, p. 188/190; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 158).

IV. Los agravios de la apelante hacen a la procedencia y cuantificación de los distintos rubros indemnizatorios reconocidos en el decisorio.

A) Daño psicológico

La sentencia fijó la suma de $8.400.- De ello se agravia la parte actora por considerar que el monto asignado es reducido. Arguye a su favor que la pericia psicológica aconseja un tratamiento psicoterapéutico y que la sesión debe ser cubierta en su totalidad por la demandada, ya que resulta imposible decir que un psicólogo determine cuanto o como o porqué corresponde a una cosa o a la otra.

El dictamen pericial producido por la Lic. Marcela Camilletti, designada de oficio, concluyó que la incapacidad de la actora tiene una concausalidad entre la internación de su hijo y la sustracción de los bienes por los que demanda e identificó una mayor incidencia de la patología detectada en el problema de salud de su hijo, mientras que definió un porcentaje menor que se corresponde al hecho motivo de autos.

El Sr. Magistrado de grado, haciendo mérito de las conclusiones de la experta designada de oficio, admitió el daño y su tratamiento, aunque expresó que reconocer el monto total de un tratamiento como el recomendado implicaría un enriquecimiento incausado.

Cabe señalar, que no está cuestionado en esta instancia la procedencia del ítem sino la cantidad asignada por tratamiento psicológico.

En virtud de ello, es criterio reiterado de esta Sala que "el actor debe recibir una suma para hacer frente a un tratamiento que extinga, o por lo menos disminuya al máximo las secuelas del infortunio" (conf. esta Sala "Cantenys, Olga A. c. Metrovías SA s/ daños y perjuicios", Expte. N° 62.619/99", del 28/03/2003).

Sin perjuicio de lo antes señalado, por las razones señalas en el peritaje psicológico, comparto con el Sr. Magistrado de grado que, en este caso en particular, asignar la totalidad de la suma por el tratamiento implicaría un enriquecimiento indebido de la actora, aunque, aun así, considero que la cantidad fijada en la sentencia por el daño psicológico y su tratamiento resulta reducida, por lo que, teniendo en cuenta la duración y frecuencia del tratamiento aconsejado por la experta (un año con una sesión semanal) y el monto que este tribunal ha reconocido en casos análogospropongo al acuerdo se la eleve a la suma fijada para el rubro a $35.000.- (art. 165 del Código Procesal).

B) Consecuencias no patrimoniales

La sentencia fijó como indemnizatorio del daño moral la suma de $40.000.- a favor de M. E. G. y $20.000.- a favor de G. B.

Se agravia la recurrente de la cantidad fijada a favor de M. E. G. por considerar que es exigua.

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 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, 23/6/2010, 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. s/ daños y perjuicios"; entre otros).

En el supuesto en estudio considero que el reclamo es procedente, en tanto que es más que presumible que la accionante se ha visto afectado en su estado espiritual por las inquietudes, zozobras y aflicciones que le ha causado el evento dañoso de autos.

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"; 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, la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme dicha pauta orientadora.

En virtud de ello, ponderando las circunstancias fácticas que rodearon la cuestión sometida a juzgamiento, las afecciones consecuencia del hurto sufrido mientras permanecía internada en el sanatorio con su hijo en plena recuperación de una patología clínica, considero que el reclamo es procedente.

En cuanto a la cantidad establecida en la sentencia, por considerar que resulta fruto de una prudente estimación y ajustada al principio de reparación plena (art. 1740 Cód. Civ. y Comercial), propongo la desestimación de los agravios en cuanto al tema (art. 165 del Código Procesal).

C) Daño material

La sentencia reconoció el reclamo en $25.000.- De ello se agravia la actora por considerar que la cantidad fijada es reducida.

Este tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que la accionada solo está obligada a responder por la reparación del daño efectivamente sufrido y en tal sentido el Juez, al fijar la cuantía, debe estimarla sobre la base de lo que razonablemente el actor debió gastar para llevar las cosas a su estado anterior, pues, de otra manera, la cantidad asignada sería fuente de indebido lucro (conf. CNCiv., esta Sala, 05/03/2008, Expte. N° 84.502/03 "Akapol SACIFIA c. Cordero, Nilda G. y otro s/ daños y perjuicios" y "Scida, Roberto O. c. Ponce, Claudio A. y otros s/ daños y perjuicios" ídem 08/08/2013, Expte. N° 49.539/2007, "Chalita, Eduardo y otros c. Amaya, Francisco A. y otros s/ daños y perjuicios", *idem, id.*, 06/05/2014, Expte. N° 77.452/2008, "Bascoy, Marcelo H. y otro c. Renzi, Nelson A. y otros s/ daños y perjuicios).

El accionante pretende la elevación del monto fijado en el decisorio, aunque no brinda razones de entidad como para apartarse del razonamiento realizado por el distinguido Magistrado de la anterior instancia, cual es, en definitiva, la falta de prueba acerca de los elementos que, según denuncia, le fueron sustraídos.

Al respecto, cabe señalar que no se trata de someter al accionante a la demostración de una "prueba diabólica", como arguye en sus agravios, sino de cuantificar el daño injustamente sufrido en función de las pruebas producidas en el expediente, y que, como es sabido, corresponde a quien lo alega la prueba de la existencia del daño y la cuantía del mismo.

No obstante ello, probado el daño, pero no habiéndose establecido su monto por una prueba directa, como ocurre en este caso, no corresponde el rechazo del reclamo, sino que debe ajustarse al prudente criterio judicial la fijación del mismo, según lo que dispone el art. 166 de la ley 17.454 reformada por la ley 22.434 (Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por las razones expuestas considero que el reclamo es procedente y, coincidiendo con el sentenciante en el criterio adoptado para justificar el monto, esto es lo denunciado por los propios accionantes en el beneficio de litigar sin gastos, desprendo que la cantidad fijada para resarcir el rubro resulta ajustada, por lo que propicio al acuerdo la desestimación de los agravios en cuanto al tema (art. 165 del Código Procesal).

V. Por todo lo que dejo expresado doy mi voto para que:

a) Se modifique la sentencia en el sentido de que se eleve la cantidad fijada para indemnizar el rubro "daño psíquico" a favor de M. E. G. a la suma de $35.000.

b) Se confirme la sentencia en todo lo demás que decide y ha sido motivo de apelación y agravio. No se imponen costas de alzada en razón de no haber mediado oposición.

La doctora *Scolarici* y el doctor *Caia* adhieren al voto precedente.

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 para indemnizar el rubro "daño psíquico" a favor de M. E. G. a la suma de $35.000. 2. Confirmar la sentencia en lo demás que decide y fue motivo de apelación y agravio. No se imponen costas de alzada en razón de no haber mediado oposición. 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° 15/2013 art. 4°) y, oportunamente, devuélvase. *— Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici. — Maximiliano L. Caia.*

PRIORIDAD DE PASO. VEHÍCULO POLICIAL

Archivo de las actuaciones en sede penal. Intervención de móvil policial. Vehículos de emergencias. Balizas y sirenas encendidas. Lucro cesante.

1. — Las reglas de las prioridades de paso sufren una modificación sustancial cuando los conductores de los vehículos de emergencia que indica el art. 61 de la ley 24.449 se encuentren efectivamente cumpliendo algunas de las funciones de emergencia que allí se mencionan y, además, hubieran activado la sirena y las señales lumínicas del móvil.

2. — El propio conductor del vehículo demandado admitió que el móvil policial circulaba con las balizas y la sirena encendidas extremo que, sumado a la misión específica que cumplía, autoriza a tener por configurada la hipótesis del art. 61 de la ley 24.449. De modo que era obligación de aquel "tomar las medidas necesarias a su alcance para facilitar el avance" del patrullero, en lugar de intentar cruzar e interrumpir su desplazamiento. Por lo demás, el móvil policial contaba también con prioridad de paso por circular por la derecha.

3. — La absolución —o el sobreseimiento— en sede penal solo tiene fuerza de cosa juzgada en el juicio civil cuando estuvieran basados en la inexistencia del hecho o en la no autoría del acusado y, además, porque la responsabilidad penal y la civil no se confunden por cuanto se aprecian con criterio distinto, de manera que puede afirmarse la segunda, aunque se haya establecido la inexistencia de la primera.

4. — Debe rechazarse la indemnización del lucro cesante, ya que el actor no acreditó, ni siquiera en forma indiciaria que, de no haber ocurrido el accidente, hubiera realizado más horas extras que las que se desprenden de los recibos de sueldo agregados al expediente, de los cuales surge, por otra parte, que no siempre se desempeñaba un número mayor de horas que las habituales.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 33 años.

Actividad: Policía.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $150.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $290.000

CNCiv., sala M, 26/05/2021. - Gómez, Fernando Daniel c. Gutiérrez, Daniel Hermes y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/57100/2021]

COSTAS

Se imponen al vencido.

Expte. n° CIV 016737/2013

Buenos Aires, 26 de mayo de 2021.

Considerando:

La doctora *Benavente* dijo:

I.- En los autos caratulados "Gómez, Fernando D. c/ Gutiérrez, Daniel H. y otros s/ daños y perjuicios" (expte. n°16.737/2013), el actor promovió demanda de daños y perjuicios contra Daniel Hermes Gutié-

rrez, la Municipalidad de San Miguel y Hernán Gonzalo Franzi por el accidente ocurrido el 27 de enero de 2012, a las 14:20 hs. aproximadamente, en la intersección que forman las calles Malnatti y Sargento Cabral, San Miguel, provincia de Buenos Aires.

Del escrito de postulación surge que mientras el actor prestaba servicios como policía adicional a bordo del vehículo Ford Ranger dominio KDV-778, de la municipalidad de San Miguel, tanto él como el conductor -Daniel Gutiérrez- fueron informados de que cinco motocicletas de diferentes cilindradas, con apariencia sospechosa, circulaban en sentido contrario a la Ruta Nacional n°8, por la que transitaban. Colocaron balizas y encendieron las sirenas. En esas circunstancias, continuaron su recorrido por la calle Malnatti, de doble sentido de circulación, en dirección a la localidad de José C. Paz. Al llegar a la intersección que dicha arteria forma con Sargento Cabral, colisionaron con su parte frontal el lateral derecho de un Ford Focus, dominio HFX-849, que circulaba por esta última. Como consecuencia del impacto Gómez sufrió las lesiones cuyo resarcimiento reclama. Solicitó la citación en garantía de "Caja de Seguros S.A." y "Provincia Seguros S.A.".

En sus primeras presentaciones, "Provincia Seguros S.A.", Municipalidad de San Miguel y Daniel Hermes Gutiérrez (ver escritos de fs. 62/69, 118/122 y 139/143 respectivamente), reconocieron el siniestro en las circunstancias de tiempo y lugar mencionados por Gómez y, sin diferir en la mecánica narrada por este, esgrimieron como defensa la culpa de un tercero por quien no deben responder, que no es otro que el conductor del Focus. Afirmaron que ingresaron a la intersección por la derecha, es decir, con prioridad de paso.

Por su parte, Hernán Gonzalo Franzi -conductor del Focus- y "Caja de Seguros S.A.", en sus presentaciones de fs. 81 y 92/104, también reconocieron el infortunio, aunque con algunos matices distintos a los que fueron proporcionados por Gómez. Así, afirmaron que el móvil de propiedad de la municipalidad circulaba a velocidad excesiva, sin balizas ni sirena y fue quien causó el infortunio.

II.- Hernán Gonzalo Franzi promovió demanda de daños y perjuicios contra Daniel Hermes Gutiérrez y la Municipalidad de San Miguel por el mismo hecho reseñado. Pidió la citación en garantía de "Provincia Seguros S.A." (ver expte. N°106.696/2013).

A fs. 122 se dispuso la acumulación de estas actuaciones con los autos caratulados "Gómez Fernando Daniel c/ Gutiérrez Daniel Hermes s/ daños y perjuicios", expte. Nº16.737/2013.

Una vez clausurado el período probatorio en ambas actuaciones, el 13 de febrero de 2020, se dictó un único pronunciamiento. El Sr. Juez de grado concluyó que el único responsable del siniestro fue el conductor del móvil policial y, por tanto, rechazó la demanda promovida por Gómez contra Hernán Gonzalo Franzi y su seguro, admitiéndola, en cambio, contra Daniel Hermes Gutiérrez, la Municipalidad de San Miguel y "Provincia Seguros S.A.". En consecuencia, condenó a estos últimos a abonar al actor en el plazo de 10 días, la suma de $345.656, con más sus intereses y costas. En el mismo sentido, admitió la pretensión de Franzi y condenó a los demandados a pagar, en idéntico plazo, la suma de $187.500, con más los réditos que fija y las costas.

La decisión fue apelada por todas las partes en ambos expedientes, con excepción de la Municipalidad, quien solo lo hizo en la causa promovida por Franzi.

III.- En el expediente Nº16.737/2013, Gómez cuestionó que se hubiera rechazado la demanda en contra de Franzi y, al mismo tiempo, se agravió por la cuantía de los montos indemnizatorios por considerarlos reducidos. Por su parte, Gutiérrez y "Provincia S.A." no están conformes con la responsabilidad que les fue atribuida y solicitan se revise la imposición de las costas. En subsidio, se quejan por la procedencia y cuantía de los daños y por la tasa de interés fijada. La aseguradora, a su vez, pone de manifiesto que el juez de grado omitió tratar la defensa de no seguro opuesta en su primera presentación.

En los autos promovidos por Franzi (expte. nº106.696/2013), este consideró exiguos los montos que le fueron reconocidos por incapacidad física, psíquica y daño moral. La municipalidad demandada cuestionó la responsabilidad, la cuantía de los daños y los réditos. Por último, "Provincia Seguros S.A." y el codemandado Gutiérrez realizaron una presentación idéntica a la efectuada en el expediente acumulado.

IV.- Está fuera de discusión en la especie que por aplicación de las normas de derecho transitorio, el caso debe ser juzgado a la luz del código civil sustituido (art. 7° CCyCN), toda vez que el accidente que se investiga, es de fecha anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

V.- En atención al resultado obtenido en sede penal, en donde se mandó archivar las actuaciones (ver fs. 54), por aplicación de lo dispuesto en el art. 1103 de la ley sustantiva, es menester analizar in totum los elementos de juicio incorporados a la causa para determinar si existe obligación de responder civilmente por los daños que la víctima dice padecidos. Ello es así por cuanto la absolución (o el sobreseimiento) en sede penal -y a fortiori el archivo de las actuacio-

nes- solo tiene fuerza de cosa juzgada en el juicio civil cuando estuvieran basados en la inexistencia del hecho o en la no autoría del acusado y además, porque la responsabilidad penal y la civil no se confunden por cuanto se aprecian con criterio distinto, de manera que puede afirmarse la segunda aunque se haya establecido la inexistencia de la primera (CNCiv., en pleno, "Amoruso, Gerardo c/ Casella, José L.", del 2 de abril de 1946 ; L.L. 42, pág. 156; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 576; Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", 3ª edición, tº V, pág. 906).

Aclarado lo anterior, una cuestión de orden lógico exige que examine primero la atribución de responsabilidad.

No se encuentra controvertido el encuadre jurídico que el a quo ha dado al caso. De todos modos, no está de más recordar que de conformidad con la doctrina plenaria dictada por esta Cámara en los autos "Valdez c/ El Puente SAT" (LL, 1995-A, págs. 136/145), el choque entre vehículos en movimiento no se encuentra regido por el art. 1109 del Código Civil sino por su art. 1113, párrafos agregados por la ley 17.711, parte relativa a la responsabilidad por el riesgo o vicio de las cosas. Directiva que, en lo sustancial, reproduce el art. 1769 del Código Civil y Comercial, bajo el epígrafe "accidentes de tránsito", que remite a lo dispuesto por los arts. 1757 y 1758 del mismo ordenamiento -responsabilidad derivada de la intervención de las cosas-. De acuerdo a tales directivas, el demandado carga con la afirmación y prueba de la eximente. A la actora solo le basta con probar el contacto de sus bienes dañados con la cosa riesgosa. Es sobre el contrario que recae entonces acreditar alguna de las causas de exoneración que menciona la norma (art. 377 Código Procesal; esta Sala, mi voto, en autos "Ramari c/ Giraldez s/ ds. y ps.", expte. nº91.074/2012 del 28-04-2017, "Gauna, Gastón Daniel y otro c/Balugano, Gustavo Pablo y otros s/ ds. y ps.", expte. nº33.030/2015, del 10-08-2018, entre muchos otros).

Las excepciones, como todas las de su género, deben ser interpretadas en forma estricta, de manera que no cabe admitirlas en caso de duda.

A esta altura del proceso, se encuentran fuera de debate las circunstancias de tiempo y lugar en que se produjo el accidente. Tampoco existe controversia sobre los vehículos involucrados, las arterias por las que cada uno de ellos se desplazaba, y coinciden también en que el móvil Ford Ranger -en que viajaba Gómez- se encontraba en medio de una persecución. Tampoco se discute que dicho automóvil embistió al Ford Focus en una intersección sin semáforos ni que contaba con prioridad de paso por circular por la derecha.

A partir de los hechos precedentemente reseñados, cuadra examinar si, efectivamente, el móvil policial se encontraba amparado por la prioridad de paso que establece el art. 61 de la ley 24.449, norma esta a la que adhirió la provincia de Buenos Aires por la ley 13.927. La disposición mencionada establece que "Los vehículos de los servicios de emergencia puede, excepcionalmente en cumplimientos estricto de su misión específica, no respetar las normas referentes a la circulación, velocidad y estacionamiento, si ello les fuera absolutamente imprescindible en la ocasión de que se trate siempre y cuando no ocasionen un mal mayor que aquel del que intenten resolver. Solo en tal circunstancia deben circular, para advertir su presencia, con sus balizas distintivas de emergencia en funcionamiento y agregando el sonido de una sirena si su cometido requiriera extraordinaria urgencia. Los demás usuarios de la vía pública tienen obligación de tomar todas las medidas necesarias a su alcance para facilitar el avance de esos vehículos en tales circunstancias, no pueden seguirlos. La sirena debe usarse simultáneamente con las balizas distintivas, con la máxima moderación posible..."(Artículo sustituido por art. 1º de la ley 27.603 B.O. 18/12/2020). Como se advierte, las reglas de las prioridades de paso sufren una modificación sustancial cuando se presentan los extremos señalados, esto es, siempre que los conductores de los vehículos que indica la norma se encuentren efectivamente cumpliendo algunas de las funciones de emergencia que allí se mencionan y, además, hubieran activado la sirena y las señales lumínicas del móvil (CNCiv., Sala G, 4-8-05, "El Grano de Trigo SACIF c/ Policía Federal Argentina y otro s/ daños y perjuicios" y "Sosa Fabricio Edgardo c/ Policía Federal Argentina y otro s/ interrupción de prescripción - ordinario"; citado en Beatriz A. Areán, "Juicio por accidentes de tránsito", Ed. Hammurabi, T° 2, ps. 519/520). Se ha sostenido, incluso, que cuando un vehículo de emergencia circula haciendo sonar sus alarmas, al tiempo que un particular lo hizo con luz verde a su favor, es el primero el que tiene preferencia de paso en la intersección (conf. CNCiv. Sala C, 14-9-93, "Torres, Armando c/ Ibalvorde Ricardo", LL Online, voces "Bomberos - Policía - Prioridad de paso. Accidente de tránsito", sum. 2128; citado en Beatriz A. Areán, obra citada, T° 2, pags. 520/521).

Al no encontrarse cuestionada en el caso la misión que cumplía Gutiérrez al mando del móvil, resta examinar si se verifican las restantes exigencias que autoriza a tener por configurado el supuesto que contempla el art. 61 de la Ley de Tránsito.

Al respecto, la causa penal nada aporta, pues no se produjo ninguna constancia que clarifique la cuestión. Del acta policial de fs. 1 no se desprende información relevante pues las únicas declaraciones que obran allí, fueron las que se tomaron Franzi y Gómez

que, por otra parte, son sumamente escuetas (ver fs. 8 y 15 de esos obrados).

En esta sede, el informe elaborado por el ingeniero Carlos E. Agüero en sendos expedientes tampoco proporciona elementos para esclarecer el interrogante, en la medida que el referido auxiliar no pudo determinar siquiera las velocidades de los vehículos involucrados. Menos aún pudo indagar si el móvil policial circulaba con las balizas y la sirena encendidas, por tratarse de un dato histórico, que debe ser acreditado por otro medio de prueba (ver fs. 797/799 de los autos "Gómez" y fs. 335/336, de "Franzi").

Por otro lado, en la causa "Franzi" se produjo la declaración testimonial de S. M. A. a fs. 236/237 y D. E. A. a fs. 238. El primero declaró que, al momento del siniestro, se encontraba a bordo de su rodado y circulaba detrás del Focus por la calle Sargento Cabral. Al ser interrogado sobre si escuchó alguna sirena contestó textualmente: "Si, la escuché cuando llego a la calle San Lorenzo, que es una antes de Malnatti, cuando yo la termino de cruzar, pasa en dirección hacia José C. Paz, una camioneta de Policía a fondo. Cuando estoy llegando a mitad de cuadra sobre sargento Cabral, Cruza por Malnatti, cruzando Sargento Cabral, en la misma dirección que la anterior hacia José C. Paz, otra camioneta de policía, también a fondo.- Y la que tuvo el accidente venía atrás de esa, a unos metros más atrás, no venían pegadas".

A., por su parte, explicó que al momento del hecho se encontraba en el interior de su vivienda, ubicada en el lugar en que ocurrió la colisión. Relató que "... primero escucho la sirena, una fuerte frenada y un golpe terrible y el ruido que llegó hasta la puerta de mi casa, y automáticamente salí y el hombre estaba adentro del auto lastimado, de hecho lo hice pasar a mi casa, le saque los vidrios y le di agua".

En virtud de las declaraciones testificales reseñadas, el juez de grado concluyó que el codemandado Gutiérrez, no circulaba con las balizas y la sirena encendidas. Extrajo esa inferencia de la declaración de A. que, en su relato, solo se refirió a que los dos primeros vehículos cumplían esa exigencia y omitió ese detalle con relación al tercer rodado. El silencio del testigo sobre el punto, sumado a que -según explicó- la Ford Ranger venía más atrás, llevó al a quo a interpretar que esta no llevaba las balizas ni la sirena activadas. Disiento con esa inferencia pues una detenida lectura de la última respuesta de A. revela que solo quiso destacar la distancia que existía entre cada uno de los tres patrulleros y, en todo caso, a la magnitud del despliegue policial. Por lo demás, es decisivo para mí que si el declarante vio y escuchó la sirena del primer patrullero una cuadra antes de la intersección, al segundo, cuando se encontraba en la mitad de la siguiente, y al tercero lo divisó cuando estaba llegando a la esquina en que se produjo la colisión, es claro que la distancia entre los tres vehículos era equidistante. Por tal motivo, no dudo que Franzi -que circulaba delante de A.- estaba en mejores condiciones de percibir la presencia de los tres rodados y las señales de emergencia.

No pasa inadvertido que, al ser entrevistado por la perito psicóloga, Franzi señaló que "se dirigía a su trabajo en su coche particular por la calle Sargento Cabral de San Miguel, Pcia. de Buenos Aires, sentido hacia ruta 8, calle de mano única sin semáforo, (aclara el peritado que la mayoría de las calles en su barrio no tienen semáforo, es un poblado muy tranquilo, de poca gente donde no suelen circular muchos vehículos), continúa relatando que, al llegar al cruce con la calle Malnatti, escuchó sirenas y bajó la velocidad, fue en ese instante, que vio pasar una camioneta de la policía con sirenas encendidas por delante de él y en segundos, otra por detrás, ambas en el sentido de la calle Malnatti la que él se encontraba cruzando, y ambas lo pasaron a gran velocidad, menciona el peritado, que nunca imaginó que también cruzaría una tercera camioneta de policía, también con sirenas encendidas, la que lo embistió violentamente, el Sr. Franzi manifiesta no haber escuchado las sirenas de esta tercer camioneta porque venía escuchando a las otras dos sirenas de los otros dos vehículos." (ver fs. 298/303).

A partir de lo reseñado anteriormente es inequívoco, a mi juicio, que el propio conductor del Ford Focus admitió que la Ranger circulaba con las balizas y la sirena encendidas extremo que, sumado a la misión específica que cumplía, autoriza a tener por configurada la hipótesis del art. 61 de la ley 24.449. De modo que era obligación del conductor del Focus "tomar las medidas necesarias a su alcance para facilitar el avance" del patrullero, en lugar de intentar cruzar e interrumpir su desplazamiento (ver también decreto reglamentario 779/1995, Anexo 1, art. 61). Por lo demás, no paso por alto que el hecho tuvo lugar a fines del mes de enero, apenas pasado el mediodía, en una zona de casas bajas -como puede verse en las fotografías que adjuntó el perito- y con buena visibilidad. De allí, si Franzi no advirtió la presencia de la Ford Ranger -vehículo de grandes dimensiones- es porque circulaba desatento.

Por lo demás, el móvil policial contaba también con prioridad de paso por circular por la derecha (art 41 de la ley 24.449). Es sabido que el principio "derecha antes que izquierda", constituye una regla de oro en la circulación vehicular. Y aun cuando en reiterados pronunciamientos he sostenido que dicha máxima debe ser interpretada razonablemente, no advierto que, en la especie, se presenten circunstancias excep-

cionales que autoricen a soslayarla. Repárese que el Ing. Agüero en los autos "Gómez", señaló que los daños del Focus se ubican en su lateral medio derecho, circunstancia que permite afirmar que al momento del impacto no había traspuesto la mayor parte del cruce, como sostuvo su conductor. Ello se ve ratificado por las fotografías de fs. 42/43 de la causa penal.

En tales condiciones, entiendo que Daniel Hermes Gutiérrez, la Municipalidad de San Miguel y su seguro han logrado acreditar la culpa de un tercero por quien no deben responder, el conductor del Ford Focus, Hernán Gonzalo Franzi y, por ende, la fractura del nexo causal.

En consecuencia, propongo al Acuerdo que se admitan las quejas, se revoque la atribución de responsabilidad decidida por el colega de grado y se disponga que el único responsable del accidente fue Hernán Gonzalo Franzi.

En tales condiciones, en la causa Nº16.737/2013 corresponde rechazar la demanda entablada contra Daniel Hermes Gutiérrez, la Municipalidad de San Miguel y "Provincia Seguros S.A." y admitir, en cambio, la deducida contra Hernán Gonzalo Franzi, con extensión a "Caja de Seguros S.A." (art. 118 de la ley 17.418).

En la misma línea, en el expediente 106.696/2013 debe rechazarse la demanda entablada por Hernán Gonzalo Franzi contra Daniel Hermes Gutiérrez, la Municipalidad de San Miguel y "Provincia Seguros S.A.". Dada la solución que postulo, los restantes agravios vertidos por el actor, al igual que las quejas de Provincia Seguros S.A. y Gutiérrez, se tornan de tratamiento abstracto.

VI.- Autos: "Gómez Fernando Daniel c/ Gutiérrez Daniel Hermes y otros s/ daños y perjuicios", expte. nº16.737/2013.

VI. a) Incapacidad sobreviniente

Las sumas fijadas por daño físico y psíquico -por separado- fueron apeladas por reducidas.

Por incapacidad sobreviniente debe entenderse cualquier alteración del estado de salud física o psíquica de una persona que le impide gozar de la vida en la medida en que lo hacía con anterioridad al hecho, con independencia de cualquier referencia a su capacidad productiva (conf. Alpa- Bessone, "Il fatti illeciti", en Tratatto de Diritto Privato (dir. Resigno), XIV-6, p- 9. La protección de la integridad corporal y la salud estuvo implícitamente consagrada en la Constitución Nacional de 1853 (S.C.J. Mendoza, sala I, marzo 1- 1993, "Fundación Cardiovascular de Mendoza c/Asociación de Clínicas de Mendoza" E.D. T°153 pág. 163 con nota de Susana Albanese) y, explícitamente, en el art. 42 de la Carta Magna y a través de la incorporación de los tratados internacionales, en la modificación de 1994.

Así, tal protección resulta, entre otros, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25.1: "Todo ser humano tiene el derecho a un nivel de vida que le permita a él mismo y a su familia gozar de salud y bienestar; tiene derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia"); del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12.1: "Los Estados se comprometen al reconocimiento de derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"); de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.1: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" y art. 11.1: "Toda persona tiene el derecho... al reconocimiento de su dignidad"); del art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad").

En la especie, corresponde destacar que si bien el Juez de grado ha analizado por separado la incapacidad física y psíquica, entiendo que resulta pertinente hacerlo en conjunto, pues parto de la concepción de que el ser humano es una unidad vital y que si existe una minusvalía que repercute en cualquiera de esos ámbitos debe ser considerada en su integridad pues, parcializarla o descomponerla en distintos renglones indemnizatorios, implica una visión fragmentada de la persona que, contrariamente a lo que se presume, no importa necesariamente justipreciar correctamente el daño, por cuanto constituyen diferentes rótulos que, en verdad, son mentalmente considerados cuando se trata de cuantificar la indemnización y todos ellos se tienen en cuenta para establecer la reparación total que se entienda justa y razonable. Ello, siempre y cuando ambos reclamos resulten admisibles.

Con motivo de las lesiones, Gómez fue atendido primero en el Hospital de Agudos de San Miguel y luego en la Clínica Santa María de Villa Ballester. Ello quedó demostrado con la contestación efectuada por Osteon S.A. y la copia de la historia clínica del actor (ver fs. 272/280). De este informe se desprende que el 27 de enero de 2012, la víctima ingresó por guardia en razón de un accidente vial. De la historia clínica mencionada se desprende que padecía lesiones en distintas partes de su cuerpo

Luego de la revisación, el Dr. Daniel Leonardo Lask -designado perito médico de oficio- señaló que pudo comprobar que el actor "presentó politraumatismo con fractura de tercio distal de húmero derecho dominante que tuvo intervención quirúrgica con osteosíntesis con placa y tornillos, actualmente con secuela a nivel funcional en codo a la flexión y extensión con leve compromiso a la rotación externa del hombro, con lesión neurógena crónica leve del nervio radial de dicho brazo. Presenta también cicatriz en dorso del brazo de 18 x 2 cm atrófica e hipopigmentada. Esto le genera una Incapacidad Parcial y permanente del 40% por suma aritmética y para su cálculo ha tenido en consideración el Baremo General para el fuero Civil de Altube y Rinaldi.". Luego, en el mismo informe, indicó que la incapacidad ascendía al 34,4% si se seguía el método de Balthazard o capacidad restante (fs. 768/773). El peritaje fue cuestionado por ambas compañías aseguradoras a fs. 777 y 781, sin la asistencia de un consultor técnico, cuyas críticas fueron correctamente rebatidas por el experto a fs. 783.

En la faz psicológica, la Lic. María Eugenia Trejo, señaló que el siniestro creó en el Sr. Gómez una disminución de su autoestima y una pérdida de logros y beneficios (ver fs. 310). En sus conclusiones explicó que "El mecanismo de inhibición y represión que ha aparecido en forma permanente y constante en todo el proceso psicodiagnóstico realizado podemos decir que surge como defensa frente a ansiedades paranoides provocando conductas evitativas. Lo que el sujeto hace es inhibir determinadas capacidades (percepciones, ritmo asociativo, atención) que si bien le provocan sufrimiento e impotencia, lo protegen de temores más primarios. Las energías que el sujeto necesita para la lucha defensiva, son quitadas a otras funciones empobreciendo su yo y sus capacidades generales (...) El examinado ha evidenciado en varias técnicas graficas su necesidad de cambio y huida de la realidad que le toca vivir mostrando agresividad contenida y emociones sobre las que debe ejercer gran control. Esta necesidad de cambio surge ante la vivencia de situaciones agresivas y conflictivas de las que necesita huir para lograr evitar angustia y frustración.". En virtud de ello la auxiliar concluyó en que el actor padecía una incapacidad del 10% por estrés postraumático. También sugirió que la víctima se someta a un tratamiento de entre 6 y 12 meses de duración, con una o dos sesiones semanales (ver fs. 289/310).

Luego, en respuesta a las impugnaciones presentadas por las dos compañías de seguros a fs. 330 y 333, la licenciada Trejo aclaró que si bien el tratamiento recomendado beneficiará al actor, no se puede afirmar con certeza que la patología se revierta en su totalidad (ver. fs. 338 y 493).

Es sabido que las conclusiones periciales constituyen un juicio de valor sobre cuestiones de hecho, respecto de las cuales se requieren "conocimientos especiales" (conf. Fenochietto- Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial", tº 2, pág. 523, com. art. 477), pero la ley no les reconoce el carácter de prueba legal, toda vez que el art. 477 del Código Procesal establece que su fuerza probatoria será estimada por el juez 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, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados, de conformidad con los arts. 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 386 y cc. de la ley cit.). De ello se deduce que el perito debe suministrar los antecedentes y explicaciones que justifiquen la convicción por él adquirida y le incumbe prestar un verdadero y real asesoramiento al juez, a quien corresponde valorar el acierto de sus conclusiones, por tratarse de materia jurídica (conf. Falcón, E. M., "Pericia y peritos", en Revista de Derecho Procesal, 2012-2, "Prueba pericial y prueba científica", p. 26 y jurisprudencia allí citada). Pienso que la función antedicha ha sido correctamente satisfecha en el caso, pues las críticas formuladas por las partes -sin asistencia técnica- fueron correctamente rebatidas por los peritos y estas no produjeron ninguna prueba de igual valor científico que autorice a apartarse de las inferencias periciales (art. 477 CPCCN).

No puede soslayarse que, según la doctrina consolidada de la corte federal, el derecho a la reparación del daño injustamente experimentado tiene jerarquía constitucional, toda vez que el neminem laedere, reconoce su fuente en el art. 19 CN. De este se infiere el derecho a no ser dañado y, en su caso, a obtener una indemnización justa y plena (CSJN, "in re" "Santa Coloma" (Fallos 308:1160); Ghünter", (Fallos 308:111); "Aquino" (Fallos 327:3753). Precisamente, este fundamento se ha plasmado en el nuevo Código Civil y Comercial, cuyo art. 1740 expresamente indica que la indemnización "debe ser plena", aclarando a continuación que ese carácter consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso. Este es, en otros términos, el contenido de la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de modo que el nuevo código no ha hecho más que continuar en la senda ya trazada, como puede advertirse –entre otras disposiciones- a partir del principio de la inviolabilidad de la persona humana (art. 51 CCyC).

De la contestación de la Clínica Santa María de Villa Ballester, nosocomio al que fue derivado desde el Hospital de Agudos de San Miguel luego del accidente, se desprende que las lesiones peritadas guar-

dan relación de causalidad con el hecho fuente (ver. fs. 772).

Sin embargo, el porcentual de incapacidad estimado por el experto (34,4%) me parece exagerado. Repárese que, una vez recibida el alta -el 13 de julio de 2012 (ver fs. 408)- Gómez no solo pudo retomar sus actividades sino que, además, pudo ingresar al Grupo de Apoyo Departamental como infante de Policía, según él mismo manifestó en la entrevista psicológica. Según refirió en esa ocasión el propio actor, para desarrollar esas nuevas tareas, sus habilidades físicas resultan indispensables. Por otra parte, no pasa inadvertida la amplia diferencia que existe entre la incapacidad física diagnosticada por el perito designado de oficio y la establecida por la ART a fs. 605/6, que asignó un porcentual del 8,89%.

Por ello, a efectos de completar la fórmula, tendré en cuenta por incapacidad física, un porcentual inferior que estimo prudencialmente en el 25% TO.

Una apreciación similar merece el informe psicológico. Al recomendar el tratamiento, la experta destacó que este será beneficioso para la víctima, pues le dará herramientas para combatir su patología. De allí, y si bien no logrará enmendar totalmente la incapacidad, el pronóstico es auspicioso. De modo que habré de computar por esta lesión en el 2% TO.

Para fijar la cuantía de la partida pretendida por incapacidad psicofísica, no puedo dejar de señalar la doctrina consolidada de la corte federal según la cual el derecho a la reparación del daño injustamente experimentado tiene jerarquía constitucional, toda vez que el neminem laedere, reconoce su fuente en el art. 19 CN. De este se infiere el derecho a no ser dañado y, en su caso, a obtener una indemnización justa y plena (CSJN, "in re" "Santa Coloma" (Fallos 308:1160); Ghünter", (Fallos 308:111); "Aquino" (Fallos 327:3753). Precisamente, este fundamento se ha plasmado en el nuevo Código Civil y Comercial, cuyo art. 1740 expresamente indica que la indemnización "debe ser plena", aclarando a continuación que ese carácter consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso. Este es, en otros términos, el contenido de la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de modo que el nuevo código no ha hecho más que continuar en la senda ya trazada, como puede advertirse -entre otras disposiciones- a partir del principio de la inviolabilidad de la persona humana (art. 51 CCyC).

Por tanto, ya sea que se entienda que la fijación del quantum indemnizatorio es una de las consecuencias jurídicas no consolidadas a la que se aplicaría el art. 1746 del CCyC -y, por consiguiente, alguna de las fórmulas matemáticas- o bien se recurra a la doctrina de la Corte a que hice mención, la solución no habría de modificarse.

En efecto, aun cuando la utilización de cálculos matemáticos o tablas actuariales surgieron como una herramienta de orientación para proporcionar mayor objetividad al sistema y, por ende, tienden a reflejar de la manera más exacta posible el perjuicio patrimonial experimentado por el damnificado (conf. Acciarri, Hugo, "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo código", diario La Ley del 15-7-2015, p. 1), existe otra serie de elementos que complementan este método y que permiten al juez mayor flexibilidad para fijar el monto del daño atendiendo a pautas que, aunque concretas, reclaman ser interpretadas en cada caso. Se trata, en definitiva, de las denominadas "particularidades" de cada situación específica que, en muchísimos casos, son insusceptibles de ser encapsuladas dentro de fórmulas ni pueden ser mensuradas en rígidos esquemas aritméticos (SCBA, "P. c. Cardozo, Martiniano B. s/ daños y perjuicios", del 11-2-2015, LLBA 2015 (julio), 651). Por tanto, en el caso, tomaré en cuenta los guarismos que surgen a partir de la fórmula, enriquecidos y complementados con la ponderación de los elementos vitales que surjan acreditados en la causa, a fin de evitar que la frialdad de una ecuación aritmética cierre la mirada a lo justo en concreto que es, en definitiva, aquello que los jueces tenemos el deber de resolver mediante una resolución razonablemente fundada (art. 3 CCyC).

Por cierto, además de la minusvalía determinada precedentemente, tomaré en cuenta las circunstancias vitales de la víctima, esto es, su edad al momento del hecho -33 años-, la expectativa de vida (44,2, https://sitioanterior.indec.gob.ar/nivel 4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=42&id_tema_3=148), la evolución probable de sus ingresos, su estado civil -casado, con tres hijos-, trabaja en relación de dependencia para la policía de la Provincia de Buenos Aires, actividad laboral que pudo retomar después de cuatro meses y medio (v. fs. 289/310 y declaraciones testimoniales del incidente sobre beneficio de litigar sin gastos).

Para establecer la base de cálculo computaré el promedio anual del salario neto que Gómez percibía al momento del hecho como miembro de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, ya que no todos los meses realizaba la misma cantidad de horas extras (ver fs. 686/698). En consecuencia, consideraré como base de cálculo la suma de $4.265,17. Sobre estas variables una tasa de descuento del 4%.

Por otra parte, a fin de mantener la unidad lógica de la sentencia, calculo la incapacidad hasta el mes de diciembre de 2012, que arroja la suma de $340.796,96.

Luego, descuento la suma percibida por la víctima de la ART, es decir, $49.804,39 (conf. fs.513/514 y 605/606). De modo que, por el resto, que redondeo en la suma de $290.000, debe prosperar este renglón indemnizatorio. En esa medida, postulo elevar la partida que analizo.

b) Tratamiento psicológico

La auxiliar psicóloga, consideró necesario que el actor se someta a un tratamiento psicológico, tal como lo mencioné en el considerando anterior. En esta instancia solo el actor cuestiona la suma reconocida por este renglón, aunque ello lo hace sin cuestionar las conclusiones periciales y sin valerse de otro medio probatorio que respalde sus quejas.

Es sabido que uno de los requisitos del daño resarcible es que sea cierto, y no meramente hipotético o conjetural (conf. Llambías, Jorge J. Obligaciones, tº I, pág. 277; Bustamante Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo Perrot, 1993, 8º ed., pág.168; Orgaz, A. "Daño resarcible", pág.95), de modo que no corresponde admitirlo si falta certeza suficiente sobre su ocurrencia, pues ello impide dar sustento a la condena. El daño futuro no escapa a esas exigencias. Al respecto, señala Orgaz que es aquel que aún no se ha producido pero que aparece desde ya como previsible prolongación o agravación del daño actual según las circunstancias del caso y la experiencia de vida (conf. Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", pág. 71). En concreta referencia a los gastos médicos futuros, señala Zavala de González que si bien su admisibilidad no requiere seguridad de que el daño se producirá sino un suficiente grado de probabilidad, para acreditarla es indispensable contar con una opinión pericial que revele que la aspiración al beneficio terapéutico es razonable (conf. Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas", 2 a, pág. 12).

En este orden de ideas, no abrigo dudas en que dicho tratamiento fue correctamente admitido, pues no es más que una consecuencia derivada del hecho y sus circunstancias, que significará un gasto futuro para el damnificado y que, de acuerdo a la explicación efectuada en el dictamen, tiene la finalidad de minorar los miedos personales surgidos a raíz del accidente. Repárese, incluso, que he fijado la cuantía de la incapacidad sobreviniente tomando en consideración el beneficio probable de la terapia psicológica.

La psicoterapia sugerida por la experta indica que el accionante deberá realizar entre 24 y 96 sesiones (fs. 310vta). Por ello, si se pondera la forma en que fueron establecidos los réditos, considero que la suma reconocida por el juez ($48.000) no resulta reducida (conf. art. 165 del CPCCN). Voto entonces por fijar que se confirme este punto de la sentencia.

c) Lucro cesante:

El lucro cesante contempla la ganancia frustrada, es decir, los daños que se producen por falta de ingreso de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima, que se ve privada de beneficios que hubiera obtenido de no mediar el hecho dañoso (conf. Moisset de Espanés, "Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro con relación al daño emergente y al lucro cesante", ED 59, pág. 792; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a los automotores", pág. 155). Constituye una excepcional fuente de resarcimiento y requiere, por ende, la fehaciente demostración de la existencia de una oportunidad concreta de algún beneficio que, como consecuencia del perjuicio ocasionado, se haya visto frustrada. No basta entonces, una simple expectativa genérica o vaga o una mera posibilidad del acaecimiento eventual o hipotético de alguna ventaja, sino que debe mediar una probabilidad con grado de certeza de que una expectativa resultó malograda a causa del accidente o de la lesión.

En la especie, el actor no acreditó, ni siquiera en forma indiciaria que, de no haber ocurrido el accidente, hubiera realizado más horas extras que las que se desprenden de los recibos de sueldo agregados al expediente, de los cuales surge, por otra parte, que no siempre se desempeñaba un número mayor de horas que las habituales (ver copias de recibos de fs. 689, 690 y 691).

Tampoco merece ser atendido el agravio vinculado a la cuantía que se asignó a cada hora extra, toda vez que la indemnización fue calculada a valores del hecho y, por tanto, es correcto efectuar el cómputo de las horas CORES y las trabajadas como policía adicional a valores históricos, conforme se desprende de los recibos acompañados a fs. 415/428 y 678/718.

A raíz de lo expuesto y a que considero que es correcto tomar en cuenta solo los meses de inactividad, concluyo en que no es reducida la suma de $7.656 admitida por este concepto, motivo por el cual propongo al Acuerdo confirmarla (art. 165 del CPCCN).

d) Daño moral.

La cifra establecida en el fallo de grado por este ítem fue apelada por baja y por alta.

Desde siempre, me incliné por la corriente que asigna al daño moral carácter resarcitorio (conf. CSJN, del 24-8-95, "Pérez, Fredy c/ Ferrocarriles Argentinos", JA 1997-III, síntesis; CNCiv., Sala A, del 1-10-85, LL 1986-B, pág. 258; ídem, Sala C, del 8-6-93, JA 1994-IV-síntesis; ídem, Sala F, JA 1988-IV, pág. 651), ya que busca en definitiva contribuir a compensar la conmoción que

el padecimiento genera mediante el alivio que puede importar la suma que se otorga (conf. Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1989, p. 179 y sigtes., Cazeaux, Pedro N. y Trigo Represas, F.A., "Derecho de Obligaciones", La Plata, 1969, t. I, p. 251 y sigtes.). No queda reducido al clásico "Premium doloris" (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.), sino que además de ello, apunta a toda lesión del espíritu que se traduce en alteraciones desfavorables para las capacidades del individuo de sentir -"lato sensu"-, de querer y de entender (conf. Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a la persona en general", en Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Nº 1, 1992, pág. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", JA, 1986- III- 902 y 903; Zavala de González, Matilde, "El concepto de daño moral", JA, 1985-I-727 a 732). Este criterio es el que finalmente prevaleció en el Código Civil y Comercial (art. 1740 "in fine").

En función de lo expuesto, es verosímil que el siniestro le haya provocado angustia, miedo y. demás sentimientos adversos, los que deben ser enjugados proporcionando a la víctima recursos para mitigar el detrimento causado, de modo que pueda acceder a gratificaciones viables para superar el padecimiento (Iribarne, Héctor P., "De los daños a la persona", ed. Ediar, p.s 143 concs., Galdós en Lorenzetti (dir), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ed. Rubinzal Culzoni, t. VII, p. 503 ss), fórmula esta que ha sido incluida en el art. 1741 de la ley sustantiva vigente.

Es sabido, por otra parte, que el daño extrapatrimonial se produce "in re ipsa", no requiere prueba y no tiene por qué guardar proporción con los perjuicios materiales (conf. CNCiv., Sala G L. 282.602, del 16-2-01, esta Sala, mi voto en autos "De Vicentis, Javier y ot. c/ Beade, Pablo Hernán y ot. s/ ds. y ps." op. cit., entre muchísimos otros precedentes).

El Código Civil y Comercial dispone claramente que el monto de la indemnización de las consecuencias no patrimoniales "debe fijarse ponderando las indemnizaciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" (art. 1741).

Bajo tales premisas, teniendo en cuenta la edad de la víctima, y demás circunstancias recabadas en el primer capítulo del presente considerando, en los términos del art. 165 del rito, postulo al Acuerdo admitir las quejas del accionante y elevar el monto otorgado en la sentencia por este renglón a $150.000 (conf. arts. 1741 del CCyC y 165 del CPCCN).

VII.- En síntesis, propongo a mi distinguido colega lo siguiente:

A) En los autos "Gómez Fernando Daniel c/ Gutiérrez Daniel Hermes y otros s/ daños y perjuicios" (expte. Nº16.737/2013): 1) Revocar la atribución de responsabilidad y, en su mérito, rechazar la demanda contra Daniel Hermes Gutiérrez, la Municipalidad de San Miguel y "Provincia Seguros S.A.". 2) Disponer que la demanda prospere únicamente contra Hernán Gonzalo Franzi, con extensión a Caja de Seguros S.A.; 3) Elevar el monto reconocido a favor Fernando Daniel Gómez por incapacidad sobreviniente y daño moral a la suma de $290.000 y $150.000, respectivamente. Por lo demás, las costas de la anterior instancia deben ser impuestas a Franzi -con extensión a su seguro-, pues la víctima no tenía el deber de investigar cuál de los conductores fue responsable del siniestro, sino que, por el contrario, se encontraba habilitada para dirigir la acción contra ambos a fin de obtener el resarcimiento de quien, en definitiva, pudiera corresponder (conf. CNCiv., esta Sala, "Ordóñez, Silvia Laura c/ Hospital Español de Buenos Aires Sociedad Española de y otros s/ daños y perjuicios", expte. n°106.111/2012, del 18-7-2019; id. Sala L, "G.L.S. c/ E.R.A. s/ daños y perjuicios", expte n°13.037/09, del 5-10-2017; id. Sala B Empresa Argentina de Servicios Públicos c/ Granja Avícola Huefres y otros s/ daños y perjuicios", expte. n°26.552/2008, del 11/05/2016).

B) Asimismo, en los autos: "Franzi Hernán Gonzalo c/ Gutiérrez Daniel Hermes y otros s/ daños y perjuicios" (expte. nº106.696/2013) postulo: 1) Revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, rechazar la demanda promovida por Hernán Gonzalo Franzi contra Daniel Hermes Gutiérrez y la Municipalidad de San Miguel. 2) Imponer las costas de la anterior instancia al actor vencido (art. 68 CPCCN).

De compartirse, las costas de Alzada en ambas causas, deberán ser impuestas al vencido del mismo modo en ambos expedientes (art. 68 CPCCN).

El doctor *González Zurro* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia de que la Vocalía nº37 se encuentra vacante. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras jueces por ante mi que doy fe. Lo transcripto es copia fiel de su original que obra en el libro de la Sala. Conste.

Buenos Aires, mayo de 2021.

Y *Visto*:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal *Resuelve:* I) Autos: "Gómez Fernando Daniel c/ Gutiérrez Daniel Hermes y otros s/ daños y perjuicios" (expte. nº16.737/2013):

1) Revocar la sentencia apelada y, en su mérito, se rechaza la demanda contra Daniel Hermes Gutiérrez, la Municipalidad de San Miguel y "Provincia Seguros S.A.". En consecuencia, se hace lugar a la acción contra Hernán Gonzalo Franzi, con extensión a "Caja de Seguros S.A.". 2) Elevar el monto reconocido a favor Fernando Daniel Gómez por incapacidad sobreviniente y daño moral a la suma de $353.591 y $150.000, respectivamente. 3) Confirmar la sentencia respecto de todo lo demás que decide y fue materia de agravio. 5) Imponer las costas de ambas instancias a Hernán Gonzalo Franzi. B) Autos: "Franzi Hernán Gonzalo c/ Gutiérrez Daniel Hermes y otros s/ daños y perjuicios" (expte.nº106.696/2013): 1) Revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, rechazar la demanda promovida por Hernán Gonzalo Franzi contra Daniel Hermes Gutiérrez y la Municipalidad de San Miguel. 2) Imponer las costas de ambas instancias al actor vencido (art. 68 CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia de que la vocalía nº 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Guillermo D. González Zurro.*

DERECHO AL HONOR

Frustración de operación inmobiliaria. Efectos de la retractación en sede penal. Existencia de los hechos.

1. — Más allá de la divergencia de opiniones en cuanto a la naturaleza de la figura en el ámbito penal y a los alcances que debe otorgarse a la retractación, no quedan dudas que cualquiera de las interpretaciones posibles habilita que los hechos sucedidos sean nuevamente interpretados en el ámbito civil, estableciéndose en el caso, las consecuencias patrimoniales que de ellos deriven. Así lo entendió el magistrado cuando al momento de dictar el sobreseimiento, indicó que la retractación "implicaba el reconocimiento de haber efectuado las manifestaciones injuriosas imputadas". Este pronunciamiento no fue —en su oportunidad— objeto de recurso en cuanto al fondo de la cuestión. Entonces, esos mismos hechos no pueden reputarse inexistentes en el fuero civil sin provocar un escándalo jurídico.

2. — La retractación en los términos del art. 117, Cód. Penal, implica un supuesto de no culpabilidad al no aplicarse una pena, pero no diluye la existencia del hecho que, en definitiva, le dio lugar. Y esta prueba material del hecho no puede ser desconocida en el ámbito civil, pues tal cuestión ha sido determinada por el juez penal que intervino en la causa.

3. — La liberación de culpabilidad que tiene por efecto evitar la condena penal y se ancla en razones de política criminal, es decir, expresa el desinterés del Estado en la persecución punitiva de este tipo de hechos, no encuentra su correlato en la exención de la condena civil.

4. — El hecho material de las expresiones ofensivas ha quedado debidamente acreditado. El tenor de estos permite considerar al menos un obrar negligente por parte de la demandada, es decir, que actuó de manera desaprensiva, sin valorar las consecuencias que sus dichos pudieran tener en otras personas. Ello puede válidamente desprenderse de las manifestaciones que se efectuaron a raíz de las desavenencias sufridas con motivo de la frustración de una operación inmobiliaria.

CNCiv., sala I, 21/05/2021. - Rosenberg, Eric Gastón c. Barone Vasoli, María Candela s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/43007/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 039581/2015/CA002

Buenos Aires, 21 de mayo de 2021.

Considerando:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía hacerse en el orden siguiente: Dra. Paola Mariana Guisado y Dr. Juan Pablo Rodríguez.

Sobre la cuestión propuesta la Dra. Guisado dijo:

I.- Que contra la sentencia de fs. 290/299 que hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por Eric Gastón Rosenberg contra María Candela Barone Vasoli, condenándola a abonar la suma de Pesos Cincuenta Mil ($ 50.000) con más sus intereses y costas del juicio, se alza la parte demandada expresando agravios a fs. 327/343 los que fueron respondidos a fs. 345/346.

II.- En su escrito de demanda el Sr. Rosenberg narró que en el año 2011, puso en venta a través de la inmobiliaria Amelia Claro un departamento de su propiedad que fue reservado por la demandada. Explicó que ella insistía en escriturarlo directamente, sin realizar antes un boleto de compraventa, lo que ell no aceptó. Por eso, y ante la imposibilidad de llegar un acuerdo, la reserva quedó cancelada y la inmobiliaria devolvió a la demandada el dinero dado en ese concepto. Luego de algún tiempo, advirtió que la accionada bajo un seudónimo, comenzó a realizar comentarios en el foro del Portal de Abogados del que él era un usuario asiduo, implicándolo en una supuesta maniobra delictiva, acusándolo de haber obrado de mala fe.

Por ese motivo, el actor inició la causa penal bajo el número 24.915/2014 que tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional número 6 por calumnias. Convocada la audiencia en los términos del artículo 424 del Código Procesal Penal, la demandada manifestó, a través del Defensor Oficial, retractarse de las manifestaciones que se le imputaron a los fines conciliatorios, y se comprometió a bajar del foro la publicación en cuestión. El actor aceptó la retractación haciendo expresa reserva de su derecho de iniciar acciones civiles. El Defensor Oficial informó 16 días después que se había comunicado con personal del Portal de Abogados que procedió a eliminar el comentario. El magistrado, consideró que la retractación era suficiente en los términos del artículo 425 del mismo cuerpo normativo y dispuso sobreseer a la imputada imponiéndole las costas del proceso.

Al contestar la demanda, la Sra. Barone Vasoli reconoció haber estado vinculada al actor por la compraventa de la propiedad que, finalmente, no se llevó a cabo, aunque su versión de aquellos sucesos es diferente de la expuesta en la demanda. Sin embargo,- y en lo que aquí importa- negó ser usuaria del Foro del Portal de abogados o haber realizado alguna publicación maliciosa o de algún otro tipo. En cuanto a la causa penal, explicó que ofreció una retractación solo a efecto conciliatorio dado que la situación le provocaba mucha angustia. No obstante negó haberse comprometido a dar de baja los comentarios dado que no estaría a su alcance hacerlo, pero aceptó que la Defensoría Oficial mandase un oficio a esos fines.

III.- La sentencia de grado admitió la demanda. El a quo explicó que la retractación y el ofrecimiento de dar de baja las publicaciones injuriosas implicaba la aceptación de haberlas realizado.

Con cita de jurisprudencia de esta Sala - aunque en una anterior conformación- entendió que "la retractación es la confesión del hecho de haber formulado la imputación agraviante del honor que, aunque impide el dictado de sentencia condenatoria en sede penal, deja abierta la acción indemnizatoria en sede civil, en la que la víctima damnificada queda relevada de producir la prueba del hecho fundante, ya confesado por el autor al retractarse" ("Gradín, Mario c/ Herrendorf, Daniel Esteban s/daños y perjuicios", del 08/05/2012).

Entonces, encontrándose de esa manera acreditado el hecho sobre el cual el actor fundó su reclamo, procedió a fijar la suma de Pesos Cincuenta Mil ($50.000) en concepto de resarcimiento por "daño moral" y a desestimar la pedida por "lucro cesante" por no hallarlo comprobado.

IV.- La demandada Barone Vasoli, apeló la sentencia. Se queja por la responsabilidad que se le atribuye, por la procedencia y cuantía del "daño moral", la tasa de interés dispuesta y el "dies a quo", Finalmente, cuestiona la imposición de las costas a su parte. Sentada así la cuestión, me referiré liminarmente al primero de sus agravios, ya que de su suerte dependerá el tratamiento de los restantes.

V.- La apelante sostiene, resumidamente, que a partir de la reforma introducida por la ley 26.551 al artículo 117 del Código Penal, la retractación no implica aceptación de culpabilidad del acusado y que en este sentido se avino a expresarla, a los fines de lograr una conciliación y terminar el proceso iniciado en su contra. Afirma que tal fue la intención del legislador al cambiar la denominación de "culpable" por "acusado" y la adición del párrafo "La retractación no importará para el acusado la aceptación de culpabilidad". Agrega que el juez de grado realizó una interpretación basada en la normativa anterior a pesar de que el planteo sobre la actual fue introducido en la contestación de demanda. Que la retractación es el único acontecimiento en el que se basó el "a quo" al atribuirle responsabilidad y que de la restante prueba producida no puede desprenderse que exista relación alguna entre la usuaria del foro en el que se efectuaron los comentarios cuestionados, y su persona.

VI.- Desde ya adelanto que no comparto el enfoque de la cuestión efectuado en la expresión de agravios. No parece acertado afirmar que el magistrado de grado se haya apartado de la redacción actual del artículo 117 del Código Penal y en virtud de ello resolviera aceptar la culpabilidad de su parte. Por el contrario, lo que se expresa en la sentencia de grado es que la retractación no implica borrar el acaecimiento de los hechos que están constituidos por las expresiones ofensivas, lo que constituye una cuestión bien distinta a la planteada en el recurso De esta forma el punto crítico disidente lleva a formular otros interrogantes: 1) Si bien la retractación formulada en sede penal no implica admisión de culpabilidad, ¿puede entenderse válidamente que implica reconocimiento de los

hechos en sede penal?, 2) y de ser así ello ¿tal conclusión puede trasladarse a este fuero, es decir a las consecuencias civiles de dichos actos?

Comprendo que la pregunta que formulo tiene trascendencia más allá de la solución de este caso concreto, porque en el debate se encuentran en juego derechos de raigambre constitucional, se trata de encontrar el siempre difícil equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. Es por ello, que considero oportuno proponer un análisis exegético de la norma en cuestión.

VI.- Es sabido que la reforma introducida por la ley 26.551 fue realizada en el marco del cumplimiento por parte del Estado Argentino de la responsabilidad internacional asumida ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Kimel".

Eduardo Kimel publicó un libro llamado "La masacre de San Patricio" que narró el resultado de su investigación sobre el asesinato de 5 religiosos ocurrido durante la última dictadura militar. Allí cuestionó el accionar de las autoridades encargadas de la investigación, entre ellas la de un juez quien le inició una querella por el delito de calumnias. Luego de concluido el proceso, el Sr. Kimel fue condenado a un año de prisión y abonar la suma de Pesos Veinte Mil ($20.000) en concepto de multa. Representado por letrados del CELS y el CEJIL, Eduardo Kimel, acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por entender que el Estado había incumplido las obligaciones asumidas en los artículos 8 y 13 de la Convención.

En oportunidad de responder el requerimiento, el Estado Argentino asumió que "la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias que impidan que se afecte la libertad de expresión, importa el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas contempladas en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos". A pesar del allanamiento por parte del Estado, la Corte entendió que era necesario pronunciarse sobre las violaciones ocurridas y las normas entonces vigentes en el derecho interno en tanto podían ser aplicadas para restringir la libertad de expresión.

No dejo de advertir que los hechos allí considerados resultan muy distantes de los que aquí toca decidir, pero los traigo a colación a los fines de que pueda entenderse el contexto en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos formuló las observaciones de que se trata.

En primer término, se expresó que todas las personas que se encuentran bajo la protección de la Convención Interamericana de Derechos Humanos tienen el derecho de buscar, recibir, y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás.

Tal expresión cobra relevancia en la situación actual en la que el acceso a plataformas en las cuales difundir diversas informaciones ha alcanzado valores inéditos debido al uso masivo de internet. Ello conlleva, a mi criterio, también una mayor responsabilidad de los usuarios de estos medios dado que, como contracara, cabe considerar que el derecho a la libre expresión, no es absoluto.

Como señala la Corte, el art. 13.2 de la Convención que prevé la censura previa, habilita la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de derecho. Estas restricciones deben ser de carácter excepcional y no deben provocar una restricción mayor a la necesaria a la libertad de expresión ni convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

En orden a la importancia que el derecho a libre expresión reviste en una sociedad democrática, con especial atención a los asuntos que revistan interés público -lo que no ocurre en el caso- la Corte señaló la responsabilidad de los Estados de no solo minimizar las restricciones a la circulación de información sino también equilibrar la participación de las distintas informaciones en el debate público.

En cuanto a la normas en cuestión, el Tribunal se refirió en primer término a la necesidad de que el marco legal, principalmente en materia penal, otorgue seguridad jurídica al ciudadano, y consideró que para satisfacer el principio de legalidad deben observarse los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal, formulando de manera expresa, taxativa y previa.

A su vez, entendió que la medida utilizada era adecuada al fin legítimo, es decir, a la protección de la honra. Sin embargo, al analizar su necesidad, consideró que existen medidas menos restrictivas que la aplicación de una sanción penal y que el poder punitivo en los Estados democráticos debe ejercerse en la medida estrictamente necesaria. Finalmente, en lo que aquí interesa, se refirió a que las medidas deben guardar estricta proporcionalidad. Es decir, debe observarse que la restricción no resulte exagerada a la luz de las ventajas que se obtienen de ella y en caso, consideró que incluso la multa dispuesta constituyó en sí misma una afectación grave a la libertad de expresión, dada su cuantía y su relación con los ingresos del obligado.

VII.- En cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado, el ejecutivo envió al Congreso el proyecto que finalmente se convertiría en ley. El mensaje de remisión hace referencia explícita a este hecho, así como reconoce la influencia de otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este proyecto introduce las modificaciones al artículo 117 del Código Penal que dan lugar a este debate. Sin embargo, no existe en la exposición de motivos una referencia explícita sobre el tema.

Tampoco he hallado alusiones concretas a la incorporación del último párrafo del art. 117 en los debates legislativos. Solamente, un pequeño comentario de uno de los diputados criticando su técnica legislativa, mas no existen referencias al propósito perseguido con esta introducción.

La incorporación excede las directivas expresas del fallo "Kimel", pero no puede dejar de considerarse a mi criterio, que fue informada por el mismo espíritu que buscó una conciliación más adecuada de los derechos en juego.

VIII.- En doctrina se ha expresado "Con respecto a la retractación prevista en el art. 117, la reforma ha producido tres modificaciones importantes: una, relativa al autor de la misma, otra referida al sujeto pasivo de la injuria o calumnia y, finalmente, una última relacionada con los efectos de la retractación. Por la primera de estas modificaciones (relativa al sujeto activo de la calumnia o injuria), se ha sustituido la palabra "culpable" del texto anterior por la de acusado. El cambio de roles del sujeto activo ha sido correcto, por cuanto culpable es solo quien ha sido declarado tal por sentencia firme, mientras que "acusado" es aquella persona imputada de la comisión de un delito y, como establece la propia normativa, la retratación producirá la eximición de la pena únicamente cuando se realice "antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo", oportunidades que presuponen un proceso penal en trámite. (...) La tercera modificación se refiere a los efectos de la retractación en el caso judicial: no importará para el acusado –dice la ley- la aceptación de su culpabilidad. Sobre esta nueva fórmula, se ha dicho que la modificación ha significado un cambio en la naturaleza jurídica de excusa absolutoria que tenía el instituto por la de un modo alternativo no penal de resolución del conflicto (Conf. De Luca Javier Augusto, Delitos contra el honor y medios. Comentario a la ley 26.551, modificatoria del código penal, cit., pags. 448 y sig.) Sin embargo, aun cuando esta opinión sea atendible, nos parece que olvida que es la propia ley la que establece la exención de pena del acusado al decir "...quedará exento de pena...", con lo que se mantiene el carácter de excusa absolutoria de la retractación, no implicando para el acusado la aceptación de su culpabilidad, aún cuando ella sea reconocida en juicio, la que deberá ser establecida en el respectivo fuero civil mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. No obstante lo dicho, creemos que la inclusión de este párrafo ha sido totalmente innecesaria, ya que producirá más problemas que soluciones en la interpretación y aplicación en la praxis" (Buompadre, Jorge Eduardo "La reforma de los delitos contra el honor en la Argentina" Publicado el 15/06/2010 en elDial.com - DC1391)

Por su parte Gil Lavedra y Cano, se han expresado en un sentido diferente. Al analizar la reforma del artículo en cuestión, sostienen "En la anterior redacción, la retractación tenía el carácter de excusa absolutoria -causa de exclusión de la punibilidad- por lo cual presuponía un delito cometido: el contenido subjetivo de esa excusa era, precisamente, el que corresponde a la figura del arrepentimiento activo. Por ello, la acción era típica, antijurídica y culpable".

No resulta tan claro ahora establecer la naturaleza de la exención de punibilidad. Ya no puede predicarse que se trata de una excusa absolutoria, como sostenía la doctrina, pues esta causal supone un injusto culpable. A primera vista, parecería que se trata de una causal de extinción de la acción penal, similar a la prescripción. De esta forma el Estado renuncia a la persecución penal, por alguna razón de política criminal.

Por ello, ante la retractación del querellado el juez deberá sobreseer en la causa de conformidad a lo establecido por el art. art. 336 inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación.

"La ausencia de culpabilidad del hecho que dio origen a la retractación traerá aparejada consecuencias prácticas beneficiosas. Por un lado, incentivará la retractación en los casos de calumnias e injurias (esto ha sido poco común hasta ahora, precisamente, porque implicaba la aceptación de culpabilidad del querellado) y por el otro, trasladará al ámbito del derecho civil la discusión sobre la existencia o no del hecho lesivo y la responsabilidad del autor." (Conf. Gil Lavedra, Ricardo y Cano, Alicia "Un paso positivo. Comentario a la ley 26.551" en La Ley 2010-A, 627)

IX.- Más allá de la divergencia de opiniones en cuanto a la naturaleza de la figura en el ámbito penal y a los alcances que debe otorgarse a la retractación, no quedan dudas a mi criterio que cualquiera de las interpretaciones posibles habilita que los hechos sucedidos sean nuevamente interpretados en el ámbito civil, estableciéndose en el caso, las consecuencias patrimoniales que de ellos deriven. Y en efecto, corresponde subrayar que se trata de hechos acontecidos.

Así lo entendió el magistrado cuando al momento de dictar el sobreseimiento, indicó que la retractación

"implicaba el reconocimiento de haber efectuado las manifestaciones injuriosas imputadas" (el resaltado me pertenece - ver fs. 144 de la causa penal). Este pronunciamiento no fue –en su oportunidad- objeto de recurso en cuanto al fondo de la cuestión. Entonces, esos mismos hechos no pueden reputarse inexistentes en este fuero sin provocar un escándalo jurídico.

En un caso que guarda algunas similitudes con el presente, -aunque en esa oportunidad las expresiones maliciosas habían sido expresadas en un juicio-, la Sala "C" de este fuero ha dicho a propósito de la retractación "Sin embargo, no puede ya sostenerse que el acto en cuestión trasluzca reconocimiento de culpa porque el actual artículo 117 del Código Penal, según lo añadido por la ley 26.551, establece que "La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad". Este mecanismo de excusación no trae aparejada una automática e irrebatible admisión del reclamo resarcitorio, pero tampoco excluye la existencia del tipo delictivo y la culpabilidad del agente. La retractación, a manera de exteriorización de enmienda de una lesión a la honra o al honor del damnificado, no puede significar en sede civil algo completamente distinto, equivalente a borrar aquello que se dijo, como si no hubiere existido la hipótesis delictiva que puso en duda la honorabilidad del acusado. De otra forma, paradójicamente, se fomentaría el hábito de la maledicencia. La retractación expresada por el querellado, entonces, debe ser juzgada como un elemento más a considerar para valorar la conducta del denunciante, pues sus efectos jurídicos en materia civil no se hallan predeterminados" (CNCiv, Sala "C" in re "CANO DAÑOS Y PERJUICIOS" (EXPTE. N°42.018/2011) del 26/3/2015".

Lo expresado en este fallo, permite poner en perspectiva la cuestión. Por un lado, la no asunción de la culpabilidad que trae aparejada la nueva redacción del art. 117 se refiere sin lugar a dudas al elemento integrativo de la fórmula acción típica antijurídica y culpable para la configuración de un tipo penal. Se trata de un supuesto en el que la acción es típica y antijurídica, pero supone una hipótesis de inculpabilidad justamente en virtud de la retractación. La retractación entonces, como ocurriría en otros casos, implica un supuesto de no culpabilidad al no aplicarse una pena, pero no diluye la existencia del hecho que, en definitiva, le dio lugar. Y esta prueba material del hecho no puede ser desconocida en el ámbito civil, pues en el caso como ya he dicho tal cuestión ha sido determinada por el juez penal que intervino en la causa. Esta conclusión cierra el interrogante que plantea la quejosa en su expresión de agravios.

La liberación de culpabilidad que tiene por efecto evitar la condena penal y se ancla en razones de política criminal, es decir, expresa el desinterés del Estado en la persecución punitiva de este tipo de hechos, no encuentra su correlato en la exención de la condena civil. De hecho, tanto de la interpretación efectuada en sede penal, como de los distintos comentarios efectuados por la doctrina, incluso del debate parlamentario, se desprende de manera reiterada y consistente, que la reforma no aniquila la reparación civil a partir de la inexistencia del hecho.

Esta conclusión se refuerza si se repara en que en el fuero represivo se trata de un tipo penal doloso, lo que se traduce de la expresión del art. 110 del Código Penal en cuanto refiere a quien intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada. En este fuero, en el que lo que se persigue es la reparación, resulta suficiente la configuración de la culpa en los términos del art. 1109 del Código Civil.

En nuestro ámbito de decisión, la doctrina entiende que no es necesario que se haya actuado con tal conocimiento y/o con intención de dañar, sino que basta que el autor de la denuncia o querella haya procedido con culpa o negligencia al efectuar la imputación. Esto ocurre porque de acuerdo a los principios generales todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño está obligado a la reparación del perjuicio. En este sentido la Dra. Kemelmajer de Carlucci sostuvo que la culpa o el dolo deben ser probados por quien alega la existencia de los daños y perjuicios, pero lo mismo que en toda clase de hecho ilícitos a veces se los puede inferir de las propias circunstancias del caso como cuando no existe ninguna razón ni legal ni fáctica que justifique la denuncia (conf. Su comentario al art. 1090 del Código civil en "Código Civil comentado", bajo la dirección de Belluscio, T V, p. 260).

Pese a las diferencias que existen entre un proceso civil y uno penal, como así también respecto de la naturaleza de los fines perseguidos en uno y otro, corresponde el Juez civil determinar las normas aplicables al caso pudiendo libremente efectuar la apreciación que en derecho corresponde en concordancia con la regla *iura novit curia*. Es así entonces que como en el ámbito civil se recepta también la figura culposa, podrá existir acusación calumniosa culposa y ello no será más que la aplicación del art. 1109 del código civil, configurándose entonces no un delito sino un cuasidelito. Por ello puede también decirse que es también acusación calumniosa aquella que se ha efectuado con culpa o negligencia ocasionando un daño, de acuerdo con lo establecido en el artículo citado (el subrayado me pertenece). Puede por consecuencia ocurrir que el accionar del denunciante no encuadre estrictamente en lo normado en el art. 1090 del Código civil, acto que debe ser a sabiendas, en la conciencia de ser falsa, pero no por ello libera su responsabilidad si se comprueba que su conducta

ha sido negligente. Así es que –no ya en virtud del art. 1090 pero si del propio 1109 del citado ordenamiento- deberán indemnizarse si el daño se ha ocasionado a consecuencia de su obrar negligente pudiendo el Juez aplicar el derecho que corresponda al caso. (Mi voto, en P, M. A. c/ M., M. V. s/ daño moral del 4 de abril de 2019)

A mayor abundamiento, cabe considerar que la posición recursiva implica un desconocimiento de los propios actos en cuanto al compromiso asumido de dar de baja las expresiones vertidas en el foro, sin perjuicio de que haya aceptado que tal acción fuera materialmente llevada a cabo por el Defensor Oficial. No abrigo dudas de que el hecho de estar sometida a un proceso penal es una instancia susceptible de generar angustia. Pero la demandada, ha contado con el debido asesoramiento a la hora de formular las expresiones cuyas consecuencias pretende desconocer. En términos más simples y literales, no puede válidamente la demandada pretender que los hechos por lo que se retractó no ocurrieron.

Cabe concluir entonces, que el hecho material de las expresiones ofensivas ha quedado debidamente acreditado y que sus exigencias deben ser interpretadas a la luz de las consecuencias perseguidas en este fuero. El tenor de los mismos, permite considerar al menos un obrar negligente -en los términos ut supra explicitados- por parte de la demandada, es decir, que actuó de manera desaprensiva, sin valorar las consecuencias que sus dichos pudieran tener en otras personas. Ello se desprende de la valoración de la totalidad del material probatorio apreciado bajo los lineamientos que la sana crítica impone de conformidad al art. 386 del ritual.

Ello puede válidamente desprenderse de las manifestaciones que se efectuaron a raíz de las desavenencias sufridas con motivo de la frustración de la operación inmobiliaria de que se trata.

Entonces, puede considerarse acreditada la configuración de una conducta antijurídica y culpable –en términos civiles- que trajo como consecuencia, es decir, guarda relación de causalidad con el daño al honor del Sr. Rosenberg y en virtud de ello, cabe confirmar la responsabilidad atribuida a la demanda y desestimar su queja.

X.- Sentado ello, me detendré en la valoración del "daño moral" que el a quo justipreció en Pesos Cincuenta Mil ($50.000). El juez de grado, entendió que no resulta necesaria la prueba del mismo, cuando surge de la propia antijuridicidad del acto. Reforzó, sin embargo, que la prueba testimonial que dio cuenta de la afectación a los sentimientos del actor y consideró que los agravios se produjeron en un foro de amplia difusión profesional.

La demandada cuestiona estas conclusiones a través de la crítica a la valoración de la prueba producida. Sostiene que se hizo caso omiso de las impugnaciones formuladas a la prueba testimonial y que no es cierto que se trata de un portal de amplia difusión.

El daño moral, en estos casos, busca reparar el aspecto espiritual del daño producido al honor. El honor es un derecho personalísimo que puede definirse como la dignidad personal reflejada en la consideración de terceros y en el sentimiento de la persona misma (conf. Rivera Julio "Instituciones de Derecho Civil-Parte general", Abeledo Perrot, 2da. Ed. Buenos Aires, 2000, t I p. 109).

He valorado en otras oportunidades que el carácter agraviante de una información o denuncia deriva de la afección a la dignidad, reputación, honor, fama o decoro del que goza el sujeto ante la comunidad, faltándose a los deberes que impone una conducta prudente y diligente y violándose el principio legal del 'alterum non laedere' (art. 19 C.N. y art. 1109 Cód. Civil). El concepto de honor no depende tan solo de la opinión ajena, sino también de la autoestima, por lo que, para que se configure la injuria, basta con que la acción tenga idoneidad para poner en peligro la reputación de una persona, sin que sea necesario que efectivamente se produzca (conf. CNCiv, Sala H, "R., H. c. Telearte S.A.", publicado en LL 2003-F, 163 - RCyS 2004-V, 118). Por lo demás, la información es agraviante cuando afecta la dignidad de las personas hiriendo la propia estima que cada uno tiene de sí mismo o cuando ataca la reputación, honor, fama o decoro de que se goza ante los demás (Bustamante Alsina, J., "Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes", publicado en LL 1989-D, 885 y en Trigo Represas, Félix A.: "Responsabilidad civil – Doctrinas esenciales", parte especial, T. VI, ed. La Ley, pág. 519 y sig.). (Mi voto en expte. n 3714/2012 del 14 de julio de 2015.)

En este sentido, acreditadas las publicaciones agraviantes, cabe considerar que el daño al honor se produce *in re ipsa*, como también estimó el juez de grado. Es por ello que las impugnaciones a la prueba testimonial (fs. 132 y fs. 140/ 141) carecen de relevancia para decidir la procedencia del rubro, ya que la cercanía afectiva que los testigos pudieren tener con el actor solo prueba que estuvieron en condiciones de conocer su padecimiento y no incide sobre la acreditación ni la interpretación de los hechos que dieron lugar a la reparación.

Por lo demás, no encuentro motivos para considerar que la suma otorgada resulte elevada. Tampoco

carece de relevancia si el Foro del Portal de Abogados era o no de amplia difusión, además que se trata de una cuestión de cierta relatividad. Lo importante es que el Sr. Rosenberg participaba del mismo y para él resultaba un espacio de intercambio en el que fue señalado de manera injuriosa. Las críticas esbozadas, no logran a mi criterio conmover lo decidido en la instancia de grado en este sentido, por lo que propongo desestimarlas y confirmar el fallo en este aspecto.

XI.- El juez de grado dispuso la aplicación de la tasa activa cartera general préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco del Nación Argentina desde la fecha en que se registró el primero de los comentarios agraviantes (17/04/2012) hasta el efectivo pago.

La demandada, con cita de jurisprudencia de esta Sala, solicita la aplicación de la tasa pura del 8% desde la mora y hasta la sentencia de grado y a partir de allí. Sin embargo, tal criterio que surge de los precedentes de autos "Aguirre Lourdes Antonia c/ Transporte Automotores Lanús Este S.A. s/ daños y perjuicios" del 17 de marzo de 2009 y sus citas; "Martínez, Eladio Felipe c/Díaz, Hernán Reinaldo s/ daños y perjuicios" del 15 de marzo del año 2013, entre otros, es de aplicación en lo casos en los que la cuantificación del daño fue efectuada al momento del dictado de la sentencia. Ello no surge de manera explícita del pronunciamiento de grado y mi valoración confirmando el rubro "daño moral" ha sido tomando en cuanto los valores al momento del hecho. Es por ello, que en el caso, corresponde mantener también la tasa decidida en la instancia de grado.

XII.- A igual solución cabe arribar, en cuanto al cómputo del "dies a quo". La demandada solicita que los intereses se devenguen a partir de la fecha de la interposición de la querella penal argumentando que la fecha de publicación de los comentarios no está acreditada de manera fehaciente.

El magistrado de grado, estableció la fecha del primero de los comentarios efectuados en el foro (17/04/2012) como el momento a partir del cual se produjo la mora. Tratándose de las consecuencias de una conducta culpable, la mora se produce de manera automática en el momento en que ocurre el daño.

Los motivos que expuse al tratar la responsabilidad pueden tenerse nuevamente en cuenta en este punto para entender que los hechos sobre los que el juez de grado decidió sí se encuentran debidamente acreditados y que él refirió a la fs. 3 de la causa penal que transcribe los comentarios que fueron objeto de retractación. No resulta relevante que el primero de ellos contuviera un nombre errado, lo que no implica desconocer que se trata de la afectación de un derecho personalísimo del actor. Por el contrario, se trata de establecer que más allá del error en su nombre, -que fue rápidamente rectificado-, otros datos y el tenor de los mismos permitían que él supiera que se intentaba desacreditar a su persona. El fallo debe ser confirmado también en este aspecto.

XIII.- Finalmente, en cuanto a las costas del juicio, cabe señalar que la no admisión de ciertos rubros en la instancia de grado no autoriza a mi criterio a entender que hubo vencimientos parciales y mutuos como pretende la apelante. Lo cierto es que las costas representan las erogaciones que tuvo que realizar el actor para que su derecho le fuera reconocido, aunque no lo fuera en la totalidad del monto reclamado. La apelante, no se allanó oportunamente a ninguna de las pretensiones efectuadas en la demanda. No veo motivos para apartarme de la clara directiva del art. 68 CPCC y por eso, propongo confirmar el fallo en este aspecto.

En definitiva, si mi criterio fuera compartido, propongo: 1) Confirmar la sentencia en todo lo que decide manda y fue motivo de no atendibles quejas y 2) imponer las costas de alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCC) por no encontrar argumentos que justifique el apartamiento del principio general sobre la materia.

El Dr. Rodríguez votó en igual sentido y por análogas razones a las expresadas por la Dra. Guisado. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 21 de mayo de 2021.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, el tribunal *Resuelve:* 1) Confirmar la sentencia en todo lo que decide manda y fue motivo de no atendibles quejas y 2) imponer las costas de alzada a la demandada vencida (art. 68 CPCC) por no encontrar argumentos que justifique el apartamiento del principio general sobre la materia. 3) Para conocer en los recursos de apelación interpuestos contra las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia dictada en la instancia de grado, cabe ponderar las constancias de autos, la labor profesional apreciada en su calidad, eficacia y extensión, la naturaleza del asunto, el monto comprometido con más sus intereses, las etapas cumplidas, el resultado obtenido y las demás pautas establecidas en los arts. 1, 16, 20, 21, 22, 24, 29, 54 y concordantes de la ley de arancel 27.423 pues, esta norma resulta de aplicación a todos los asuntos en que no hubiera regulación de honorarios al tiempo de la modificación legislativa (conf. esta Sala, "Díaz Galaxia, Jésica y otro c. Coria Sebastián E. y otros s. Daños y perjuicios", expte. n° 46276/2013, del 04/04/2018). Teniendo ello en cuenta, los honorarios regulados al letrado patrocinante de

la parte actora Dr. Daniel M. Gillert resultan reducidos, por lo que se los eleva a la cantidad de dieciséis con ochenta y cinco UMA (16,85) que al día de la fecha representa la suma de setenta mil pesos ($70.000),

Teniendo en cuenta lo establecido en el decreto 2536/15 y lo dispuesto en el punto d), del art.2°) del anexo III) del Decreto 1467/11, toda vez que resulta de aplicación el decreto vigente al momento en que el estipendio deviene exigible, es decir, cuando queda determinado el monto del proceso, naciendo allí el derecho a reclamar el cobro de los honorarios (conf. exptes. N° 35.292/2007, del 26 de junio del 2008, entre otros). Ello así, los honorarios fijados al mediador Dr. Francisco Javier Abajo Olivares no resultan elevados, por lo que se los confirma.

En cuanto a la cuestión vinculada con la aplicación al caso del tope establecido en el art.730 del Código Civil y Comercial, esta deberá ser sometida a la consideración del a quo, por lo que por ahora nada cabe decir en esta instancia

Por la actuación en la alzada, atento el interés debatido en ella y las pautas del art.30 de la ley 27.423, regúlense los honorarios del Dr. Daniel M. Gillert en la cantidad de cinco con cero seis UMA (5,06) que representan a hoy la suma de veintiún mil pesos ($21.000) y los del Dr. Claudio Nicolás Barone Vasoli en la cantidad de tres con sesenta y dos UMA (3,62) que representan a la fecha la suma de quince mil pesos ($15.000).

El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto por los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La vocalía número 27 no interviene por encontrarse 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 Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.*

INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. FÓRMULAS MATEMÁTICAS

Cirugía estética. Infección posoperatoria. Incapacidad sobreviniente. Intereses. Disidencia parcial.

1. — Queda a la vista el incumplimiento a las reglas del arte y la profesión, en tanto la médica demandada nunca solicitó los estudios detallados por el perito —ecografía mamaria y análisis bacteriológico— para evaluar el cuadro de la paciente. No lo hizo en el primer control en el que evidenció la epidermólisis, ni en los posteriores.

2. — Frente a las características de la evolución de la paciente —principalmente al verificarse la existencia de una epidermólisis—, las reglas del arte de curar le imponían a la médica tratante adoptar un criterio de evaluación más exhaustivo, y verificar el origen de la patología para establecer un rápido y adecuado plan de acción.

3. — La decisión médica de atacar la epidermólisis con tratamiento local sin haber indagado la causa que la generaba fue imprudente y trajo rápidas consecuencias. En efecto, el cuadro de la accionante empeoró al punto tal que sus heridas se abrieron dejando expuestas las cicatrices dehiscentes y tejidos necrosados.

4. — No se está evaluando la aptitud profesional a la hora de la intervención quirúrgica, tampoco entra en ponderación cual ha sido el foco infeccioso. Lo que está bajo análisis son las decisiones profesionales tomadas por la médica con posterioridad a la cirugía, cuando el cuadro ya estaba dando sus primeras alarmas y decidió atacarlo de manera local sin realizar los estudios correspondientes.

5. — Para valorar la incapacidad sobreviniente, resulta aconsejable el empleo de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima, y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado.

6. — La tasa activa no altera, actualmente, el contenido económico del capital establecido en la sentencia.

7. — El art. 1746 del Cód. Civ. y Com. no concede más alternativa que acudir a fórmulas y criterios matemáticos, de lo cual puede extraerse que una decisión que no aplique ningún tipo de mecanismo actuarial será *contra legem* (del voto del Dr. Polo Olivera).

8. — Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración Amplio (del voto en disidencia parcial del Dr. Li Rosi).

9. — Si los valores de la indemnización son fijados a valores actuales, corresponde aplicar la tasa del 8% anual desde la intervención dañosa hasta el dictado de la sentencia y de allí en adelante, hasta el efectivo pago, la tasa activa (del voto en disidencia parcial del Dr. Polo Olivera).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis médica.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 29 años.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $1.500.000

CNCiv., sala A, 23/04/2021. - P., A. S. c. B., M. J. y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11268/2021]

COSTAS

Se imponen según los vencimientos.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. N° 20922/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 23 de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Li Rosi* dijo:

I. La sentencia de fs. 817/844 rechazó la demanda entablada contra "Instituto Quirúrgico Laser SA" y "Noble SA Aseguradora de Responsabilidad Profesional" e hizo parcialmente lugar a la demanda entablada por A. S. P. contra M. J. B., a quien condenó a abonarle a la actora la suma de pesos ... ($...), con mas intereses y costas. Asimismo, hizo extensiva la condena a "Seguros Médicos SA", en los términos del art. 118 de la ley 17.418.

Contra este pronunciamiento, el 27 de julio de 2020 se alzaron las quejas de "Instituto Quirúrgico Laser SA", que no fueron replicados.

El 3 de agosto, expresó sus agravios M. J. B., a los que adhirió "Seguros Médicos SA", los cuales fueron contestados por la accionante, mediante la pieza electrónica del 13 de agosto.

El 4 de agosto, presentó sus quejas la parte actora, las que fueron replicadas por M. J. B. y "Seguros Médicos SA", con el escrito del 19 de agosto y por "Instituto Quirúrgico Laser SA", quien contesto mediante el escrito del 7 de agosto.

II. Antes de tratar los planteos formulados por los recurrentes, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquellos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. arg. art. 386, Cód. Procesal y véase Sala F en causa libre N° 172.752 del 25/04/1996; CS, en RED 18-780, sum. 29; CNCiv., sala D en RED, 20-B-1040, sum. 74; CNFed. Civil y Com., sala I, ED, 115-677 —LA LEY, 1985-B, 263—; CNCom., sala C en RED, 20-B-1040, sum. 73; SC Buenos Aires en ED, 105-173, esta Sala, en libre N° 93.472/2016 del 16/09/2020 y N° 102219/2012 del 19/10/2020, entre otros).

Asimismo, respecto al pedido de deserción efectuado por la médica demandada y su empresa aseguradora respecto del recurso de la accionante, debo destacar que el art. 265 del Cód. Procesal exige que la expresión de agravios contenga la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considera equivocadas. Y en este sentido, el contenido de la impugnación se relaciona con la carga que le incumbe de motivar y fundar su queja, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se hubie-

re incurrido en el pronunciamiento, o las causas por las cuales se lo considera contrario a derecho (conf. Fenochietto - Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Comentado y Concordado", T. I, ps. 835/7; CNCiv. esta Sala, libres N° 37.127 del 10/08/1988, N° 33.911 del 21/09/1988, entre muchos otros).

En este orden de ideas, bien vale destacar que la mera disconformidad con la interpretación judicial sin fundamentar la oposición, ni concretar en forma detallada los errores u omisiones del pronunciamiento apelado no constituye la crítica para la que prescribe la norma (conf. CNCiv., esta Sala, 15/11/1984, LA LEY 1985-B-394; íd. Sala D, 18/05/1984, LA LEY 1985-A-352; íd. Sala F 15/02/1968 LA LEY 131-1022; íd. Sala G, 29/07/1985, LA LEY 1986-A-228, entre otros).

Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través de los cuales la accionante pretende fundar su recurso respecto de la cuantificación de las partidas por "tratamiento psicológico", "daño moral" y "gastos de traslado, farmacia, médicos y de anestesia", no logran cumplir —siquiera mínimamente— con los requisitos referidos. En puridad, la accionante se limitó a realizar distintas citas jurisprudenciales sin efectuar consideraciones concretas vinculadas al caso de autos y a peticionar que se actualicen las sumas otorgadas en el instancia de grado, cual si la devaluación de la moneda fuera una consideración que debería ponderarse a la hora de fijar la cantidad de una indemnización.

En base a lo expuesto, propondré al acuerdo declarar desiertos los recursos que hacen a las partidas de referencia y limitar el estudio de la presentación de la accionante exclusivamente en lo que hace a la partida por "incapacidad sobreviniente".

III. Considerando los planteos formulados por las partes, razones de orden práctico de las cuestiones a abordar, y a efectos de beneficiar a la claridad del presente voto, comenzaré realizando un breve recuento de los antecedentes que no se encuentran discutidos.

En el mes de junio de 2015, la actora concurrió al consultorio de la Dra. M. J. B. por un cuadro de hipomastia bilateral, con el fin de mejorar su aspecto estético y lograr simetría entre sus mamas mediante la colocación de implantes.

Luego de realizados los estudios pre-quirúrgicos de rigor, se programó la cirugía para el 6 de agosto en el Instituto Quirúrgico Laser. La intervención convenida consistía en una pexia y aumento de mamas con prótesis siliconadas.

La operación fue llevada a cabo en el día pactado, sin que surjan del parte quirúrgico la existencia de complicaciones. Sin embargo, la evolución de la paciente no fue la esperada. Las heridas no cicatrizaron correctamente, sino con dehiscencias, y acabó sufriendo una infección por enterococcus faecalis y staphylococcus aureus.

En lo que hace a los controles postoperatorios, el primero fue realizado a los dos días de la intervención, cuando se le retiraron los vendajes y se realizaron curaciones con pervinox, dejándose constancia en la historia clínica que las heridas quirúrgicas se presentaban de vitalidad conservada.

En el control realizado al quinto día del postoperatorio, la médica tratante evidenció epidermólisis de cicatriz verticalenmama izquierda, por lo que le indicó curaciones con platsul.

En el siguiente control del 15 de agosto, la Dra. B. dejó constancia que la paciente presentaba una mala evolución de las cicatrices en mama izquierda con dehiscencia, indicando curaciones con spray.

Transcurridos doce días de postoperatorio se efectuó un nuevo control, de cuyo detalle surge que se retiró tejido fibrinoide y se presentaron evidencias de necrosis, prescribiéndose que la paciente continúe con reposo.

En la siguiente constancia de atención médica, a los 19 días del post-operatorio, se dejó asentada la existencia de granulante en fondo y bordes, sin signos de infección.

No obstante ello, el 27 de agosto de 2015 la actora se comunicó con la Dra. B., debido a que las heridas no cerraban, sino todo lo contrario, se estaban abriendo cada vez más. En razón de ello, la profesional decidió re-operar a la actora el 28 de agosto en el Instituto Quirúrgico Laser, a efectos de retirarle las prótesis y limpiar la zona. En el parte quirúrgico se dejó constancia que se realizaría una "revisión de cirugía por mala evolución", con diagnóstico preoperatorio de dehiscencia de herida quirúrgica.

Transcurrido el primer día de post operatorio, el 29 de agosto, la accionante concurrió al control. Se le retiraron los drenajes y vendajes y se le recetó un antibiótico de amplio espectro, bactrim forte.

Con posterioridad a ello, el último registro que consta en la historia clínica labrada por la médica demandada data del 31 de agosto, en el que dejó constancia que la paciente no concurrió para muestras de cultivo.

Ese mismo día, es decir, el 31 de agosto, la actora concurrió al Hospital Británico a mantener una interconsulta con el jefe del área de cirugía plástica, Dr. Francisco G. Errea, por presentar fiebre, supuración en ambas mamas y salpullidos en el cuerpo. Dicho profesional decidió internar a la paciente y derivarla de urgencia a infectología, donde le realizaron estudios de laboratorio y cultivos.

El 1° de septiembre, la accionante fue intervenida quirúrgicamente por tercera vez, pero en esta oportunidad en el Hospital Británico, realizándosele un toilette mamario. También se extrajo material para cultivo.

La evolución de esta intervención fue favorable, sin fiebre, con disminución de eritema, con secreción en mama derecha pero no en la mama izquierda.

El 3 de septiembre se recibieron los resultados del cultivo realizado en el Hospital Britanico, con resultado positivo para Staphylococcus Aereus y Enterococcus faecalis (ver fs. 638). Se decidió su aislamiento y tratamiento antibiótico específico.

La posterior evolución fue favorable, realizándose una última curación local el 5 de septiembre. El 7 de septiembre, los especialistas de infectología le otorgaron el alta con indicación de antibioterapia oral con aminociclina y amoxicilina e iruxol ungüento y control a las 48 hs.

El 22 de septiembre fue sometida a una nueva intervención en el Hospital Británico, con el objetivo de realizar una reconstrucción mamaria post infección de mastoplastía de aumento. La cirugía se realizó sin complicaciones, realizando controles periódicos hasta el 18 de noviembre de 2015 fecha en la que recibió el alta médica definitiva.

IV. Teniendo presente estos antecedentes, procederé a dar respuesta a los agravios vinculados a la imputación de responsabilidad.

La profesional demandada y su empresa citada en garantía desarrollaron sus quejas bajo cinco tópicos centrales: 1) la intervención quirúrgica; 2) el post-operatorio; 3) el consentimiento informado; 4) el abandono del tratamiento; y 5) la historia clínica. Ahora bien, sin perder de vista los esfuerzos explicativos realizados en lo que hace a los tópicos 1, 3, 4 y 5, lo cierto es que la lectura global de las actuaciones revela que el núcleo de la imputación de responsabilidad efectuado en la instancia de grado reside en el plan médico-asistencial brindado a la paciente como respuesta a la infección que desarrolló con posterioridad a la intervención quirúrgica del 6 de agosto de 2015.

Con relación a ello, la médica demandada y su empresa aseguradora afirmaron que el tratamiento local realizado para palear las dehiscencias con las que evolucionó la accionante fue ajustado al cuadro que presentaba, argumentando que este tipo de patología no remite necesariamente a una causa subyacente. A su vez, añadieron que cuando la profesional lo consideró pertinente se estableció un plan antibiótico de amplio espectro que cubría las bacterias que infectaron a la accionante y que fueron posteriormente detectadas por los estudios realizados en el Hospital Británico.

Para dar respuesta a estos planteos, comenzaré señalado que, más allá de los extensos párrafos dedicados a la expresión de agravios, los apelantes no lograron explicar por qué no se solicitaron los estudios pertinentes cuando a las 72 hs. de post operatorio surgieron evidencias de epidermólisis, a efectos de diagnosticar y actuar en consecuencia.

Creo pertinente reseñar que el perito especialista en cirugía plástica, Dr. Ricardo Néstor Casco, explicó que los primeros signos de una infección peri-quirúrgica son epidermólisis, separación de los bordes de la herida, cambio de coloración de la piel adyacente a morado o chocolate y exteriorización de líquidos sanguinolentos o sañosos; y, en cuanto al plan médico que debe seguirse en tales casos, refirió: "lo habitual ante una epidermólisis es una revisión de la herida y aspiración para bacteriológico y hongos. No descartar infecciones mixtas con virus o iniciales virales sobreinfectadas por bacterias dado que las bacterias dan producción de pus abundante…Asimismo, una ecografía de urgencia y una aspiración para bacteriológico micológico y antibiograma deben ser consecutivo al examen mamario en directo". Por último, resaltó "la epidermólisis es un signo de alarma que nos indica que la primer barrera contra una infección postquirúrgica se ha roto".

Entonces, si solo confrontamos estas apreciaciones periciales con la actitud adoptada por la Dra. B., queda a la vista el incumplimiento a las reglas del arte y la profesión, en tanto nunca solicitó los estudios detallados por el perito para evaluar el cuadro de la paciente. No lo hizo en el primer control en el que evidenció la epidermólisis, ni en los posteriores.

Puntualmente, de la historia clínica labrada por la mencionada profesional surge que la accionante evolucionó con epidermólisis desde las 72 hs. del postoperatorio, pero no existen registros de que haya tomado ello como un signo de alarma, pues no requirió un análisis bacteriológico ni un antibiograma. Muy por el contario, sus indicaciones médicas se limitaron a recetar curaciones con platsul y reposo.

Es aquí donde yace el núcleo de la imputación de responsabilidad. Frente a las características de la evolución de la paciente (principalmente al verificarse la existencia de una epidermólisis), las reglas del arte de curar le imponían a la médica tratante adoptar un criterio de evaluación más exhaustivo, y verificar el origen de la patología para establecer un rápido y adecuado plan de acción.

Por otro lado, debo señalar que las argumentaciones vinculadas a la posibilidad de que la patología tenga distintos orígenes resultan contrarias a los propios intereses de las apelantes. Si en su expresión de agravios afirmaron que "...no todas las epidermólisis tienen origen infeccioso, sino que las hay de origen vascular y que ceden contratamiento local...", no se explica por qué no se estudió de dónde provenía la patología, para así establecer un correcto diagnóstico y un tratamiento específico.

La decisión médica de atacar la epidermólisis con tratamiento local sin haber indagado la causa que la generaba fue imprudente y trajo rápidas consecuencias. En efecto, el cuadro de la accionante empeoró al punto tal que sus heridas se abrieron dejando expuestas las cicatrices dehiscentes y tejidos necrosados.

Por ello, insisto, si reconocieron que el cuadro podía tener múltiples orígenes, lo primero que debió realizarse es un estudio especializado a efectos de indagar por qué se presentaba esta señal de alarma con apenas 72 hs. de post operatorio. Es precisamente para ello que, como bien lo señaló el perito, debía ordenarse una ecografía de manera urgente y una aspiración para bacteriológico, micológico y antibiograma (cfr. fs. 661). Conocer el origen de la patología es lo que le hubiera permitido a la profesional establecer un plan de atención adecuado, como el que acabaron adoptando los profesionales del Hospital Británico.

Los apelantes caen en la misma incongruencia expositiva recién señalada cuando se afirma que "la dehiscencia de una herida no siempre remite a una causa subyacente y puede solucionarse con tratamiento local". Nuevamente entiendo que esta afirmación tampoco resulta favorable a sus intereses. Al hacer referencia a que este cuadro podría (o no) haber tenido una causa subyacente, lo que deja en evidencia es que su deber profesional era, precisamente, averiguar cuál era la causa. Máxime, al advertir que el tratamiento local que prescribió no daba resultados. Sobre este punto, si bien el perito reconoció que "una dehiscencia de herida primaria puede ocurrir como consecuencia de decúbito de la prótesis sobre la incisión vertical de una pexia por implante, cuando el plano inmediato mas profundo no es de conformación adecuada...", lo cierto es que el deber de la médica tratante era corroborar mediante los estudios correspondientes a qué remitía la evolución tórpida de la accionante. Aquí también queda expuesta la culpa de la profesional, dado que decidió no estudiar el cuadro y solo fijó un esquema de tratamiento local de las heridas sin información precisa. Por consiguiente, no existió un diagnóstico adecuado y, como lógica consecuencia, las chances de caer en un equivocado programa de curación se potenciaron.- Continuando con la expresión de agravios de la emplazada, tampoco encuentro acertada la afirmación mediante la cual sostuvo que "...cuando se consideró pertinente se indicó antibiótico de amplio espectro que cubría las dos bacterias halladas en laboratorio". Las constancias del caso demuestran que la ingesta del antibiótico de amplio espectro al que se hace referencia fue indicada recién el 28 de agosto, mientras que el cuadro infeccioso de la accionante ya había dado signos a las 72 hs. del post operatorio (el 9 de agosto). Ello demuestra que, cuanto menos, existió una demora en la decisión, y además —valga reiterar— fue tomada sin realizar las evaluaciones pertinentes, es decir, sin conocer con precisión cuál era el agente que estaba generando la infección.

Por tal razón, el cuadro no mejoró, sino que continuó empeorando hasta generar necrosis en los tejidos mamarios. Prueba de ello son las fotografías acompañadas con la demanda.

Es recién con la interconsulta que la accionante realizó en el Hospital Británico (después de que haber sufrido la extracción de sus prótesis) que su cuadro infeccioso encontró cause. A su ingreso a la institución sí se le realizaron exámenes bacteriológicos y antibiograma, cuyo resultado permitió abordar adecuadamente la patología, hasta dominarla y posteriormente realizar una cirugía plástica reconstructiva (cfr. fs. 669).

En suma, existe un elemento más que demuestra el desacierto del plan asistencial llevado adelante por la demandada, que es, justamente, que los profesionales del Hospital Británico utilizaron antibióticos específicos para tratar el cuadro infeccioso y no el antibiótico de amplio espectro que había sido recetado por la Dra. B. (cfr. fs. 687).

Desde otro enfoque, los quejosos sostienen que la bacteria que afectó a la accionante no habría ingresado a su organismo en el marco de la intervención quirúrgica, sino como producto del contacto con la materia fecal de su hijo, pretendiendo con ello introducir una causal de exoneración de responsabilidad. Diré al respecto que este argumento no solo no encuentra respaldo probatorio, sino que además resulta inconducente. El achaque de responsabilidad que se le imputa a la profesional tratante no se vincula con el origen de la patología, sino con la respuesta médico-

asistencial brindada. Por tanto, la forma en que ingresó la bacteria al organismo de la accionante no es un elemento que pudiera (eventualmente) exonerar de responsabilidad a la Dra. B.

Aquí no se está evaluando la aptitud profesional a la hora de la intervención quirúrgica, tampoco entra en ponderación cual ha sido el foco infeccioso. Lo que está bajo análisis son las decisiones profesionales tomadas por la Dra. M. J. B. con posterioridad a la cirugía, cuando el cuadro ya estaba dando sus primeras alarmas y decidió atacarlo de manera local sin realizar los estudios correspondientes.

Es precisamente esa actitud imprudente la que acarrea responsabilidad, dado que el equivocado enfoque terapéutico acabó derivando en un agravamiento del cuadro que determinó que la accionante deba ser sometida a tres intervenciones más. Tal es así que el experto designado en autos concluyó: "*prima facie*, el resultado no parece avalar el tratamiento de la Dra. B. como exitoso, ya que esperaba la cicatrización por segunda y nunca una herida cierra si subyace material necrótico e infeccioso, puesto que naturalmente el cuerpo intenta expulsarlo y el lugar más natural y fácil para el cuerpo es hacerlo por las heridas quirúrgicas..." (cfr. fs. 694).

En definitiva, considero que los esfuerzos realizados en la expresión de agravios bajo los tópicos "la intervención quirúrgica" , "el consentimiento informado" , "el abandono del tratamiento" y "la historia clínica" , se encuentran equivocadamente direccionados. Y, además, aquellos vinculados al actuar de la médica tratante en la atención del postoperatorio no encontraron respaldo en las constancias probatorias rendidas.

Solo a mayor abundamiento diré que las simples fichas adunadas por la médica demandada no logran cumplir con los requisitos de los arts. 12, 15, 16, 17 y concordantes la ley 26.529. No son completos, no aparecen ordenados temporalmente y siquiera se encuentran suscriptos por la profesional (ver fs. 502 bis/ 503).

Recordaré que en esta clase de pleitos, la historia clínica es un elemento de suma importancia y su ausencia o sus deficiencias no hace más que traducirse en una presunción en contra de la profesional, dado que en estos procesos debe exigírsele a los profesionales una amplia colaboración en la dilucidación de los hechos. Es aquí donde cobra fuerza la teoría de las cargas probatorias dinámicas; puesto que la prueba es un quehacer común que pesa por igual sobre ambas partes, las reticencias, las reservas y la obstrucción en la búsqueda de la verdad son inadmisibles. En este sentido, si bien el Cód. Civ. y Comercial no resulta aplicable al supuesto, considero que el principio contenido en el art. 1735 resulta una pauta interpretativa que debe ser considerada, siendo que en ella se faculta al juez a distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Luego, siendo que las constancias con las que se cuenta no demuestran que la profesional demandada haya ordenado los estudios complementarios señalados por el perito cuando se produjo la primera señal de alarma, ni los programó en los siguientes controles postquirúrgicos, la presunción en su contra se torna operativa.

Resumidamente, considero que ninguna de las defensas formuladas en la expresión de agravios tiene correlato en la prueba producida. Luego, recordaré que la culpa profesional no es más que la impericia, negligencia o imprudencia en el ejercicio de la profesión, que no es otro tipo que la regulada por los principios generales de la culpa. Por lo que la diligencia exigible al profesional en el arte de curar debe ajustarse a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 del Cód. Civil).

En el presente, resultó determinante que no se hayan realizado los estudios correspondientes al evidenciarse los primeros signos de una evolución postoperatoria tórpida, que como lógica consecuencia acarreó la inexistencia de un diagnóstico preciso y un incorrecto tratamiento. La pericial acabó demostrando que M. J. B. debió ordenarle a la actora una ecografía de urgencia cuando presentó epidermólisis, siendo necesario realizar análisis bacteriológico, micológico y antibiograma, para diagnosticar y tratar correctamente el cuadro. Se suma a ello que nunca confeccionó una apropiada historia clínica de la paciente, quedando evidenciado que los únicos registros que guardó de la atención brindada eran las simples fichas de fs. 502 bis/ 503 que no cumplen con los requisitos legales.

En base a estas consideraciones me encuentro persuadido de que el accionar de la profesional configuró el hecho generador de responsabilidad por el que debe responde con arreglo a lo normado por los arts. 511, 512, 902 y concordantes del Cód. Civil (arts. 1721, 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). A la luz de las constancias analizadas, la contravención a elementales reglas del arte de curar aparece así evidente y no requiere de otro tipo de consideraciones.

En definitiva, considero que debe confirmarse la atribución de responsabilidad fijada en la instancia de grado respecto de M. J. B., condena que debe hacerse extensiva a "Seguros Médicos SA" en virtud de lo normado por el art. 118 de la ley 17.418.

V. Pasaré ahora a analizar los agravios vinculados a los rubros indemnizatorios.

a) Incapacidad psicofísica sobreviniente: En lo que hace a las quejas de la accionante vinculadas al pedido de cuantificación autónoma de la indemnización otorgada por los conceptos de daño físico y del daño psíquico, encuentro a su crítica infundada. La sentencia de grado resulta sumamente clara en cuanto a la valoración diferenciada de ambos aspectos, y en ningún caso se evidencia que su cuantificación en conjunto implique una merma en la acreencia de la damnificada.

En su queja, la accionante no logra explicar cómo es que la fijación de una única suma para enjugar el aspecto físico y psíquico del reclamo contraría el principio de reparación integral al que hace referencia. Nada más alejado de la realidad.

En efecto, coincido con el anterior sentenciante cuando expuso, con cita de esta Sala, que el porcentaje incapacitante padecido por el damnificado repercute unitariamente en su persona, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos "físico y psíquico", porque, en rigor, si bien conforman dos índoles diversas de lesiones, las mismas se traducen en el mismo daño, que consiste en la merma patrimonial que sufre la víctima por la disminución de sus aptitudes para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (conf. esta Sala en Libres N° 261.021 del 02/03/2000; N° 299.193 del 31/08/2000; N° 326.844 del 27/08/2001 y en "Mena, Manuel A. c. Lobelos, Eduardo C. y otros s/ daños y perjuicios" y "Lobelos, Eduardo C. y otros c. Mena, Manuel A. s/ daños y perjuicios", N° 59.442/2007 y N° 44.457/2009, del 05/06/2020, entre muchos otros).

Por estas razones, no atenderé la petición de la actora.

Igual temperamento adoptaré en cuanto a las críticas mediante las que solicitó la diferenciación de la lesión estética y el daño físico, y la autonomía del daño psicológico respecto del daño moral, puesto que la lectura del fallo en crisis demuestra que ellas resultan totalmente desacertadas, dado que el anterior magistrado no aunó dichas partidas, sino que fueron valoradas y cuantificadas de manera autónoma, por ser conceptos independientes.

Desde otro enfoque, las partes alzan sus quejas contra la suma de pesos ciento cincuenta mil ($150.000) reconocida por esta partida; la accionante por considerarla exigua y la demandada y la citada en garantía por entenderla excesiva.

Cabe señalar que esta partida está dirigida a establecer la pérdida de potencialidades futuras, causadas por las secuelas permanentes y el resarcimiento necesario para la debida recuperación, teniendo fundamentalmente en cuenta las condiciones personales del damnificado, sin que resulte decisivo a ese fin el porcentaje que se atribuye a la incapacidad, sino que también debe evaluarse la disminución de beneficios, a través de la comparación de las posibilidades anteriores y ulteriores. A tal efecto, no pueden computarse las meras molestias, estorbos, temores, recelos, fobias, que casi siempre son secuelas propias de este tipo de accidentes (conf. esta Sala, mi voto en libres N° 465.124, N° 465.126 del 12/03/2007, N° 527.936 del 24/06/2009, N° 583.165 del 12/04/2012, N° 620.522 del 01/10/2013, Exptes. N° 70.722/09 del 16/06/2014 y N° 9379/12 del 01/10/2015, entre muchos otros).

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 (cfr. 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.).

Debe repararse en el aspecto laboral, la edad, su rol familiar y social; es decir, la totalidad de los aspectos que afectan la personalidad (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil", Obligaciones, T. IV-A, p. 129, núm. 2373; Trigo Represas en Cazeaux - Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", T. III, p. 122; Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", T. I, p. 150, núm. 149; Mosset Iturraspe, Jorge "Responsabilidad por daños", T. II-B, p. 191, núm. 232; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio - Zannoni "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", T. V, p. 219, núm. 13; Alterini - Ameal - López Cabana "Curso de Obligaciones", T. I, p. 292, núm. 652).

Es cierto que la edad de la víctima y sus expectativas de vida, así como los porcentajes de incapacidad, constituyen valiosos elementos referenciales, pero no es menos cierto sostener que el resarcimiento que pudiera establecerse, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (conf. CNCiv., Sala F, L-208.659, del 04/03/1997, voto del Dr. Posse Saguier).

Ello, por cierto, concuerda con las pautas de valoración establecidas en el art. 1746 del Cód. Civ. y

Com. de la Nación, sancionado por la ley 26.994, que comenzó a regir el 1° de agosto de 2015 (según la ley 27.077), en tanto que "para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que estas puedan tener en su vida laboral y de relación" (conf. Lorenzetti, Ricardo L. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", T. VIII p. 528, comentario del Dr. Jorge Mario Galdós al art. 1746).

Adoptados estos principios, y a fin de decidir sobre la procedencia o no de las alegaciones de los recurrentes, deviene necesario reparar en los informes periciales rendidos.

En primer lugar, me detendré en señalar que el informe rendido por el Dr. Ricardo Néstor Casco solo evidenció la existencia de una lesión estética, pero bajo ningún supuesto puede entenderse que el porcentual indicado por el experto implique una secuela física incapacitante, pues no se dictaminó en tal sentido. En efecto, vale destacar que ninguna de las apelantes solicitó siquiera un punto de pericia para el perito que se expidiera sobre la existencia o no de secuelas físicas incapacitantes, lo cual explica por qué no se realizaron precisiones al respecto (ver fs. 343 vta./345; 484 vta. y 526/527).

Vale destacar que, como bien indicó el anterior Magistrado, la lesión estética carece de autonomía y se trata de un detrimento que puede tener proyecciones —potencialmente— tanto en el daño material como en el daño espiritual (conf. Zavala de González, Matilde, Daños a la persona, Integridad psicofísica, Hammurabi, p. 225). Pero, como precisó el anterior sentenciante —con buen criterio—, las particulares características del caso no conducen a reconocer el daño estético como generador de incapacidad física sobreviniente. Es en razón de ello que explicó que el porcentual indicado por el experto sería considerado a la hora de enjugar la partida por daño moral (ver fs. 838, segundo párrafo).

De este modo, dado que el alcance del conocimiento de esta Alzada se limita a las objeciones realizadas por los apelantes y que en los recursos interpuestos no se cuestionó esta forma de tratar el rubro, no es posible apartarse del método utilizado por el colega de primera instancia.

Consecuentemente, los agravios vertidos sobre el aspecto físico del reclamo serán desechados.

En lo que respecta a la faz psicológica, repararé en lo informado por la perito psicóloga, Lic. Aída Mónica Schwatz. Luego de haber mantenido una entrevista personal con la actora y de realizar los test de dibujo libre, HTP, Familia Kinética, Test de relaciones objetales, cuestionario desiderativo y escala de esperanza de Beck, concluyó que: "El evento padecido por la actora y sus consecuencias han influido en su estado de salud psíquica…La actora Sra. P. ha experimentado un acontecimiento caracterizado por amenaza para su integridad física… Las técnicas de evaluación psicológica implementadas arrojaron indicadores compatibles con la vivencia del daño psicológico vinculado con el evento padecido…". Siguiendo los criterios diagnósticos del DSM IV, la perito designada en autos determinó que la actora padece trastorno por stress postraumático que le significa un treinta por ciento (30 %) de incapacidad psicológica (cfr. fs. 624).

Advertiré que no enervan lo expuesto por la idónea las observaciones que fueron realizadas por la emplazada y la citada en garantía tanto en oportunidad de contestar el traslado de la pericia como al momento de introducir sus quejas, pues estimo que el peritaje se encuentra suficientemente fundado en principios técnicos que no han logrado ser desvirtuados, dado que las objeciones presentadas por los emplazados se configuran como meras apreciaciones subjetivas, insuficientes para conmover las conclusiones técnicas que arrojaron los informes periciales. Máxime, de solo reparar en que ninguna de ellas ha contado con el aval de un especialista en la materia.

Por ello, habré de otorgar al informe la fuerza probatoria del art. 477 del Código Procesal, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 386 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, a la hora de graduar la partida, aclararé que participo del criterio jurisprudencial que relativiza el valor probatorio de los porcentajes de incapacidad. Considero que si bien constituyen un dato de importancia a los efectos de orientar al juzgador, lo cierto es que no obligan a este, a quien, en definitiva, lo que le interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria es determinar previamente la medida en que la disfunción puede repercutir patrimonialmente en la situación de la víctima, a cuyo fin no podría sujetársele a estrictas fórmulas matemáticas que, en general, no son aptas para traducir fielmente el verdadero perjuicio que el ilícito provocó en el damnificado (conf. Sala A, L. N° 250.357 del 04/02/1999, L. N° 509.931 del 07/10/2008, L. N° 585.830 del 30/03/2012, L. N° 615.638 del 12/08/2013, Exptes. N° 93.402/11 del 09/05/2014 y N° 107.170 del 01/10/2015, entre otros).

En este sentido, el Máximo Tribunal sostuvo 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, Fallo: 310:1826).

En este contexto, a la luz de la incapacidad efectivamente padecida, recurriendo a antecedes análogos de esta Sala que resultan una pauta objetiva de valoración y haciendo uso de la facultad contenida en el art. 165 del Código Procesal, considero prudente elevar el monto reconocido en la instancia de grado a la suma de pesos dos millones ciento setenta y cinco mil ($2.175.000).

No paso por alto que los montos que allí se fijaron exceden el reclamo inicial. Pero lo cierto es que al introducirse la demanda, se supedito la partida a lo que en más o en menos resulte de la prueba, de modo que al acreditarse con las probanzas rendidas un perjuicio mayor al estimado en un principio, me persuade de la necesidad de confirmar la adecuada apreciación de los montos indemnizatorios establecidos en la instancia de grado.

b) Daño moral: En lo que hace a las quejas de la demandada vertidas sobre este apartado, no advierto la crítica concreta y razonada que impone el art. 265 del Código Procesal.

En su presentación, la demanda se limita a efectuar citas jurisprudenciales que versan sobre la improcedencia de la partida pero que en nada se vinculan con el caso concreto de autos. A la par, todas las consideraciones efectuadas en su escrito se relacionan exclusivamente con la imputación de responsabilidad, pero nada se dice respecto de cuál sería el yerro del anterior sentenciante al otorgar esta partida y cuantificarlo en la suma de pesos ciento cincuenta mil ($150.000).

En base a lo expuesto y siguiendo las pautas señaladas en el punto II del presente voto, propondré al acuerdo declarar desiertos los recursos formulados respecto de este rubro.

c) Gastos de traslado, farmacia, médicos y de anestesia: En lo que respecta a los agravios formulados bajo este ítem resarcitorio, advierto una situación similar a la puesta de resalto en los párrafos precedentes, con la salvedad de que la única mención concreta al caso de autos resulta desacertada. Puntualmente, la demandada y la citada en garantía sostienen que la partida fue fijada sin apoyo en las constancias de autos, y, si bien reconocen que la ley autoriza a otorgar este capital cuando la entidad de las lesiones hace presumible la existencia de gastos de traslado, farmacia y médicos, argumentaron que no puede fijarse la excesiva suma de pesos treinta mil ($30.000) sin apoyo en algún elemento que justifique las erogaciones.

Sin embargo, lo apuntado por los apelantes carece de asidero. El sentenciante de grado hizo especial mención a las constancias de la historia clínica remitida por el Hospital Británico y a la contestación de oficio de fs. 562/564, mediante la cual el Cirujano Plástico, Dr. Francisco Gabriel Errea, corroboró la autenticidad de la factura acompañada por la demanda por un costo de pesos veinte mil ($20.000), en concepto de honorarios médicos.

Consecuentemente, entiendo que las quejas vertidas sobre este punto no alcanzan el piso mínimo establecido por el art. 265 del Código Procesal, por lo que propondré al acuerdo declararlas desiertas.

VI. Respecto a los agravios referidos a la tasa de interés a aplicar, de acuerdo a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Civil en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" del 20/04/2009 y lo dispuesto por el art. 303 del Código Procesal (según ley 27.500), sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

El citado fallo plenario prevé la utilización de la mencionada tasa, salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.

En función de lo allí dispuesto, he venido sosteniendo que, en los casos en que la cuantificación de los rubros se ha realizado a valores vigentes a la fecha de la sentencia apelada, corresponde aplicar un interés puro del 8% anual desde la mora y hasta la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial.

Sin embargo, la realidad del mercado financiero, contingente y variable, me llevó a revisar el criterio que he venido utilizando, pues considero que la tasa de interés establecida en el mencionado fallo plenario no altera, actualmente, el contenido económico del capital establecido en la sentencia.

En función de lo expuesto, entiendo que desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago, deben calcularse los intereses a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Ello, claro está, sin pasar por alto que el cómputo de los intereses de los tratamientos futuros deberá realizarse en los términos fijados en la instancia de grado, dado que no ha existo agravio concreto sobre tal punto.

VIII. En cuanto a las costas de primera instancia considero que debe confirmarse la imposición fijada en la instancia de grado, tanto en lo que hace al rechazo de la demanda contra "Instituto Quirúrgico Laser SA" y su aseguradora, como en lo que respecta al progreso de la acción contra la profesional demandada y su empresa citada en garantía.

A su vez, respecto a las de Alzada, propondré que sean impuestas de acuerdo al siguiente detalle:

- las vinculadas con los recursos deducidos por "Instituto Quirúrgico Laser" se resuelven sin imposición de costas, por no haber mediado oposición.

- respecto de los recursos de la accionante, en atención a la forma en que se decide, deberían imponerse en un ochenta por ciento (80%) a su cargo y en el veinte por ciento (20%) restante en cabeza de la profesional demandada y la citada en garantía, dada la existencia de vencimientos parciales y mutuos (art. 71 del Código Procesal).

- por último, con relación a los recursos de la médica demandada y de la citada en garantía, se deberían imponer a su cargo, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68, primera parte, del Código Procesal).

IX. En consecuencia, si mi opinión resulta compartida, debe modificarse parcialmente la sentencia de grado, elevándose la suma reconocida por "incapacidad sobreviniente" a la de pesos dos millones ciento setenta y cinco mil ($2.175.000) y confirmársela en todo lo demás que decide y fue materia de agravio.

Las costas de alzada deberían ser impuestas de acuerdo al siguiente detalle:

- las vinculadas con los recursos deducidos por "Instituto Quirúrgico Laser", sin imposición de costas, por no haber mediado oposición.

- respecto de las costas por los recursos de la accionante, deberían imponerse en un ochenta por ciento (80%) a su cargo y en el veinte por ciento (20%) restante en cabeza de la profesional demandada y la citada en garantía.

- por último, los gastos causídicos de los recursos de la médica demandada y de la citada en garantía, deberían fijarse a su cargo.

El doctor *Picasso* dijo:

I. Si bien coincido en líneas generales con el voto de mi distinguido colega el Dr. Li Rosi, disiento en lo atinente al rubro "incapacidad sobreviniente".

II. Me he expedido reiteradamente en el sentido de que, para valorar la incapacidad sobreviniente, resulta aconsejable el empleo de criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado (vid. mi voto en la sentencia de esta Sala *in re* "P. C., L. E. c. Alcla SACIFIyA. y otro s/ daños y perjuicios", L. N° 599.423, del 28/08/2012, LA LEY 2012-F, 132, al que cabe remitir en honor a la brevedad).

No otra cosa dispone ahora, expresamente, el art. 1746 del Cód. Civil y Comercial, específicamente aplicable a estos casos, por tratarse de una norma que no refiere a la constitución de la relación jurídica *sub examine*, sino a las consecuencias de ella (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Cód. Civ. y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Segunda parte, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 234).

Esta norma —en cuya redacción participé personalmente, en tanto miembro del grupo de trabajo que asesoró a la Comisión de Reformas en materia de responsabilidad civil— es terminante en disponer que los jueces deben aplicar fórmulas matemáticas para evaluar el lucro cesante derivado de una incapacidad sobreviniente. Es que no existe otra forma de calcular "un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades" (art. 1746, recién citado). Por lo demás, esa es la interpretación ampliamente mayoritaria en la doctrina que se ha ocupado de estudiar la citada norma (López Herrera, Edgardo, comentario al art. 1746 en Rivera, Julio C. (dir.) - Medina, Graciela (dir.) - Esper, Mariano (coord.), Cód. Civ. y Com. de la Nación comentado, LA LEY, Buenos Aires, 2014, T. IV, p. 1088/1089; Picasso Sebastián - Sáenz Luis R. J., comentario al art. 1746 en Herrera, Marisa - Caramelo,

Gustavo - Picasso, Sebastián (dirs.) Cód. Civ. y Com. de la Nación Comentado, Infojus, Buenos Aires, 2015, T. IV, 9. 461; Carestia, Federico S., comentario al art. 1746 en Bueres, Alberto J. (dir.) - Picasso, Sebastián - Gebhardt, Marcelo (coords.), Cód. Civ. y Com. de la Nación y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, T. 3-F, p. 511; Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2018, T. III, p. 335; Picasso, Sebastián - Sáenz, Luis R - J., Tratado de Derecho de Daños, LA LEY, Buenos Aires, 2019, T. I, p. 440 y ss.; Pizarro, Ramón D. - Vallespinos Carlos G., Tratado de responsabilidad civil, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T. I, p. 761; Ossola, Federico A., en Rivera, Julio C. - Medina, Graciela (dirs.), Responsabilidad Civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016. p. 243; Azar, Aldo M. - Ossola, Federico, en Sánchez Herrero, Andrés (dir.) - Sánchez Herrero Pedro (coord.), Tratado de derecho civil y comercial, LA LEY, Buenos Aires, 2018, T. III, p. 560; Acciarri, Hugo A., "Fórmulas y herramientas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad en el nuevo Código", LA LEY, 15/07/2015, p. 1; ídem, "Sobre el cómputo de rentas variables para cuantificar indemnizaciones por incapacidad", JA, 2017-IV, cita online: AR/DOC/4178/2017; Galdós, Jorge M, "Cuatro reglas sobre la cuantificación del daño patrimonial por incapacidad (el art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación)", RCyS, diciembre 2016, portada; Sagarna, Fernando A., "Las fórmulas matemáticas del art. 1746 del Cód. Civil y Comercial", RCyS 2017 - XI, 5; Carestia, Federico, "La incorporación de fórmulas matemáticas para la cuantificación del daño en caso de lesiones a la integridad psicofísica. Un paso necesario", elDial.com - DC2B5B).

El hecho de que el mecanismo legal para evaluar la incapacidad sobreviniente consiste ahora en la aplicación de fórmulas matemáticas es reconocido incluso por autores que en un primer momento habían sostenido que no era forzoso recurrir a esa clase de cálculos. Tal es el caso de Galdós, quien —en lo que constituye una rectificación de la opinión que expuso al comentar el art. 1746 en Lorenzetti, Ricardo L., Cód. Civ. y Com. de la Nación comentado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T. VIII, ps. 527/528, citado por mi colega— afirma actualmente: "el art. 1746 Cód. Civ. y Comercial ha traído una innovación sustancial pues prescribe que corresponde aplicar fórmulas matemáticas tendientes a calcular el valor presente de una renta futura no perpetua. A fines de cuantificar el daño patrimonial por incapacidad psicofísica (lo que también es aplicable al daño por muerte del art. 1745 Cód. Civ. y Com. de la Nación) las referidas fórmulas se erigen como un parámetro orientativo que no puede ser omitido por la judicatura a la hora de cuantificar los daños personales por lesiones o incapacidad física o psíquica o por muerte (...) Por consiguiente, conforme lo prescribe el art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación, resulta ineludible identificar la fórmula empleada y las variables consideradas para su aplicación, pues ello constituye el mecanismo que permite al justiciable y a las instancias judiciales superiores verificar la existencia de una decisión jurisdiccional sustancialmente válida en los términos de la exigencia consagrada en los arts. 3 y 1746, Cód. Civ. y Comercial (arts. 1, 2, 3, 7 y concs. Cód. Civil y Comercial)" (Galdós, Jorge M., su voto como juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, *in re* "Espil, María I. y otro c. Apilar SA y otro s/ Daños y perjuicios", causa N° 2-60647-2015, de fecha 17/11/2016).

En conclusión, por imperativo legal, el lucro cesante derivado de la incapacidad sobreviniente debe calcularse mediante criterios matemáticos que, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (y/o de la valuación de las tareas no remuneradas, pero económicamente mensurables, que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita al damnificado obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa que restaba al damnificado. Así se tiene en cuenta, por un lado, la productividad del capital y la renta que puede producir, y, por el otro, que el capital se agote o extinga al finalizar el lapso resarcitorio (Zavala de González, Resarcimiento de daños, cit., T. 2ª, p. 521).

Sentado que ese es ahora el criterio legal, señalo que, si bien los fallos y los autores emplean distintas denominaciones (fórmulas "Vuoto", "Marshall", etc.), se trata en realidad, en casi todos los casos, de la misma fórmula, que es la conocida y usual ecuación para obtener el valor presente de una renta constante no perpetua (Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", LA LEY, 09/02/2011, p. 2).

Emplearé entonces la siguiente expresión de la fórmula:

$$C = A. \frac{(1+i)^a-1}{i. (1 + i)^a}$$

Donde "C" es el capital a determinar, "A", la ganancia afectada, para cada período, "i", la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción conside-

rado, decimalizada (emplearé una tasa del 6%), y "a", el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva del damnificado.

Corresponde ahora aplicar estas directrices al caso de autos.

La perito psicóloga, Aída Mónica Schwartz, en su dictamen presentado el día 13/10/2017, concluyó que la actora, como consecuencia del hecho, sufrió un "Trastorno por stress postraumatico" (sic), lo que significa a la damnificada —según la experta— un 30% de incapacidad psicológica.

En esas condiciones corresponde recordar que, si bien el dictamen pericial carece de valor vinculante para el órgano judicial, el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquel debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos que objetivamente demuestren que la opinión de los expertos se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de la experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción del juzgador acerca de la verdad de los hechos controvertidos.

Por lo tanto, al resultar fundado el peritaje precedentemente reseñado, y no existir otra prueba de parejo tenor que lo desvirtúe, sin que las impugnaciones de la Sra. Bouvier, Seguros Médicos SA y Noble Compañía de Seguros SA logren controvertir eficazmente las conclusiones de dicho informe —al no haber sido avaladas por consultores técnicos, ni representar más que su apreciación subjetiva; vid. sus presentaciones del 23/11/2017 y 24/11/2017—, le otorgo pleno valor probatorio (art. 477, Código Procesal).

En cuanto a la faz física, el perito médico cirujano plástico, Ricardo Néstor Casco, afirmó que la Sra. Palopoli sufrió una lesión grave —sin indicar precisamente cuál— derivada de la cirugía, e indicó que la incapacidad sufrida por aquella es del 25% (vid. su dictamen de fecha 13/12/2017). En su sentencia, el juez decidió no considerar esta secuela a los fines de cuantificar la incapacidad sobreviniente —aunque sí el daño moral—, debido a que entendió que no se probó que la minoración en la estética de la víctima importe para ella una repercusión patrimonial negativa (fs. 817/844). En esta instancia, la damnificada ningún argumento ensaya tendiente a rebatir ese aspecto de la decisión, pese a que, en su demanda, su solicitud relativa a que se repare la incapacidad física sobreviniente únicamente abracó el aspecto estético (vid. fs. 337 y presentación del 04/08/2020).

Señalo, también, que al tiempo del accidente Antonela Soledad Palopoli tenía 29 años de edad.

Por otro lado, al no haber elementos fehacientes que demuestren cuál era la actividad laboral de la demandante al momento del hecho, corresponde justipreciar el posible ingreso de la actora acudiendo a la facultad que otorga a los magistrados el art. 165 del Código Procesal. Sin embargo, en ausencia de prueba concreta del monto del perjuicio, y, pese a poder acudir a la precitada facultad judicial, el importe en cuestión debe fijarse con parquedad, para evitar que pueda redundar en un enriquecimiento indebido de la víctima (esta Sala, 10/11/2011, "P., G. A. c. A., J. L. y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY 2011-F, 568; ídem, 25/11/2011, "E., G. O. c. Trenes de Buenos Aires SA y otro s/ daños y perjuicios", LA LEY 2012-A, 80 y RCyS 2012-II, 156). Por consiguiente, partiré para efectuar el cálculo de un ingreso actual y mensual de $21.600, correspondiente al salario mínimo, vital y móvil.

En definitiva, para determinar el quantum indemnizatorio de este rubro tendré en cuenta los siguientes datos: 1. Que el accidente acaeció cuando la actora tenía 29 años de edad, lo que arroja 46 años de vida productiva restantes —tomando la edad de 75 como máxima—; 2. Que el ingreso mensual actualizado de la demandante debe fijarse en la suma de $21.600, como ya lo mencioné con anterioridad; 3. Una tasa de descuento del 6% anual, equivalente a la ganancia pura que se podría obtener de una inversión a largo plazo, y 4. Que la incapacidad estimada, en este caso, es del 30%.

Por lo que los guarismos correspondientes a la fórmula antes mencionada quedarían establecidos del siguiente modo: $A = 84.240$; $(1 + i)^a - 1 = 13,590487$; $i. (1 + i)^a = 0,875429$.

En función de lo expuesto, y teniendo en cuenta el hecho de que la indemnización debe computar también la pérdida de la capacidad de la víctima para efectuar otras actividades no remuneradas, pero mensurables económicamente, propongo al acuerdo elevar el presente ítem a la suma de $1.500.000 (art. 165, Código Procesal).

III. En lo demás —como queda dicho—, adhiero al voto del doctor *Li Rosi.*

El doctor *Polo Olivera* dijo:

Comparto en lo sustancial el voto del distinguido vocal preopinante, doctor *Li Rosi.* Empero, encuentro una respetuosa diferencia en relación a la cuantificación de la partida correspondiente a la incapacidad sobreviniente y la tasa de interés fijada.

En lo atinente a la pauta para establecer numéricamente la partida de incapacidad sobreviniente, en su parte pertinente, el Cód. Civ. y Com. de la Nación 1746

establece que "en caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser valuada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término de un plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades", añadiendo luego que "en el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado".

Es categórica la norma en cuanto no concede más alternativa que acudir a fórmulas y criterios matemáticos, de lo cual puede extraerse que una decisión que no aplique ningún tipo de mecanismo actuarial será contra legem (Zavala de González, Matilde - González Zavala, Rodolfo, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni Ediciones, T. III, p. 335).

Por lo demás, explica Acciarri que estas fórmulas sirven para determinar el valor presente de una renta futura y constante no perpetua. Es decir, la suma de dinero presente que equivale a una serie de importes futuros, periódicos y homogéneos. Entonces, si se asume que los ingresos futuros del damnificado serán periódicos y homogéneos, y que alcanzarán un cierto monto por cada período, el valor de todas esas prestaciones futuras puede estimarse en una cantidad única presente que represente, invertida a una cierta tasa de interés, permitirá extraer exactamente al concluir el número de períodos tomados como base (Acciarri, Hugo A., Elementos de análisis económico del derecho de daños, ed. LA LEY, ps. 266/7).

Aun durante la vigencia del Código Velezano, ya existía jurisprudencia que aconsejaba el empleo de criterios matemáticos a los fines de valorar la incapacidad sobreviniente. Ello así, partiendo de los ingresos acreditados por la víctima (o de la valuación de las tareas no remuneradas que ella llevaba a cabo y se vio total o parcialmente imposibilitada de continuar desarrollando en el futuro), y computando asimismo sus posibilidades de incrementos futuros, lleguen a una suma tal que, invertida en alguna actividad productiva, permita a la víctima obtener mensualmente (entre ese margen de beneficios y el retiro de una porción del capital) una cantidad equivalente a aquellos ingresos frustrados por el hecho ilícito, de modo tal que ese capital se agote al término del período de vida económicamente activa del damnificado (CNCiv, Sala A, 28/08/2012, del voto de Picasso, *in re:* "P. C., L. E. c. Alcla SACIFIyA y otro s/ daños y perjuicios").

En otro orden de ideas, de la normativa de incumbencia emerge que el capital a determinar debe generar rentas suficientes para cubrir dos facetas: la disminución para desempeñar actividades productivas, y la disminución para desplegar actividades económicamente valorables. En efecto, deben considerarse todas las tareas útiles que quedan afectadas, aun parcialmente, por la lesión o incapacidad (Zavala de González - González Zavala, ob. cit., p. 336).

Varias denominaciones han empleado los fallos y la doctrina, incluso dependiendo de las distintas jurisdicciones, a la hora de aludir a la fórmula matemática ("Vuoto", "Marshall", "Las Heras - Requena", "Vuotto II o Méndez", "matemática" y/o "polinómica"). No obstante, Acciarri se encarga de evidenciar la equivalencia práctica de todas las distintas expresiones matemáticas aludidas (Acciarri, ob. cit., p. 266 y ss.). En realidad, en casi todos los casos se trata de la misma fórmula (Acciarri, Hugo - Irigoyen Testa, Matías, "La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidad y muertes", LA LEY 09/02/2011, p. 2).

Por ende, en la fórmula a aplicar debe determinarse el capital de acuerdo a la ganancia afectada para cada período, una tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado y el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima.

Vale decir, deben ponderarse diferentes elementos tales como la edad de la actora y los años restantes de vida productiva, el ingreso mensual —que en la especie no ha sido acreditado y por lo tanto considero que un parámetro objetivo a considerar resulta el salario mínimo vital y móvil a la fecha de hoy—, una tasa de descuento equivalente a la ganancia pura que podría obtenerse de una inversión a largo plazo, y el porcentual de la incapacidad estimado por la perito. Repárese en este sentido que el resultado de tal operación debe ser considerado como una pauta referencial a efectos de determinar la cuantificación del daño, estricto resorte jurisdiccional.

En orden a ello, teniendo en cuenta los parámetros delineados supra, y en función del resultado que emerge de la aplicación de la fórmula, el valor al que arribo para la cuantificación de esta partida se asemeja al monto que propone el Dr. Picasso a fin de establecer esta reparación; por ello, adhiero a la propuesta efectuada por mi par para que se eleve a la suma de Pesos Un millón quinientos mil ($1.500.000) el tópico en examen.

Por último, me permito hacer una breve aclaración respecto del criterio de mis distinguidos colegas en lo atinente a la tasa de interés aplicable al caso, aunque

mi postura no incida en la solución del caso atento a la mayoría que ellos conforman.

En este sentido, debo señalar que es criterio de la Sala G que integro como titular de la vocalía N° 20 que en casos como el presente —en donde los valores de la indemnización son fijados a valores actuales— la tasa que debe liquidarse es la del 8% anual desde la intervención dañosa hasta el dictado de la sentencia y de allí en adelante, hasta el efectivo pago, la tasa activa establecida en la doctrina plenaria emanada de los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" —del día 20 de abril de 2009— a fin de mantener incólume el contenido de la indemnización (conf. CNCiv., Sala G, CIV/96792/2009/CA1, del 22/12/2014). Ello, a fin de no distorsionar la ecuación financiera establecida para el cálculo del resarcimiento, replicando conceptos ya contemplados en la operación.

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede, se resuelve: modificar parcialmente la sentencia de grado, elevándose la suma reconocida por "incapacidad sobreviniente" a la de pesos un millón quinientos mil ($1.500.000) y se la confirma en todo lo demás que decide y fue materia de agravio. Las costas de Alzada se imponen de acuerdo al siguiente detalle: - las vinculadas con los recursos deducidos por "Instituto Quirúrgico Laser", sin imposición de costas. - respecto de los recursos de la accionante, se fijan en un ochenta por ciento (80%) a cargo de la apelante y en el veinte por ciento (20%) restante en cabeza de la profesional demandada y la citada en garantía. - por último, con relación a los recursos de la médica demandada y de la citada en garantía, se fijan a su cargo. Notifíquese en los términos de las Acordadas 31/2011, 38/2013 y concordantes, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN en la forma de práctica y devuélvase. — *Ricardo Li Rosi. — Sebastián Picasso. — Gastón M. Polo Olivera.*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Femicidio cometido por agente policial provincial. Utilización indebida de arma de fuego provista por la provincia. Daño moral por fallecimiento de madre.

1. — Corresponde atribuir a la responsabilidad del Estado por la actuación de sus órganos —en el caso un agente policial que mató a su pareja—, quien para la comisión del hecho —allende su naturaleza funcional o extrafuncional— ha utilizado el arma provista por primero, que, conforme el deber permanente de velar por la integridad física y los bienes de los ciudadanos, obliga al agente a la portación del arma reglamentaria, importando la extensión de ese deber, la consecuente responsabilidad de todos los ciudadanos, como integrantes del Estado, a responder por los daños y perjuicios que se generen en ese marco; pese a la utilización del arma en un acto privado.

2. — Cuando se ocasionan perjuicios a una persona como consecuencia del indebido uso de las armas de fuego, de titularidad de agentes de las fuerzas armadas, se genera la responsabilidad de la entidad pública oficial que los ha incorporado a sus filas, sin que sea causa de justificación el mero hecho de encontrarse de franco, puesto que tales agentes del Estado se hallan en situación particular. Dicha particularidad deriva de su obligación principal de prevenir el delito y de procurar la seguridad de todos los gobernados, en cualquier momento y en cualquier circunstancia, aún a riesgo de su vida o integridad personal resultando ella indivisible de la personalidad del policía.

3. — A efectos de cuantificar el daño moral, debe valorarse la naturaleza del hecho que las tiene a las actoras como testigos del asesinato de su madre, porque estaban en el hogar cuando ocurrió, escucharon las detonaciones y en los instantes siguientes presenciaron el cruento e inminente desenlace recién producido, con el inconmensurable impacto en los sentimientos que resulta propio atribuir a la percepción ocular del cadáver de su madre y del femicida en la puerta de su casa.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Homicidio de madre.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Observaciones: Las reclamantes son las hijas de la víctima.

Componentes del daño:

Daño patrimonial

Chance: Actor a): $1.018.457,33; Actor b): $$1.022.559,00

CCiv., Com. y Minería, General Roca, 30/04/2021. - M., T. N. y M., M. I. c. Provincia de Río Negro y otra s/ ordinario (tres cuerpos-p/c 33440-10).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11607/2021]

COSTAS

Se imponen al vencido.

Expediente 33439-10

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 30 de 2021.

El doctor *Soto* dijo:

1. La sentencia de primera instancia, extractada en forma textual en sus partes pertinentes; se expidió respecto de la demanda interpuesta a fs. 17/25, por la Srta. T. N. M. por derecho propio y por el Sr. M. O. M. en representación de su hija menor, M. I. M.; iniciando demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de Río Negro y la Policía de la Provincia de Río Negro, por la suma de $996.000,00.- más intereses. Se sostuvo allí que "...Que el hecho desencadenante ocurrió que el 19 de Agosto de 2008, aproximadamente a las 20:00 hs., cuando la Sra. E. N. M. se encontraba junto a sus dos hijas menores de edad, T. y M. I., en su vivienda ubicada en calle ... s/ ... del Barrio Virgen de Lujan de la localidad de Cervantes, cuando llegó D. C., concubino de M. por 12 años y padre de una hija menor con ésta última, y le solicita a M. que saliera unos minutos de la vivienda, escuchándose disparos posteriormente; encontrándose luego por una testigo los cuerpos sin vida de E. M. y D. C., quedando determinado por los testimonios que no existió discusión previa y que C. mató de un disparo a la Sra. M. —madre de las reclamantes— y posteriormente se quitó la vida... Sentencio: 1. Haciendo lugar a la demanda promovida por las Sras. T. N. M. y M. I. M. y en consecuencia condenando a la provincia de Río Negro y a la Policía de la provincia de Río Negro, a abonar la suma de pesos dos millones novecientos mil ($2.900.00,00) conforme la distribución realizada en los considerandos y con más los intereses allí establecidos, de conformidad a lo dispuesto por el art. 55 de la Constitución Provincial y el art. 23 de la Ley 5106 deberá la condenada, Provincia de Río Negro, arbitrar los medios necesarios para efectivizar el pago en el ejercicio inmediato a la fecha en que quedase firme la sentencia dictada en autos. 2. Imponiendo las costas al demandado vencido (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). 3. Difiriendo la regulación de honorarios de los profesionales hasta tanto se cuente en autos con planilla de liquidación firme a tal efecto, acorde los considerandos, a fin de realizar una regulación íntegra que incluya los honorarios complementarios (art. 19 LA - ver "Bonacchi R. y otro c. Embotelladora Comahue SA y otra s/ ejec. hon.", con cita de fallo STJ *in re* "Paparatto A, c. López G. y otros", publicado en J. C. de Cámara, T. 13, ps. 23/24). 4. Notifíquese y regístrese. Verónica I. Hernández Juez.

2. La parte demandada ha traído sus agravios, a través del SEON.

2.1. En el primero de los agravios, la demandada sostiene que se ha aplicado erróneamente la doctrina legal del STJ eb en el caso, por lo que no cabe la responsabilidad atribuida.

En tal tesitura manifiesta textualmente que "... La sentencia recurrida da por acreditado el hecho que, a raíz de una discusión en el ámbito de una vivienda, el Señor C. hirió de muerte a la Señora M., ex pareja del primero. Para cometer el homicidio, C. se habría valido de un arma provista por la Policía de la Provincia de Río Negro. Luego de ello, C. se suicidó. En esas condiciones, la sentenciante pretende responsabilizar a la Provincia basándose en el precedente del STJ, "Chazarreta, Gustavo D. c. Provincia de Río Negro s/ ordinario s/ casación" (Expte. 26.476/13), por considerar que se trata de un hecho con características similares a la presente causa. Sin embargo, como primer punto, es dable destacar que nuestro caso no es asimilable a "Chazarreta". En efecto, en nuestro caso el agente policial C. no actuó en ejercicio de sus funciones, sino que se trató de un acto propio de su vida privada. Y en "Chazarreta" el agente policial que provocó el daño lo hizo ejercitando una aparente función policial, excediéndose en su accionar. Por el contrario, nuestro caso es asimilable a lo resuelto en la causa "Feltaño, Marcela V. c. Moyano, Guillermo A. y otra s/ ordinario s/ casación" (Expte. 25.899/12-STJ). En "Feltaño", de acuerdo a lo descripto en el voto del Dr. Barotto, los hechos fueron los siguientes: "En tal orden de situación, cabe tener por acreditado que el 28 de enero de 2006, encontrándose el Sr. Guillermo Moyano, agente de la Policía de Río Negro, en una habitación de la vivienda sita en la calle ... N° ... de la ciudad de San Antonio Oeste (RN), conjuntamente con quien en ese momento era su novia Marcela Vanesa Feltaño y previa discusión por cuestiones de pareja, aquél le disparó a ésta con su arma reglamentaria en la región abdominal, ingresando el proyectil en el hipocondrio derecho, saliendo por la zona lumbar, comprometiendo estómago y riñón izquierdo (ver copia certificada de la Sentencia N° 23 de la Cámara en lo Criminal de Viedma, Sala A, de fecha 22/05/2007, obrante a fs. 218/224)". Como se puede apreciar, los hechos ocurridos en nuestro caso son similares a los de la causa "Feltaño" citada. Claramente, no es lo mismo la actuación de un agente policial que, ejercitando la aparente función, abuse de ella y cometa un ilícito (tal fue el caso de "Chazarreta"), que aquel otro que, por ejemplo, en el ámbito privado ocasione lesiones a la vida o la integridad física de quienes se relacionan en la intimidad (tal como es el caso de autos, y el de la causa "Feltaño"). Por lo tanto, lo resuelto en "Chazarreta" no implica dejar sin efecto lo resuelto en "Feltaño", toda vez que se trata de supuestos dis-

tintos. Pero, además, es importante destacar que en "Chazarreta" la votación de los miembros del STJ fue dividida, y el voto dirimente fue de la Dra. Filipuzzi, quien no es miembro del tribunal, sino que actuó en subrogancia. Si bien los fallos del STJ son obligatorios en tanto emanados del cuerpo (sin importar su composición), no es un dato menor el hecho que la mayoría en "Chazarreta" no se haya compuesto con los miembros del tribunal. Por lo expuesto, "Feltaño" mantiene plena vigencia, y es la doctrina que debe aplicarse a nuestro caso. El fallo en crisis establece lo siguiente: "La Ley Provincial [L] 679, que regula lo que se denomina Estado Policial, que "es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y decretos", para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de la Policía Provincial. Tendrá estado Policial, con los deberes y derechos esenciales que determina esta Ley, el personal policial de todos los Agrupamientos" (art. 25), del cual resulta la obligación plasmada en el arto 34 de dicha ley, que reza: "El personal con autoridad policial, a los fines del artículo 28, de la presente Ley, está obligado en todo momento y lugar a portar arma de fuego adecuada a las normas que se impartan". Es decir, que la ley obliga a los agentes policiales a portar en todo momento y lugar su arma de fuego, (de propiedad del estado y por éste provista), a los fines de "a) Defender, contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, la libertad y la propiedad; b) Adoptar, en cualquier lugar y momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su ejecución".

2.2. En su segundo agravio, la demandada sostiene lo siguiente: "...la sentencia recurrida se aparta de la doctrina obligatoria del STJ en materia de indemnización por el valor vida La ausencia de responsabilidad importa no indemnizar daño alguno por lo que este agravio se invoca en subsidio y ante la eventualidad procesal poco probable que la sentencia" de V.E. confirme el fallo en ese punto. En ese sentido, la sentencia en crisis establece que no deben aplicarse los precedentes jurisprudenciales ni fórmula matemática alguna, toda vez que ello llevaría a una indemnización que no sería integral. En efecto, establece la sentencia lo siguiente: "Sin perjuicio de que con estos parámetros podría obtener una base para realizar un cálculo indemnizatorio a través de una fórmula, entiendo que con la utilización de medidas matemáticas, con aplicación de deducciones y con el tope de edad de 21 años de los hijos, no se brinda la reparación integral que se pregona, dado que se estaría reduciendo el valor vida a lo que es exclusivamente la capacidad generadora de bienes de quien resultó víctima del hecho dañoso, sin tener en cuenta las otras potencialidades del ser humano". No se comparte lo establecido en la sentencia, toda vez que el rubro en análisis tiene esa particularidad y no puede válidamente apartarse de las fórmulas matemáticas establecidas por el STJ. Ello es así, porque justamente lo que se pretende es una reparación integral, poniendo al damnificado en la misma situación en que se encontraría si el hecho denunciado en autos no hubiese ocurrido. Por lo tanto, al apartarse de esas fórmulas se genera un enriquecimiento sin causa a favor de las actoras y un perjuicio a mi representada. Por lo expuesto, necesariamente deben aplicarse las fórmulas establecidas por el STJ en "Hernández c. Edersa" y "Pérez Barrientos", las cuales reflejan los ingresos que las actoras se perdieron de percibir de no haber fallecido su madre. A su vez, debe establecerse el tope de edad de 21 años para cada una de las actoras. También deberá tenerse presente el criterio sentado por el STJ en el fallo "Torres, Liliana M. y otro c. Ministerio de Salud de la Pcia. de Río Negro y otra s/ ordinario" del 21/12/2016, en virtud del cual se estableció que cuando no se cuenten con pautas objetivas y comprobadas debe considerarse como parámetro para la fijación del daño material el salario mínimo, vital y móvil ("SMVM") a la fecha del hecho. Asimismo, el ingreso de inicio no deberá tomarse en su totalidad, sino que deberá reducirse en una proporción razonable, toda vez que se debe reservar la parte que la causante hubiese destinado para su propia subsistencia. Por lo expuesto, deberá hacerse lugar al agravio planteado, debiendo realizarse el cálculo en base a los parámetros planteados a los fines indemnizar el valor vida, toda vez que ello es doctrina obligatoria del STJ que los jueces necesariamente deben aplicar (art. 42, Ley 5190)".

2.3. En el tercero y último agravio, la demandada sostiene textualmente que: "la sentencia en crisis fijó un monto exorbitante en concepto de daño moral La sentencia en crisis estableció en concepto de daño moral la suma de $1.000.000 para cada una de las actoras, o sea, $2.000.000 en total. Sin embargo, ello es una suma por demás exorbitante que no puede válidamente aceptarse. Por el contrario, para llegar a un valor razonable, el propio STJ ha establecido que los jueces deben fundar adecuadamente sus decisiones. Pero además, deben tomar como parámetro precedentes jurisprudenciales. En efecto, ha establecido el STJ que "en la conveniencia de adoptar parámetros razonablemente objetivos", corresponde ponderar de modo particular, los valores indemnizatorios condenados a pagar por otros Tribunales en casos próximos o similares (conf. Pizarro, Ramón D., Valoración y cuantificación del Daño Moral, LA LEY, Córdoba, 2006, 893)". El hecho de ejercitar una facultad discrecional, no releva al magistrado del deber de fundar el pronunciamiento, por cuanto la debida motivación exterioriza el itinerario descriptivo y justificante que, en base a una argumentación racional y jurídicamente válida, sustenta la decisión propiciada para el caso sometido a consideración. Su trascendencia asume carácter indiscutible, tan pronto se advierte

que por su intermedio se asegura la operatividad del derecho de defensa en juicio al funcionar como factor excluyente de resoluciones irregulares (sentencia del 09/09/2014 dictada en "Hernández, Nora M. y O. c. Sepúlveda, Héctor A. y otros s/ ordinario s/ casación", Expte. N° 27028/14-STJ). Efectivamente, al así resolver la Juez *a quo* incurrió en una errónea aplicación de los estándares jurisprudenciales existentes, produciendo una justipreciación de tal concepto en modo arbitrario. Es que la sentenciante debió revisar los precedentes fijados por el STJ, para así llegar a sumas que se aproximen a los estándares establecidos por el máximo tribunal provincial. Porque fallar de esa manera es, además, lo impuesto por el art. 42, Ley 5190. En ese sentido, el STJ en la sentencia del 21 de febrero de 2018 dictada en la causa "Tambone, Daniela V. y otros c. Maidana, Jorge O. y otros s/ ordinario s/ casación" (Expte. N° 29.518/17-STJ-) validó una indemnización por daño moral a cada uno de los hijos de una persona fallecida en la suma de $200.000. Así, para el 21 de febrero de 2018 el valor del Jus se encontraba en $1156. Por lo tanto, la indemnización reconocida por el STJ para cada uno de los hijos fue de 173,01 Jus. Para la fecha de la sentencia de primera instancia (19 de febrero de 2019) el valor del Jus se encontraba en $2.494. Por lo tanto, si los 173,01 Jus los multiplicamos por $2.494 nos da como resultado la suma de $431.486,94. Como se puede apreciar, esa es una suma que se acerca más a los valores admitidos por el STJ, los cuales son también doctrina obligatoria para los tribunales inferiores. Por lo tanto, cualquier condena en concepto de daño moral que exceda la suma mencionada (esto es, $431.486,94 para cada una de las actoras) se volvería irrazonable y arbitraria por carecer de estándares objetivos. Por lo expuesto, solicito se haga lugar al agravio tratado en este capítulo, reduciendo el daño moral a las sumas explicadas...".

3.- La parte actora ha contestado los agravios con su presentación en el SEON.- En la aludida presentación, contestan los tres agravios de la contraparte.

En el primero de ellos, discrepan con la recurrente en torno a que corresponda en el caso la aplicación del caso "Feltáño" como doctrina legal, en lugar del fallo "Chazarreta".- Puntualmente, sostienen que el estado policial que poseía el agente, que le implicaba la portación permanente del arma de fuego provisto por la Institución policial, hacía que la Provincia por añadidura resultara responsable de los actos del agente, de cualquier índole, producidos por el citado arma.

Que además, es responsabilidad del Estado provincial la selección de personas con los componentes psíquicos aptos como para esa portación, atento el riesgo que genera hacia terceros; por lo cual habida cuenta del resultado producido en el caso; debe considerarse e la demandada responsable del hecho. Discrepa también con la ley que pretende aplicar la provincia, porque es posterior al hecho.

Cabe señalar también, que en torno a los agravios relacionados con la cuantificación del daño, es decir el daño patrimonial y extrapatrimonial; sostiene la recurrida que los mismos no llegan al umbral necesario, a los fines del art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, con lo cual no cabe la consideración.

Todo esto, claro está, sin perjuicio de que para el caso en que esta Cámara decida considerarlos, no importan criterios válidos de cuantificación.

4.- En esos términos, ha quedado planteada la apelación del fallo por parte de la demandada, y la contestación de la actora.

Entiendo pertinente anticipar al acuerdo, que en mi opinión la sentencia debiera confirmarse y doy las razones.

4.1.- No solamente por el orden del planteo, sino por la trascendencia en la resolución del caso, el primero de los agravios es dirimente, en cuanto del mismo se desprende o no la responsabilidad del Estado, en función del precedente del STJ que se entienda pertinente para la aplicación en el caso, en lo que hace a la doctrina legal que se entienda vigente.

Por lo dicho, estamos en presencia de una discusión exclusivamente teórica, porque los hechos no están en discusión.

En mérito a las razones que iré desarrollando, en mi opinión, el criterio vigente de nuestro STJ, es el contenido en el precedente, resuelto por mayoría el día 8 de septiembre de 2014, en los autos caratulados "Chazarreta, Gustavo D. c. Provincia de Río Negro s/ ordinario s/ casación" (Expte. N° 26.476/13-STJ), respecto de los cuales transcribiré en lo sustancial el voto de la minoría y de la mayoría en segundo lugar. Así es que el voto minoritario expresaba "... En tal orden de situación, cabe tener por acreditado que el 10 de junio de 2006 a las 6.45 hs. Mauro Raúl Calvo, empleado policial, empuñando un arma de fuego (calibre 9mm marca Jericó, número 160216) a la salida del boliche denominado "K..." y a la altura de la farmacia "C...", en primer lugar habría apoyado el arma a la altura del abdomen de Darío Muller, para luego acercarse a Daniel Firmapaz contra quien, previo apoyarle el arma a la altura del cuello, le habría disparado impactándolo en esa zona, siendo que en la trayectoria posterior el proyectil habría impactado en Gustavo Chazarreta a la altura del abdomen,... Tales circunstancias no se encuentran controvertidas en esta instancia extraordinaria por parte del recurrente, por lo que corres-

ponde dilucidar, si la persona jurídica estatal es responsable de los daños sufridos por la actora. Al respecto en las instancias precedentes se determinó que el Estado debía responder por el daño provocado por el agente policial cuando se encontraba de franco.... Por su parte, la Cámara, al confirmar la sentencia de Primera Instancia, se inclina por la posición jurisprudencial que endilga responsabilidad al Estado por el daño provocado por el agente policial mediante el uso del arma reglamentaria, cuando ésta fue determinante para la entidad del daño sufrido. Es decir que considera que la exigencia que pesaba sobre Calvo, como integrante de la Policía de Río Negro de portar en todo momento y lugar el arma que aquélla le suministrara (art. 39 de la Ley 679), se constituyó en determinante de la producción del daño y hace nacer la obligación de garantía que pesa sobre la institución policial en función del riesgo creado con su organización; sin que, por tales motivos, pueda erigirse como liberador de responsabilidad de la Provincia la circunstancia de que el agente Calvo se encontraba fuera de servicio. También, en un segundo plano, advierte que el Estado para cumplir la función de seguridad se ha valido o patrocinado de un agente que en un corto lapso, prácticamente dos años (mayo/04-jun/06) ha mostrado una ineptitud manifiesta; y sobre el cual no se ha ejercido un control de aptitud médico psicológico más allá del relativo al ingreso operado en mayo del 2004. Evidentemente ambas sentencias han analizado la responsabilidad del Estado desde dos enfoques jurídicos diferentes, ya que por una parte se lo consideró responsable por ser propietario del arma y proveedor de la misma al agente, y por otra, desde la culpa in eligiendo o in controlando que debió ejercer sobre su dependiente. En cuanto a la primer cuestión analizada (responsabilidad de la Provincia por la entrega del arma), es preciso recordar que en el precedente: "F., M. V. c. M., G. A. y otra s/ ordinario s/ casación" (Se. N° 9/13-STJRN), ya me he expedido respecto a esta materia, por lo que en el transcurso del presente examen reiteraré conceptos expresados en aquella oportunidad. En efecto allí sostuve que según conocida doctrina, la responsabilidad extracontractual del Estado por los hechos cometidos por sus agentes se funda en la idea objetiva de falta de servicio con base en la previsión del art. 1112 del Cód. Civil, sin necesidad de recurrir al art. 1113 del citado cuerpo. De tal forma, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, debiendo responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas. Dicho criterio orgánico de imputación de conductas del Estado fue consagrado en la jurisprudencia nacional a partir de 1984 (CSJN, *in re:* "Jorge F. Vadell c. Provincia de Buenos Aires", en Fallos: 306: 2030, considerandos 5° y 6°; más recientemente y en un caso análogo, dictamen del Procurador General al que remite la Corte en la causa: "Cossio, Susana I. c. Policía Federal y otro, del 24/11/2004, en Fallos: 327: 5295), desplazando a la anterior noción de representación legal". El paso de una figura a otra se debió, por una parte, a la elaboración por la doctrina alemana, de la teoría del órgano, como instrumento que habilita de capacidad de obrar a la persona jurídica; y, por otra parte, a la necesidad de dotar de mayor seguridad jurídica a los terceros que se relacionan con el sujeto inmaterial. En este sentido, la responsabilidad del Estado por hechos cometidos por sus agentes en el ejercicio de las funciones atribuidas es indiscutible, pero, precisamente, uno de los requisitos básicos que torna procedente ese deber de reparar es la ejecución del acto dañoso en ejercicio u ocasión de la función propia del cargo (arg. arts. 43 y 1112 del Cód. Civil). Empero, como bien citara el Tribunal *a quo*, existen precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se entendió que los daños ocasionados por el uso de armas de fuego por parte de integrantes de la Policía Federal que no se encuentran en ejercicio de sus funciones, resulta atribuible al Estado y por ende compromete su responsabilidad extracontractual. Ello podrá derivarse de un actuar lícito (vgr. cuando una agente con franco se ve compelida a intervenir en la prevención de un delito y actuando con diligencia no puede evitar herir a un tercero que nada tiene que ver con el hecho) o ilícito (en los supuestos en que media una conducta negligente o dolosa del policía)... Ahora bien, considero que deben distinguirse dos supuestos: a) cuando el uso —incorrecto— del arma responde a una necesidad de servicio, en donde precisamente cabe imputar al Estado la falta de servicio que no excluye necesariamente la falta personal del agente; y b) cuando es utilizada en un contexto privado que nada tiene que ver con la función policial. De conformidad con la exposición de los hechos y lo resuelto por el Tribunal *a quo*, este último es el supuesto de autos.- "Debe entonces responder el Estado por el daño causado en el presente caso por un agente que actuó clara y completamente fuera de la órbita de las funciones que legalmente le estaban impuestas". La respuesta es no... En autos la responsabilidad del Estado no puede ser aceptada, pues el señor Mauro Raúl Calvo —autor del hecho— actuó completamente fuera de la órbita de las funciones legales que le estaban impuestas. Además de que no actuó en ejercicio de la función policial (arts. 43 y 1112 del Cód. Civil), el hecho ocurrió en el contexto de una discusión personal a la salida de un local bailable. Sería demasiado forzado concluir que las lesiones sufridas por el señor Gustavo David Chazarreta fueron consecuencia del ejercicio de la función policial, o en ocasión de ella. Como se aprecia sin mayor esfuerzo, el acto que se imputa al agente policial no tiene nada que ver con la función de policía de seguridad, ni con actividades facilitadoras de aquellas, ni con ninguna extralimitación dolosa o culposa de las atribuciones que se le

asignan para el cumplimiento de las funciones estatales propias de esa fuerza, ni tampoco se trató de un incumplimiento o ejecución irregular de la función. En tal orden de ideas, la teoría de la "falta de servicio" (conf. CSJN, "Vadell", Fallos 306:2030) no me resulta convincente para fundar en este pleito la responsabilidad estatal, pues el uso desviado del arma confiada a Calvo se encuentra al margen de todo "servicio" y sólo se trata de una falta apta para comprometer su propia responsabilidad personal y no la de su empleador estatal. Asimismo, dadas las particulares circunstancias en que se desarrolló el hecho generador del daño, tampoco puede fundamentarse la responsabilidad que se atribuye al Estado en la entrega del arma y de la obligación de portarla en forma permanente que derivaría del artículo 36, de la Ley N° 679 del Personal Policial de la Provincia de Río Negro que establece que: "El Personal con Autoridad Policial, a los fines del Art. 30, de la presente ley, está obligado en todo momento y lugar a portar arma de fuego adecuada a las normas que se impartan". Obsérvese que dicha obligación de portar el arma está prevista a los fines del artículo 30 de la citada ley, esto es: "a) Defender, contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, la libertad y la propiedad; b) Adoptar en cualquier lugar y momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su ejecución". En tal orden de situación, resulta evidente que tal obligación no puede ser predicada en términos absolutos, pues ni siquiera la norma así lo prevé. Y que, en el caso en examen, los hechos se sucedieron en el contexto de una discusión personal (entre el agresor y la víctima), no encontrándose de modo alguno comprometidos los fines que prevé la ley para justificar la portación del arma. Sin perjuicio de lo expuesto, aún de considerarse aplicable el art. 1113 del Cód. Civil, estimo que tampoco puede acudirse al supuesto del daño causado con las cosas, por cuanto es evidente que aquí la cosa ha sido usada contra la voluntad presunta de su dueño (art. citado, párrafo final). En lo que hace al otro enfoque que abarca la sentencia recurrida en el análisis de estas actuaciones en las sentencias precedentes, esto es la pretendida subsunción del presente caso en el concepto de "culpa in eligiendo" o "in vigilando", considero que tampoco resulta procedente su aplicación en autos. Ello así dado que si bien dicha culpa, por parte del principal, podría presumirse del daño ocasionado por el dependiente, lo cierto es que las pruebas rendidas en la causa no muestran una omisión negligente del Estado en el control de las aptitudes psíquicas y técnicas del señor Calvo, por lo cual pueda predicarse que aquél no fuera apto para portar un arma de fuego... En conclusión, ante un supuesto de falta personal, el agente público responde directamente ante el tercero damnificado; cuando esa falta personal se vincule de tal forma con las funciones a su cargo, que permita denotar un funcionamiento irregular de la actividad estatal, nos hallaremos ante un supuesto de concurrencia en que el Estado resultará igualmente responsable, sin perjuicio de las acciones posteriores de repetición que le correspondan. Si esta vinculación no existe, toda construcción tendiente a obligar al Estado resulta injusta...".

Este es el criterio que el mismo votante ha reiterado en "Chazarreta" y había desarrollado primeramente en "Feltaño" y que el demandado entiende de recibo en el caso, y que habilitaría la revocación del fallo, en tanto se ha tratado de un supuesto en el que no hubo ninguna incidencia funcional, desde que se trató de un hecho propio de la vida privada de la víctima y el victimario.

No obstante, cabe mencionar que el voto mayoritario, se inclinó por una postura diferente, y es la que ha prevalecido.

En efecto, el voto mayoritario refiere en lo sustancial que "... De manera que corresponde ingresar al análisis de los agravios expuestos en los puntos a), b), c) y d)... Puesta a realizar dicha tarea, debo adelantar que, si bien comparto el meduloso desarrollo que efectúa el distinguido colega que me precede, en tanto efectúa una correctísima referencia de los factores de atribución de responsabilidad extracontractual directa y objetiva del Estado frente al daño ocasionado por sus agentes, con cita y reseña de jurisprudencia adecuada al caso; no compartiré la diferenciación que culmina realizando para concluir —categóricamente afirmando— que no puede ser aceptada la responsabilidad del Estado.- En principio no puede perderse de vista que el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado es de origen netamente jurisprudencial. Que la Constitución Nacional no contiene manda alguna que lo anuncie, no obstante ello, no ha sido óbice para formular pretorianamente su receptación en la Carta Magna (conforme arts. 14, 17, 19) el derecho de propiedad y el alterum non laedere, sumado al art. 16 que consagra el principio de igualdad, permitieron numerosos y constantes fallos de la CSJN en los que se ha ido construyendo la responsabilidad del Estado por los daños causados injustamente por cualquiera de los Poderes Públicos. En cambio en nuestro Derecho Público la responsabilidad del estado es de base constitucional. La Constitución Provincial, vanguardista y de avanzada, establece concreta y claramente la responsabilidad, no sólo de los agentes públicos por los daños causados por extralimitación o cumplimiento irregular de sus funciones (art. 54) sino que atribuye responsabilidad al Estado Provincial y al Municipal, por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o por el ejercicio de sus funciones (art. 55) y —para mayor equidad y justicia— el art. 57 establece la obligación del Estado de citar a juicio a los agentes para integrar la relación procesal y deter-

minar las responsabilidades conforme la manda del prenotado art. 54. Recayendo en el representante del Estado, la obligación de promover la citación a juicio del agente. No obstante el señalamiento precedente, que nos diferencia, cierto es que no existe a nivel nacional ni provincial un cuerpo normativo que regule el instituto de la responsabilidad del Estado y ello ha originado que se aplique el régimen de responsabilidad patrimonial de las personas jurídicas del Cód. Civil (art. 43 Cód. Civil). Ello conllevó la aplicación de normas de derecho privado a una institución (responsabilidad del Estado) de estricto derecho público. La subsistencia de la ausencia normativa impone hasta hoy, la aplicación a veces analógica de la normativa civil (Conf. CSJN. "Cipollini, Juan S. c. Dcción. Nacional de Vialidad" Fallos-300:143) —a veces— subsidiaria (Conf. CSJN. "Mosca, Hugo A. c. Buenos Aires Pcia. de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios" Fallos: 330:653 y LA LEY, 2007 B-261).- En esa aplicación por analogía o también por subsidiariedad, se tiene presente que existen principios afines con el derecho privado, pero también median aspectos diferenciales, no menores que no permiten una aplicación homogénea. Sin ir más lejos, en el derecho privado sólo excepcionalmente correspondería atribuir responsabilidad al individuo por un comportamiento válido; sin embargo al Estado —en claro está— que puede atribuírsele responsabilidad por actividad lícita. Tal como lo reseña el señor Juez que comanda este Acuerdo, en la construcción pretoriana del sistema de responsabilidad extracontractual del estado, la responsabilidad es directa y no indirecta o refleja (CSJN., *in re:* "Vadell"), por aplicación de la concepción administrativista de la teoría del órgano, de manera que cualquiera sea la posición jerárquica del agente se identifica con la autoridad estatal. Luego, dicha responsabilidad es de base objetiva, esto es que el factor de atribución del riesgo creado es de índole objetiva, lo cual no admite discusión, se derive de actividad ilícita o lícita, en ambos casos está ausente la idea de culpa, o falta o reproche por una actuación irregular o defectuosa. En lo que atañe al deber de responder derivado de la existencia de una falta de servicio, la mayoría de la Doctrina sostiene la responsabilidad objetiva, dado que no es necesario indagar en la subjetividad del funcionario para que ella se configure, lo cual no necesariamente significa que se trate de responsabilidad desligada del obrar del agente que provocó el hecho dañoso, pues la responsabilidad por falta de servicio se predica de conducta y no de resultado; de allí que la CSJN haya dicho (*in re:* "Mosca") que en la responsabilidad por falta de servicio no se "efectúa un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio". Así respecto al factor de atribución de responsabilidad, en la jurisprudencia, el reconocimiento de una responsabilidad subjetiva (a título de dolo o culpa y con fundamento en el art. 1109 del Cód. Civil e indirecta fundada en el art. 1113 del Cód. Civil dejó paso a la responsabilidad objetiva (por falta de servicio, fundada en el art. 1112 del Cód. Civil y directa (por aplicación de la teoría del órgano). Por la aplicación de la noción de falta de servicio, la teoría del órgano y la doctrina del ejercicio aparente de la función, se responsabilizó al Estado por actos en los cuales no pudo identificarse al agente público que causó el perjuicio, o cuando el daño fue ocasionado por el funcionario en abuso o extralimitación de las competencias asignadas, o bien en supuestos en los cuales el empleado estatal no se encontraba cumpliendo cometidos públicos, pero utilizaba instrumentos o cosas que le proveía su función pública. En el caso "Vadell" la CSJN. (1984) adoptó la noción de falta de servicio del derecho Francés y al respecto Graciela Ritto (conf. "La responsabilidad del Estado en la reforma del Cód. Civil con las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional. La remisión a los principios del derecho administrativo nacional o local". LA LEY. Doctrina Judicial Año XXVIII, N° 40, 3 de octubre de 2012, p. 100.) Apunta que: la expresión francesa "falta" (en alusión a la "falta de servicio"), que en francés es "faute", tiene un significado mucho más amplio y más objetivo que el término culpa y tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa asignan carácter objetivo a la falta de servicio (la apreciación de la falta es una apreciación de elementos objetivos). En este marco, resalta que, en el caso "Blanco", que dio lugar a la aplicación de la noción de falta de servicio en el derecho francés, el Consejero de Gobierno manifestó que la responsabilidad del Estado por daños a los particulares no puede estar regida por los principios del Cód. Civil que regulan las relaciones entre particulares. La Corte Suprema admitió que la noción de "falta de servicio", fundada en el art. 1112 del Cód. Civil, es el fundamento jurídico para validar el deber de indemnizar a particulares. La misma finca en la idea de que "... quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución". En definitiva, la existencia misma de la obligación estatal de resarcir los menoscabos patrimoniales que ocasionan sus actos o sus omisiones deriva de la misma Constitución Nacional (arts. 14, 16, 17, 23 y 19). Ello así —tal como lo hace ver Eduardo Mertehikian— por cuanto, no se debe analizar como "castigo al culpable"; sino antes bien como "restitución a la víctima" de aquello que fue privada por el obrar estatal, en la medida, claro está, que no exista el deber jurídico de soportar el daño (conf. "Estudios de Derecho Administrativo", ps. 266/267).- En la causa "Baeza, Silvia O. c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", pronunciada por la CSJN el 12 de abril de 2011 (B. 140. XXXVI), también se abordaron los requisitos que configuran la responsabilidad extracontractual del Estado. En el referido caso la CSJN expresó: 3°) Que, para que se configure la

responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse los siguientes requisitos: a) el Estado debe incurrir en una falta de servicio; b) la actora debe haber sufrido un daño cierto, y c) debe existir una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos: 328:2546). Con respecto al primero de los recaudos, este Tribunal ha expresado que quien contrae la obligación de prestar un servicio público, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular (Fallos: 312:1656; 315:1892, 1902; 316:2136; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329: 3065). Esta idea objetiva de la falta de servicio —por acción o por omisión— encuentra su fundamento en la aplicación del art. 1112 del Cód. Civil y traduce una responsabilidad extracontractual del Estado en el ámbito del derecho público (causa "Securfin SA c. Santa Fe, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:3447) que no requiere, como fundamento de derecho positivo, recurrir al art. 1113 del Cód. Civil (Fallos: 306:2030). En efecto, no se trata de una responsabilidad indirecta la que en el caso se compromete, toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:192, xcxcxcxcxcxcxcxcxc1862; 321:1124; causa "Serradilla, Raúl A. c. Mendoza, Provincia de s/ daños y perjuicios", Fallos: 330:2748). En punto a la falta de servicio que hace nacer la responsabilidad estatal y respecto del uso de instrumentos o cosas provistas por la función fuera del cumplimiento de cometidos públicos; viene al caso lo resuelto por la CSJN en autos "Furnier, Patricia M. c. Pcia. de Bs. As. s/ daños y perjuicios", sentencia del 27/09/1994 (Fallos: 317:1006) y "Scamarcia, Mabel y otro c. Pcia. de Bs. As. s/ daños y perjuicios" sent. del 12/09/1995 (S.621.XXIII); en las que el címero Tribunal ha declarado: "(…) en materia de responsabilidad estatal, esta Corte sostuvo, retomando el criterio expuesto en Fallos:190:312 que ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados y si para llenar estas funciones se ha valido de agentes o elementos que resultan de una peligrosidad manifiesta, como la que acusa el hecho de que se trata, las consecuencias de la mala elección, sea o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado" (causa B.368.XXIII. "Balbuena, Blanca G. c. Misiones, Provincia de s/ daños y perjuicios", sentencia del 5 de julio de 1994). Súmase a ello, tal como lo reseña el Juez ponente que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re:* "Izaurralde, Roque R. c. Buenos Aires, Provincia de y otro", del 31/08/1999) ha dicho: "No basta para excluir la responsabilidad de la provincia demandada la circunstancia de que en el momento del hecho el policía autor del daño se encontrara fuera de servicio, toda vez que el acto imputado sólo aparece como posible en la medida en que derivó de las exigencias propias del cargo, en cuanto el arma utilizada había sido provista por la repartición en que aquél revistaba y que debía portarla permanentemente". Más cercano en el tiempo en el caso "Cossio, Susana I. c. Policía Federal y otro", del 24/11/2004, en Fallos: 327:5295) la Corte Suprema de Justicia de la Nación al hacer suyos los fundamentos expuestos por el señor Procurador General en el fallo dictado el 24 de noviembre de 2004 sostuvo que si bien el agente policial usa el arma de fuego entregada por el Estado estando en franco de servicio y sin desempeñar tarea específica vinculada con la función policial, el Estado es igualmente responsable por ser quien provee el arma que los agentes están legalmente obligados a portar. Indica el Tribunal que, tal como prescribe la ley, los funcionarios policiales deben portar en forma permanente el arma reglamentaria y concluye, que el personal policial, quien por imperativo legal debe defender, aún cuando vistiera de civil y se encontrara franco de servicio, las personas y los bienes de los integrantes de la sociedad, está obligado a portar el arma en todo tiempo y lugar, pues tal conclusión está fundada en el estado policial permanente dado por su condición de policía de seguridad?.- Reseñada la Jurisprudencia y la Doctrina relativa a la responsabilidad extracontractual —objetiva y directa— del Estado y aplicada merced a la teoría del órgano; no puedo más que disentir con el doctor Sergio M. Barotto, en cuanto a la ausencia de responsabilidad por los daños cometidos a un tercero utilizando un instrumento provisto por el estado para la función del órgano. El funcionario policial, imputado y condenado por un hecho típicamente antijurídico y culpable bajo el prisma del derecho penal; es a los fines del reclamo indemnizatorio, el Estado mismo. Ello en virtud de que en la función de seguridad pública, el uniforme y el arma reglamentaria son los signos exteriorizantes e instrumentos de los que se vale el Estado para aplicar el máximo poder. Al extralimitar su uso y valerse del arma para cometer un ilícito penal, (aún en el marco de una reyerta privada), no por ello la responsabilidad directa y objetiva se diluye. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re:* "Paniza, Manuel N. c. Provincia de Buenos Aires y otros" (fallos: 300:639, publ. en ed., 80-202), sostuvo que es conocida su jurisprudencia que reconoce la responsabilidad del Estado por hechos cometidos por sus agentes en el ejercicio de sus funciones (fallos: 219:641; 220:280 y 285; 252:22; 273:404), agregando que, aún cuando el acto imputado no fuera realizado dentro de los límites específicos de la función propia del cargo, no cabe duda que encuentra fundamento en aquélla, toda vez que sólo es posible en la medida que derive de sus exigencias. En el caso, el arma utilizada había sido pro-

vista por la repartición y era obligación del demandado portarla permanentemente, siendo preciso reconocer, entonces, que la función guarda conexidad con el hecho producido, al que contribuyó la irreflexiva actitud del codemandado, que debe valorarse con relación a la aquí tratada responsabilidad del Estado, con fundamento en la doctrina establecida por el Tribunal en fallos: 190:312" (Cám. Civ. Com. Federal, *in re:* "Craviotto - Pérez Delgado, Ismael R. A. c. Trentini, José A. y otros s/ daños y perjuicios" causa nº 23.109/94. 25/04/1995). Deviene entonces necesario puntualizar que las personas que el Estado designa para que se desempeñen en funciones por él encomendadas, son agentes suyos y por lo tanto órganos de él. Por ello, no son dependientes en el sentido del art. 1113 del Cód. Civil; puesto que cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas, actúan como órganos del Estado, o sea, actúa directamente el Estado a través de ellos. Los requisitos necesarios para que el Estado sea responsable son los siguientes: a) Existencia del daño, b) Hecho humano o de las cosas o acto administrativo legítimo o ilegítimo productor del daño; c) que exista una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el daño que se alega; además, que el acto causante del daño pueda imputarse al órgano administrativo y por lo tanto a la administración. En el *sub examine* se está en presencia del hecho de un funcionario policial provocador de daño, realizado con el uso del arma reglamentaria, encontrándose en franco de servicio pero ostentando el estado policial. Todo ello de conformidad con la Ley Orgánica de la Policía de Río Negro, L-679 8 texto consolidado). El Artículo 25 prescribe: "Estado Policial es la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y decretos, para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de la Policía Provincial. Tendrá estado Policial, con los deberes y derechos esenciales que determina esta Ley, el personal policial de todos los Agrupamientos. En tanto el Artículo 34, entre las obligaciones que emergen de ese estado policial, establece: "El personal con autoridad policial, a los fines del artículo 28, de la presente Ley, está obligado en todo momento y lugar a portar arma de fuego adecuada a las normas que se impartan. El personal policial en situación de retiro está facultado a portar armas de fuego, adecuadas a su defensa; sea que las mismas le sean provistas por la Repartición o adquiridas de su peculio". El uso del arma de fuego con la que se provocó el daño, era ostentada merced a la obligación orgánica y fue blandida y ejecutada con extralimitación y en estado aparente de servicio. En consecuencia, sin hesitación, por aplicación analógica de los arts. 1109 y 112 del Cód. Civil el Estado Provincial es directa y objetivamente responsable. No se trata aquí, como tantas veces ha sido advertido y expresado de responsabilizar al estado de todo cuanto infortunio pueda ser sufrido por los administrados. Claramente el Estado se exime de responsabilidad ante el caso fortuito, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero. Tengo presente un reciente fallo de la CSJN. (*in re:* "Carballo de Pochat, Violeta S. L. c. ANSES s/ daños y perjuicios" C. 127. XLVII.), en el que se demandaba la responsabilidad del Estado por el homicidio de un Gerente Auditor en manos de un tercero que ingresó armado a la repartición. Allí, además de reiterar la doctrina de responsabilidad extracontractual directa y objetiva del Estado por los hechos y actos de sus agentes; la que declara aplicable sin cortapisas a los daños producidos por acción que evidencia falta de servicio; la Corte se declara prudente y restrictiva en el análisis de las conductas omisivas, aludiendo a la omisión de mandatos jurídicos indeterminados —reiterando el Considerando 6) en "Mosca"— para finalmente declarar que en el caso no surge la responsabilidad del Estado. Razonable y justa decisión, teniendo en cuenta que se trató del hecho de un tercero (no agente ni funcionarios del estado) quien ultimó al Sr. Pochat; que la ANSES no tiene otra función que la de proveer a la Seguridad Social (no a la seguridad pública)... Ingresando ahora en el contenido de los fundamentos del fallo puesto en crisis, anoto que la Excma. Cámara de Apelaciones al analizar esta misma cuestión se formula el mismo interrogante que el señor Juez que me precede; esto es ¿Por qué debe responder el Estado si el daño fue provocado por el agente policial cuando se encontraba de franco?, y para dar respuesta se inclina por atribuir responsabilidad al Estado ¿por el daño provocado por el agente policial mediante el uso de arma reglamentaria cuando ésta fue determinante para la entidad del daño sufrido por el particular, es decir, cuando de no haber tenido ese instrumento aportado por la institución policial, el perjuicio sufrido no hubiera tenido la entidad que finalmente tuvo?, para seguidamente acotar que el agente policial portaba el arma en orden a la obligatoriedad que impone la ley orgánica de la Policía, lo que considera determinante de la producción del daño. Con cita del fallo "Furnier" de la CSJN. Y añade que "si la protección pública genera riesgos, lo más justo, lo equitativo, es que estos sean afrontados por todos (Fallos: 327:5295 y 317:1006)". Cabe acotar que los fallos citados son "Furnier" y "Cossio" y que es éste último el que con mayor claridad —tal como antes expuse— el que señala la responsabilidad extracontractual objetiva y directa del Estado. Luego de otras consideraciones la Cámara sentenciante fundamenta su decisorio en el precedente "Insaurralde" y culmina confirmando el fallo de la instancia inferior en cuanto atribuye responsabilidad objetiva a la Provincia de Río Negro por el daño provocado por Mauro R. Calvo a Gustavo D. Chazarreta. Tales fundamentos devienen respetuosos de la Doctrina y la Jurisprudencia relacionada al tema, y de ellos se desprende que el *a quo* no incurrió en violación de la ley sustantiva. La recurrente aspira a la aplicación del art. 1113 del Cód.

Civil y por añadidura pretende e invoca los arts. 901, 902, 904, 906 de dicho corpus normativo; sin reparar que al sostenerse y aplicarse la responsabilidad extracontractual de carácter directo y objetivo se encuadra el caso en los arts. 43, 1109, 1112 del Cód. Civil. De manera que no puede pretender que si se ha encuadrado la atribución de responsabilidad directa, por aplicación de la teoría del órgano, se le permita argumentar en orden a la responsabilidad indirecta del dueño por los hechos dañosos cometidos por sus dependientes. Tampoco puede aspirarse al sostenimiento del criterio sustentado por Tribunales locales o de grado inferior a la Corte Suprema; por encima de los criterios por estos fijados. Por otra parte, el 27 de marzo de 2013 —antes que en "Chazarreta"—, se expidió nuestro Superior Tribunal de Justicia, en los autos citados por la recurrente "Feltaño, Marcela V. c. Moyano, Guillermo A. y otra s/ ordinario s/ casación" (Expte. N° 25.899/12-STJ); integrado en ese momento por tres miembros —Dres. Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla y Eduardo Roumec—, en los que se dijo con voto unánime que, "... En tal orden de situación, cabe tener por acreditado que el 28 de enero de 2006, encontrándose el Sr. Guillermo Moyano, agente de la Policía de Río Negro, en una habitación de la vivienda sita en la calle ... N° ... de la ciudad de San Antonio Oeste (RN), conjuntamente con quien en ese momento era su novia Marcela Vanesa Feltaño y previa discusión por cuestiones de pareja, aquél le disparó a ésta con su arma reglamentaria en la región abdominal, ingresando el proyectil en el hipocondrio derecho, saliendo por la zona lumbar, comprometiendo estómago y riñón izquierdo (ver copia certificada de la Sentencia N° 23 de la Cámara en lo Criminal de Viedma, Sala A, de fecha 22/05/2007, obrante a fs. 218/224). Tales circunstancias no se encuentran controvertidas en esta instancia extraordinaria por parte del recurrente, por lo que corresponde dilucidar, si la persona jurídica estatal es responsable de los daños sufridos por la actora. Según conocida doctrina, la responsabilidad extracontractual del Estado por los hechos cometidos por sus agentes se funda en la idea objetiva de falta de servicio con base en la previsión del art. 1112 del Cód. Civil, sin necesidad de recurrir al art. 1113 del citado cuerpo. De tal forma, la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, debiendo responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas. Dicho criterio orgánico de imputación de conductas del Estado fue consagrado en la jurisprudencia nacional a partir de 1984 (CSJN, *in re:* "Jorge F. Vadell c. Provincia de Buenos Aires", en Fallos: 306: 2030, considerandos 5° y 6°; más recientemente y en un caso análogo, dictamen del Procurador General al que remite la Corte en la causa *in re:* "Cossio, Susana I. c. Policía Federal y otro, del 24/11/2004, en Fallos: 327: 5295), desplazando a la anterior noción de "representación legal". El paso de una figura a otra se debió, por una parte, a la elaboración por la doctrina alemana, de la teoría del órgano, como instrumento que habilita de capacidad de obrar a la persona jurídica; y, por otra parte, a la necesidad de dotar de mayor seguridad jurídica a los terceros que se relacionan con el sujeto inmaterial. En este sentido, la responsabilidad del Estado por hechos cometidos por sus agentes en el ejercicio de las funciones atribuidas es indiscutible, pero, precisamente, uno de los requisitos básicos que torna procedente ese deber de reparar es la ejecución del acto dañoso en ejercicio u ocasión de la función propia del cargo (arg. arts. 43 y 1112 del Cód. Civil). Empero, como bien citara el Tribunal *a quo*, existen precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se entendió que los daños ocasionados por el uso de armas de fuego por parte de integrantes de la Policía Federal que no se encuentran en ejercicio de sus funciones, resulta atribuible al Estado y por ende compromete su responsabilidad extracontractual. Ello podrá derivarse de un actuar lícito (vgr. cuando una agente con franco se ve compelida a intervenir en la prevención de un delito y actuando con diligencia no puede evitar herir a un tercero que nada tiene que ver con el hecho) o ilícito (en los supuestos en que media una conducta negligente o dolosa del policía). En autos la responsabilidad del Estado no puede ser aceptada, pues el señor Guillermo A. Moyano —autor del hecho— no sólo actuó completamente fuera de la órbita de las funciones legales que le estaban impuestas, sino que el episodio se desarrolló en el ámbito de su intimidad familiar. Además de que no actuó en ejercicio de la función policial (arts. 43 y 1112 del Cód. Civil), el hecho ocurrió en el contexto de una discusión de pareja. Sería demasiado forzado concluir que las lesiones sufridas por la señora Marcela V. Feltaño fue consecuencia del ejercicio de la función policial, o en ocasión de ella. Como se aprecia sin mayor esfuerzo, el acto que se imputa al agente policial no tiene nada que ver con la función de policía de seguridad, ni con actividades facilitadoras de aquellas, ni con ninguna extralimitación dolosa o culposa de las atribuciones que se le asignan para el cumplimiento de las funciones estatales propias de esa fuerza, ni tampoco se trató de un incumplimiento o ejecución irregular de la función. En tal orden de ideas, la teoría de la "falta de servicio" (conf. CSJN, "Vadell", Fallos: 306:2030) no me resulta convincente para fundar en este pleito la responsabilidad estatal, pues el uso desviado del arma confiada a Moyano se encuentra al margen de todo "servicio" y sólo se trata de una falta apta para comprometer su propia responsabilidad personal y no la de su empleador estatal. En tal sentido, se ha dicho que: "El Estado Nacional debe ser eximido de responder por el fallecimiento de quien recibió un impacto de bala proveniente del arma reglamentaria de un oficial de policía, que se disparó al forcejear éste con su

esposa durante una discusión, pues el agente no solo actuó completamente fuera de la órbita de las funciones legales que le estaban impuestas, sino que además el episodio se desarrolló en el ámbito de su intimidad familiar" (CNApel. en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, "Carrettini, María E. y otro c. Policía Federal", del 28/02/2011); "El Estado Nacional no es responsable por la muerte de una persona ocurrida en un ámbito privado, como consecuencia de un disparo proveniente de un arma de la Policía Federal Argentina, por cuanto la responsabilidad creada por la dependencia de un agente policial a la fuerza, no se puede extender a casos en los cuales el acto no fue realizado en ejercicio de función, ni tampoco con motivo de ésta"; "Es responsable civilmente por la muerte de una persona ocurrida en un ámbito privado como consecuencia de un disparo proveniente de un arma de la Policía Federal Argentina, el policía portador del arma reglamentaria y no el Estado Nacional, porque el hecho no fue resultado, ni encuentra causa eficiente en la competencia atribuida al órgano del voto en disidencia de la doctora Garzón de Conte Grand. (CNApel. lo Contencioso-administrativo Federal, Sala II, "P., C. A. c. Policía Federal Argentina y otro", del 07/07/2005); "Cuando el art. 1113 del Cód. Civil dispone que la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, esa responsabilidad existirá si el dependiente actuó en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Y no está en el ejercicio de su función policial quien por iracundia mata a una persona y la ocasión del uso del arma de la repartición no puede transformar un hecho ejercido fuera de la función en una acción funcional que ingrese dentro del ámbito de los arts. 43 y 1113 del Cód. Civil" (TSJ de Córdoba, "Peralta, Roberto A.", del 11/12/1991, LA LEY, C, 1992, 727). Asimismo, dadas las particulares circunstancias en que se desarrollo el hecho generador del daño, tampoco puede fundamentarse la responsabilidad que se atribuye al Estado en la entrega del arma y de la obligación de portarla en forma permanente que derivaría del artículo 36, de la Ley N° 679 del Personal Policial de la Provincia de Río Negro que establece que: "El Personal con Autoridad Policial, a los fines del Art. 30, de la presente ley, está obligado en todo momento y lugar a portar arma de fuego adecuada a las normas que se impartan". Obsérvese que dicha obligación de portar el arma está prevista a los fines del artículo 30 de la citada ley, esto es: "a) Defender, contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, la libertad y la propiedad; b) Adoptar en cualquier lugar y momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su ejecución". En tal orden de situación, resulta vidente que tal obligación no puede ser predicada en términos absolutos, pues ni siquiera la norma así lo prevé. Mucho menos, en el caso en examen, donde los hechos se sucedieron en la intimidad familiar, en el contexto de una discusión de pareja, no encontrándose de modo alguno comprometido los fines que prevé la ley para justificar la portación del arma. Es que, como lo sostuvo la por entonces Jueza Garzón De Conte Grand, cierto que en disidencia, en la causa "Pisera" —que guarda parecida plataforma fáctica con el episodio de autos—, "es absurdo pensar que un ámbito privadísimo como en el que ocurrió el hecho analizado— el integrante de la fuerza de seguridad se encontraba obligado a portar el arma reglamentaria y, mucho menos, a extraerla del lugar donde estaba guardada, toda vez que ello no encontraba justificación en ninguno de los deberes y obligaciones derivados del estado policial y que se encuentran enunciados en los arts. 8 y 9 de la Ley N° 21.965" (conf. CNCAF Sala II, "Pisera" del 07/07/2005). Sin perjuicio de lo expuesto, aún de considerarse aplicable el art. 1113 del Cód. Civil, estimo que tampoco puede acudirse a la técnica del daño causado con las cosas por cuanto es evidente que aquí la cosa ha sido usada contra la voluntad presunta de su dueño (art. citado, párrafo final).- Finalmente, respecto de la pretendida subsunción del presente caso en el concepto de "culpa in eligiendo", considero que tampoco resulta procedente su aplicación en autos.- En efecto, si bien la "culpa in eligiendo" o "in vigilando" por parte del principal podría presumirse del daño ocasionado por el dependiente, lo cierto es que las pruebas rendidas en la causa no muestran una omisión negligente del Estado en el control de las aptitudes psíquicas y técnicas del señor Moyano, por lo cual pueda predicarse que aquel no fuera apto para portar un arma de fuego. En conclusión, ante un supuesto de falta personal, el agente público responde directamente ante el tercero damnificado; cuando esa falta personal se vincule de tal forma con las funciones a su cargo, que permita denotar un funcionamiento irregular de la actividad estatal, nos hallaremos ante un supuesto de concurrencia en que el Estado resultará igualmente responsable, sin perjuicio de las acciones posteriores de repetición que le correspondan. Si esta vinculación no existe, toda construcción tendiente a obligar al Estado resulta injusta...".

Así cristalizada la situación, tenemos por una parte un fallo anterior "Feltaño", fallado con voto unánime por el Superior Tribunal de Justicia, integrado por ese entonces por tres miembros, uno de ellos subrogante en abstención.

El fallo de "Chazarreta", dictado con posterioridad, y ya con la integración actual de cinco miembros, decidió por mayoría receptar el criterio opuesto al receptado en "Feltaño"; quedando en minoría los Sres. Jueces que habían fallado coincidiendo en el último.

Entonces, no comparto con el recurrente en los presentes, en cuanto a que en los presentes no se ha

debido tomar el criterio de "Chazarreta", sino el de "Feltaño"; porque el supuesto fáctico y normativo es el mismo y corresponde juzgarlo por lo ya expuesto en base al primero.

En efecto, el criterio que se interpreta vigente y que se mantiene como doctrina legal es el de la mayoría en "Chazarreta", que implica atribuir a la responsabilidad del Estado por la actuación de sus órganos, que para la comisión del hecho —allende su naturaleza funcional o extrafuncional— ha utilizado el arma provista por primero; en el marco de la implicancia del estado policial, que conforme el deber permanente de velar por la integridad física y los bienes de los ciudadanos; obliga al agente a la portación del arma reglamentaria, importando la extensión de ese deber, la consecuente responsabilidad de todos los ciudadanos, como integrantes del Estado, a responder por los daños y perjuicios que se generen en ese marco; pese a la utilización del arma en un acto privado.

También se ha dicho en apoyo de la postura que entiendo prevaleciente.

"... Cuando se ocasionan perjuicios a una persona como consecuencia del indebido uso de las armas de fuego, de titularidad de agentes de las fuerzas armadas, se genera la responsabilidad de la entidad pública oficial que los ha incorporado a sus filas, sin que sea causa de justificación el mero hecho de encontrarse de franco, puesto que tales agentes del Estado, se hallan en situación particular. Dicha particularidad deriva de su obligación principal de prevenir el delito y de procurar la seguridad de todos los gobernados, en cualquier momento y en cualquier circunstancia, aún a riesgo de su vida o integridad personal resultando ella indivisible de la personalidad del policía. Es en virtud de ello, que no puede resultar eximente de la responsabilidad de la entidad oficial —que los ha preparado de manera técnica y psíquica adecuada a tales fines— la circunstancia de que el agente al momento de suceder el hecho dañino se encuentre de franco... Respecto de la responsabilidad del Estado por el indebido uso de armas de fuego de agentes de las fuerzas policiales de la nación no resulta eximente de la responsabilidad de la entidad oficial, el hecho de que el agente al momento de suceder el hecho no se hallare en ejercicio de sus funciones, puesto que basta que la función desempeñada haya dado ocasión al hecho dañoso para que surja la responsabilidad del principal, toda vez que resulta obvio que el hecho no se habría producido de no haberse suministrado al agente el arma en cuestión... Cuando se ocasionan perjuicios a una persona como consecuencia del indebido uso de las armas de fuego, de titularidad de agentes de las fuerzas armadas, se genera la responsabilidad de la entidad pública oficial que los ha incorporado a sus filas, sin que sea causa de justificación el mero hecho de encontrarse de franco, puesto que tales agentes del Estado, se hallan en situación particular. Dicha particularidad deriva de su obligación principal de prevenir el delito y de procurar la seguridad de todos los gobernados, en cualquier momento y en cualquier circunstancia, aún a riesgo de su vida o integridad personal resultando ella indivisible de la personalidad del policía. Es en virtud de ello, que no puede resultar eximente de la responsabilidad de la entidad oficial —que los ha preparado de manera técnica y psíquica adecuada a tales fines— la circunstancia de que el agente al momento de suceder el hecho dañino se encuentre de franco..." (Auto: "Morales, Laura E. y otro c. EN- M. Justicia - PFA". - C.Nac.Cont.Adm.Fed. - Sala: Sala IV. - Mag.: Uslenghi, Galli. - Fecha: 01/04/2008 - N° Exp.: 26.370/04 - LDTextos).

Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el agravio, confirmando la atribución de responsabilidad efectuada en el fallo de primera instancia.

4.2.- Confirmado —desde mi opinión— el fallo de primera instancia en lo que hace a la atribución de responsabilidad, corresponde abordar los restantes agravios que habían sido deducidos en subsidio; dirigidos hacia la cuantificación del daño; que a juicio del recurrente justifican una reducción del resarcimiento.

Se ha agraviado el recurrente sosteniendo que "... la sentencia en crisis establece que no deben aplicarse los precedentes jurisprudenciales ni fórmula matemática alguna, toda vez que ello llevaría a una indemnización que no sería integral. En efecto, establece la sentencia lo siguiente: "Sin perjuicio de que con estos parámetros podría obtener una base para realizar un cálculo indemnizatorio a través de una fórmula, entiendo que con la utilización de medidas matemáticas, con aplicación de deducciones y con el tope de edad de 21 años de los hijos, no se brinda la reparación integral que se pregona, dado que se estaría reduciendo el valor vida a lo que es exclusivamente la capacidad generadora de bienes de quien resultó víctima del hecho dañoso, sin tener en cuenta las otras potencialidades del ser humano". No se comparte lo establecido en la sentencia, toda vez que el rubro en análisis tiene esa particularidad y no puede válidamente apartarse de las fórmulas matemáticas establecidas por el STJ. Ello es así, porque justamente lo que se pretende es una reparación integral, poniendo al damnificado en la misma situación en que se encontraría si el hecho denunciado en autos no hubiese ocurrido. Por lo tanto, al apartarse de esas fórmulas se genera un enriquecimiento sin causa a favor de las actoras y un perjuicio a mi representada. Por lo expuesto, necesariamente deben aplicarse las fórmulas establecidas por el STJ en "Hernández c. Edersa" y "Pérez Barrientos", las cuales reflejan los ingresos que las actoras se perdieron de percibir de no haber falle-

cido su madre. A su vez, debe establecerse el tope de edad de 21 años para cada una de las actoras. También deberá tenerse presente el criterio sentado por el STJ en el fallo "Torres, Liliana M. y otro c. Ministerio de Salud de la Pcia. de Río Negro y otra s/ ordinario" del 21/12/2016, en virtud del cual se estableció que cuando no se cuenten con pautas objetivas y comprobadas debe considerarse como parámetro para la fijación del daño material el salario mínimo, vital y móvil ("SMVM") a la fecha del hecho. Asimismo, el ingreso de inicio no deberá tomarse en su totalidad, sino que deberá reducirse en una proporción razonable, toda vez que se debe reservar la parte que la causante hubiese destinado para su propia subsistencia. Por lo expuesto, deberá hacerse lugar al agravio planteado, debiendo realizarse el cálculo en base a los parámetros planteados a los fines indemnizar el valor vida, toda vez que ello es doctrina obligatoria del STJ que los jueces necesariamente deben aplicar (art. 42, Ley 5190)".

Entiendo le asiste parcial razón al recurrente.

En esta materia, nuestro Superior Tribunal de Justicia, se ha expedido el 13 de noviembre de 2014 —desconociéndose otro nuevo criterio— en autos "Huinca, Emilce G. y Otro c. Flores, Rogelio A. y otros s/ daños y perjuicios (ordinario) s/ casación" (Expte. N° 26930/14-STJ), diciendo en lo sustancial que "... En cambio, le asiste razón a la recurrente respecto al agravio formulado sobre la adopción de la edad de 75 años del causante-alimentante de los menores actores, como límite de la fórmula utilizada por la Cámara para el cálculo del lucro cesante. La crítica concreta en este último punto no radica en la utilización de la fórmula establecida en el precedente laboral ?Pérez Barrientos? para el cálculo de la "chance"; sino en que el cálculo se extienda hasta el momento en que el padre víctima cumpliera los 75 años de edad. Considera la demandada que en supuestos como el de autos, donde la víctima fallece a consecuencia del hecho antijurídico, y existen causahabientes menores de edad, la ayuda sólo podría estimarse hasta el momento en que subsista la obligación alimentaria del padre respecto de los hijos que reclaman. Para comenzar el análisis, se entiende adecuado el empleo de la fórmula en cuestión para estimar —en principio— el monto del resarcimiento por el lucro cesante en los casos en que el reclamo sea efectuado por la propia víctima; pues la finalidad de ese resarcimiento es la de colocar al damnificado en una situación patrimonial equivalente a la que hubiese tenido en caso de no haber sido dañado. Ahora bien, cuando quienes demandan la indemnización son los hijos menores de edad de la víctima fallecida, el cálculo debe acotarse al límite de edad hasta el cual aquéllos podrían exigir a su progenitor el cumplimiento de la obligación alimentaria; pues lo lógico es que a partir de entonces se independicen y trabajen, por lo que no podrían exigir —salvo excepciones— alimentos a su padre. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostienen que en estos casos lo que se indemniza no es el hecho de la muerte en sí misma, sino el perjuicio económico que ésta provoca —o es susceptible de provocar— en el patrimonio de los causahabientes. La valoración económica de la vida humana implica —ni más ni menos— la medición o cuantificación del daño o perjuicio que sufren aquellas personas que eran destinatarias —o que podrían serlo en el futuro— de todos o parte de los bienes económicos que el fallecido producía o podía llegar a producir, y en razón de que esa fuente de ingresos (o posibilidad de fuente de ingresos) se extingue (ver, Bustamante Alsina, Jorge, "El valor económico de la vida humana y la reparación del daño patrimonial causado por homicidio", ED, 124-656; Taraborrelli, José N. y Bianchi, Silvia Noemí, "Cuantificación de la indemnización por la pérdida de la vida humana", LA LEY, ejemplar del 04/01/2008, p. 1). La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expresado en esta dirección, al señalar que la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. No es dable evitar una honda turbación espiritual cuando se habla de tasar económicamente una vida humana, reducirla a valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de la vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial, 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. En ese orden de ideas, lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana, no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue (Fallos: 310:2103; 316:912; 317:728 y 1006; 320:536; 323:3614; 325:1156, entre otros). En consecuencia, si lo que se valora no es la vida misma —que ha fenecido— sino las consecuencias que se generan hacia otros sujetos, entonces corresponde establecer hasta que edad es posible computar el rubro en cuestión, respecto a los destinatarios de la indemnización que se determinaron en las instancias precedentes. En principio, el art. 1084 del Cód. Civil prevé como reparación en caso de homicidio "lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto"; el art. 1085 dispone —en su segunda parte— que esa indemnización sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del fallecido, siempre que no fueren culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo; y, además, el artículo 1079 admite la resarcibilidad del perjuicio sufrido indirectamente por toda

otra persona. Las primeras dos normas mencionadas constituyen excepciones a la regla general que señala que todo aquel que invoca un daño debe probarlo, ya que la ley presume un daño cierto respecto de esos damnificados indirectos, consistente en la privación que experimentan de lo que les es necesario para la subsistencia; al par que la cuantía de este perjuicio —en favor de quienes tienen un estrecho vínculo que los une a la víctima del hecho ilícito— queda librada a la prudencia de los Jueces (conf. Cazeaux - Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", T. 4, p. 246 y ss.). Sin dejar de reconocer que se han suscitado diversas controversias con respecto al alcance de aquella presunción del daño cierto prevista en las normas mencionadas (arts. 1084 y 1085 del Cód. Civil), tampoco hay mayores cuestionamientos a que la indemnización debe favorecer también a los hijos menores, lógico es concluir que para la aplicación de la formula empleada por la Cámara —en el supuesto de autos— se debe limitar el cálculo del resarcimiento a la edad en que cese el derecho a percibir alimentos, de los actuales beneficiarios de la indemnización por lucro cesante. Adviértase que no se adopta como límite la edad de 21 años, como lo pretende la demandada en su recurso, y ello responde a la particular consideración que merece el nuevo Cód. Civ. y Comercial recientemente sancionado, cuyo art. 663 establece que "La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido". Al respecto se ha sostenido —comentando la propuesta de reforma— que el Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, establece una suerte de prórroga automática de la cuota alimentaria para garantizar su continuidad a los hijos mayores de edad que prosigan estudiando con regularidad. En los fundamentos redactados por los autores del Anteproyecto 2012 de Reforma al Cód. Civil (Dres. Lorenzetti, Highton y Kemelmajer), se explica que también regularon el caso de los alimentos a los hijos mayores de 21 años que prosiguen sus estudios, por ser un supuesto especial que ya ha sido reconocido jurisprudencialmente, al que se brindan distintas soluciones en el derecho comparado; en algunos países, se otorgan sin límite de edad, como en Francia, Italia, Suiza, España, y en otros, se fija un tope etario como en Panamá, Chile, Nicaragua, Perú, San Salvador, Costa Rica, Ecuador, etc.. Precisamente, el Anteproyecto —consignaron—, sigue esta última tendencia a los fines de lograr un equilibrio entre los derechos en pugna y el posible abuso en el mantenimiento de los hijos mayores de edad. En el mismo sentido se han manifestado prestigiosos doctrinarios como Cecilia Grosman en: "La Mayoría de edad y la Responsabilidad Alimentaria de los Padres", Revista Derecho de familia, N° 47, p. 33, Abeledo-Perrot). Se impone por lo tanto adoptar la edad de 25 años como lo establece la norma señalada, dado que aún cuando no ha entrado en vigencia, constituye derecho positivo y recepta una posición jurisprudencial que se comparte. Ello, además, en razón de no existir en autos elementos que obsten a pensar que los niños actualmente de escolaridad primaria, puedan en un futuro incluir en su proyecto de vida la obtención de una formación universitaria o terciaria, en alguna profesión, arte u oficio tal como prevé el nuevo art. 663 del Cód. Civ. y Comercial reformado. Por lo demás, si esta posibilidad no es contemplada actualmente, o sea considerando los 25 años como parámetro de edad aplicable al cálculo mediante la fórmula de referencia, luego resultará imposible ejercitar ningún mecanismo de corrección, pues el progenitor al que el nuevo art. 663 Cód. Civ. y Comercial autoriza a reclamar, ya no está vivo y a la fecha de entrada en vigencia de la norma las posibilidades de revisión de la decisión que aquí se adopte muy probablemente sean nulas... 5.- Decisión: En suma de lo expuesto hasta aquí se considera que la Cámara al aplicar la fórmula de cálculo para el lucro cesante determinada en el precedente "Pérez Barrientos" —STJ— ha empleado como coeficiente de cálculo un límite de edad excesivo para el resarcimiento de los causahabientes damnificados; por lo que deberá anularse parcialmente la sentencia apelada, y remitirse estos autos a la instancia de origen para que se proceda a efectuar una nueva cuantificación del rubro objeto de análisis en la presente de conformidad al parámetro de 25 años de edad —de los hijos menores— establecido en los considerandos...".

En esta situación entonces, correspondería reducir la indemnización; con la aplicación de la fórmula que hace a la doctrina legal vigente —"Pérez Barrientos"— con límite en el momento en que las hijas llegaran a la edad de 25 años, teniendo presente que la actora T. M. tenía 17 años al momento del hecho y M. I. M. tenía 15 años en el momento del deceso de su madre. Asimismo y habiéndose negado el ingreso de la actora, y no habiéndose acreditado que la misma percibiera la suma de $2.000,00.- referidos en la demanda; corresponde aplicar la doctrina legal vigente —"Torres c. Ministerio de Salud"— y calcular el resarcimiento, utilizando el Salario Mínimo Vital y Móvil, vigente al tiempo del hecho —19/08/2018—, que conforme la resolución 03/2008, del 01 de agosto de 2008, del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil; correspondía a la suma de $1.200,00.

En este punto y con los parámetros aludidos, consecuentes con la doctrina legal vigente, se debiera

reducir la indemnización a la suma de $41.016,29.-; que en atención de las respectivas edades, siguiendo el criterio del fallo de primera instancia, debiera repartirse en $22.559,00.- para M. I. M. y en $18.457,33.- para T. M.; con más los intereses en ambos casos desde el hecho, con aplicación de la tasa MIX —"Calfín c. Murchison"—, siguiendo con "Loza Longo", "Jeréz", "Guichaqueo" y "Fleitas" y la que pudiera corresponder a futuro hasta el efectivo pago.

Entiendo pertinente conforme aclarar que el tratamiento del presente agravio se justifica desde la aplicación de la doctrina legal vigente, tanto de "Torres c. Ministerio de Salud", como de "Huinca c. Flores" que acabo de referir; sin perjuicio de considerar en mi fuero propio, que la indemnización concedida por el grado responde con mayor apego al principio del resarcimiento integral del daño y de hecho comparto las citas efectuadas, en torno a precedentes de esta Cámara en los que he participado; pero, la actual redacción del art. 42 de la ley 5190, hace que deba resolverse con aplicación de la doctrina legal vigente, como aplicación de la doctrina del "Stare decisis vertical", en cuanto "... Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas".

Así es que en esos importes queda determinado el rubro, aún cuando no se ha detraído lo que hubieran significado los consumos propios de la víctima —muy disminuidos por cierto ante la exigüedad del ingreso— ni tampoco en la consideración que la víctima y el victimario tenían una hija menor en común, cuya situación no resulta contemplada a este efecto, por no habérselo solicitado efectivamente.

4.3.- Finalmente, el último agravio planteado por la parte demandada, radica en la indemnización concedida por daño extrapatrimonial o moral, que pretende sea disminuida. Textualmente, como antes he referenciado, dice el agravio: "En el tercero y último agravio, la demandada sostiene textualmente que: "la sentencia en crisis fijó un monto exorbitante en concepto de daño moral La sentencia en crisis estableció en concepto de daño moral la suma de $1.000.000 para cada una de las actoras, o sea, $2.000.000 en total". Sin embargo, ello es una suma por demás exorbitante que no puede válidamente aceptarse. Por el contrario, para llegar a un valor razonable, el propio STJ ha establecido que los jueces deben fundar adecuadamente sus decisiones. Pero además, deben tomar como parámetro precedentes jurisprudenciales. En efecto, ha establecido el STJ que "en la conveniencia de adoptar parámetros razonablemente objetivos, corresponde ponderar de modo particular", los valores indemnizatorios condenados a pagar por otros Tribunales en casos próximos o similares (conf. Pizarro, Ramón D., Valoración y cuantificación del Daño Moral, LA LEY, Córdoba, 2006, 893). El hecho de ejercitar una facultad discrecional, no releva al magistrado del deber de fundar el pronunciamiento, por cuanto la debida motivación exterioriza el itinerario descriptivo y justificante que, en base a una argumentación racional y jurídicamente válida, sustenta la decisión propiciada para el caso sometido a consideración. Su trascendencia asume carácter indiscutible, tan pronto se advierte que por su intermedio se asegura la operatividad del derecho de defensa en juicio al funcionar como factor excluyente de resoluciones irregulares" (sentencia del 09/09/2014 dictada en "Hernández, Nora M. y O. c. Sepúlveda, Héctor A. y otros s/ ordinario s/ casación", Expte. N° 27.028/14-STJ). Efectivamente, al así resolver la Juez *a quo* incurrió en una errónea aplicación de los estándares jurisprudenciales existentes, produciendo una justipreciación de tal concepto en modo arbitrario. Es que la sentenciante debió revisar los precedentes fijados por el STJ, para así llegar a sumas que se aproximen a los estándares establecidos por el máximo tribunal provincial. Porque fallar de esa manera es, además, lo impuesto por el art. 42, Ley 5190. En ese sentido, el STJ en la sentencia del 21 de febrero de 2018 dictada en la causa "Tambone, Daniela V. y otros c. Maidana, Jorge O. y otros s/ ordinario s/ casación" (Expte. N° 29.518/17-STJ) validó una indemnización por daño moral a cada uno de los hijos de una persona fallecida en la suma de $200.000. Así, para el 21 de febrero de 2018 el valor del Jus se encontraba en $1156. Por lo tanto, la indemnización reconocida por el STJ para cada uno de los hijos fue de 173,01 Jus. Para la fecha de la sentencia de primera instancia (19 de febrero de 2019) el valor del Jus se encontraba en $2.494. Por lo tanto, si los 173,01 Jus los multiplicamos por $2.494 nos da como resultado la suma de $431.486,94. Como se puede apreciar, esa es una suma que se acerca más a los valores admitidos por el STJ, los cuales son también doctrina obligatoria para los tribunales inferiores. Por lo tanto, cualquier condena en concepto de daño moral que exceda la suma mencionada (esto es, $431.486,94 para cada una de las actoras) se volvería irrazonable y arbitraria por carecer de estándares objetivos. Por lo expuesto, solicito se haga lugar al agravio tratado en este capítulo, reduciendo el daño moral a las sumas explicadas...".

Analizados los agravios, que han sido contestados por la parte actora; en la medida en que el fallo ha sido consentido por esta última parte; restaría solamente considerar una reducción en el resarcimiento acordado, al menos a la suma de $431.486,94.- que ha reconocido como ajustada al caso, conforme el citado precedente "Tambone".

Debo decir desde ya que en mi opinión el agravio no puede prosperar.

Tal como es conocido, esta Cámara, con anteriores integraciones inclusive, viene sosteniendo una pauta de cuantificación del daño extrapatrimonial, consistente en la determinación de los resarcimientos sobre la base de parámetros de similitud, a partir del señero precedente "Painemilla c. Trevisán".

Asimismo también, siempre se han considerado pautas de cuantificación, como expresara la Dra. Adriana Mariani en su voto en la sentencia de fecha 20/09/2013 en Expte. CA-21231, en la que se expuso que "... es atinado tener en consideración las pautas elaboradas por el jurista santafesino Dr. Mosset Iturraspe para la cuantificación del daño moral, que vale la pena ilustrar en el presente estudio del tema: 1.- No a la indemnización simbólica; 2.- No al enriquecimiento injusto; 3.- No a la tarifación con "piso" o "techo"; 4.- No a un porcentaje del daño patrimonial; 5.- No a la determinación sobre la base de la mera prudencia; 6.- Sí a la diferenciación según la gravedad del daño; 7.- Sí a la atención a las peculiaridades del caso: de la víctima y del victimario; 8.- Sí a la armonización de las reparaciones en casos semejantes; 9.- Sí a los placeres compensatorios; 10.- Sí a sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general "standard" de vida. Y procurando siempre en la medida de lo posible, verificar que los importes que se establezcan guarden relación con los fijados en casos anteriores tal como sostuviera esta cámara con voto de los Dres. Peruzzi y Sosa, hace ya más de dos décadas en el recordado precedente "Painemilla c. Trevisan" (J.C. T°IX, ps. 9/13).

El caso que convoca, no ofrece parámetros prácticamente, por cuanto la mayoría de los que se registran si bien también importan la pérdida de la vida humana de la progenitora; han sido en circunstancias de accidentes automovilísticos u otros cuasidelitos, como resultados de mala praxis médica. Ahora bien, la naturaleza del hecho de marras, las tienes a las actoras como testigos del asesinato de su madre, porque estaban en el hogar cuando ocurrió, escucharon las detonaciones y en los instantes siguientes presenciaron el cruento e inminente desenlace recién producido, con el incomensurable impacto en los sentimientos que resulta propio atribuir a la percepción ocular del cadáver de su madre y del Sr. C., en la puerta de su casa. Entonces, no habiéndose apelado por la actora el resarcimiento, y atento la prohibición de la *reformatio in pejus*; no hay margen alguno para la disminución del resarcimiento como pretende la recurrente.

Hemos dicho por caso en los autos "Letourneau, Ángel C. y otro c. Elifonso, Horacio P. y otras s/ ordinario" (Expte. N° 332), el 19 de junio de 2016, con el voto rector del apreciado colega Dr. Gustavo A. Martínez, en un caso en el que había fallecido la madre de los menores reclamantes que "... 13.- En cuanto al daño moral, también lo considero bajo en orden a los antecedentes de esta Cámara. Valen al respecto como consideración general, lo dicho en el reciente precedente de esta Cámara al que me he remitido. Sin duda la muerte de uno de los miembros de la pareja, con la que se ha consolidado una familia, irrumpe muy seriamente en el desenvolvimiento de ésta y la vida del otro y los hijos, con los que existen lazos muy profundos, tal como surge de las constancias de la causa y en especial del dictamen pericial psicológico que aunque limitado al viudo y solo uno de los hijos —J.—, permite conocer el comportamiento del grupo y la afectación que la pérdida puede haber significado en los otros también. En los precedentes a los que hice referencia y a cuya lectura me remitiera, hemos hecho hincapié siempre, a la necesidad de responder en la cuantificación de la indemnización del modo más equitativo e igualitario posible, atendiendo a las particularidades de cada caso, para lo que permanentemente buceamos en otras causas —preferentemente de este cuerpo— que sirvan de guía para tal dificultosa tarea. En tal sentido cabe mencionar el Expte. CA-21.301 en el que se reconoció a valores del 17/03/2014 la suma $500.000.- para la concubina e igual importe para un infante y el Expte. CA-19.684 en el que se fijó igual importe a valores del 21/02/2014, también para hijos menores. No he de soslayar el Expte. CA-21.365 en que se fijó como indemnización $60.000 para cada uno de los hijos que accionaron, en sentencia que si bien es la más reciente (data del 08/08/2016), cabe aclarar que tal importe se determinó a valores de la sentencia de primera instancia que era del 2013. Resalto por otra parte, que las particularidades de dicho caso distan mucho del que nos ocupa en esta oportunidad, pues eran personas adultas que tenían escasa relación con su madre. La indemnización en el presente, teniendo siempre en cuenta el deterioro del signo monetario, considero que debe ubicarse en un término medio entre los primeros casos mencionados y este último. Es que en aquéllos el impacto en los beneficiarios de la indemnización considero que fue mayor. El Expte. CA-21.301 se trataba de una pareja recién formada con un bebe y en el Expte. CA-19.684, los menores como consecuencia del fallecimiento de la madre, viviendo en General Roca donde estudiaban y tenían su centro de vida, debieron mudarse con su padre al Valle Medio, sufriendo un desarraigo cuyo alto impacto fue suficientemente acreditado. Entiendo asimismo que dada la conformación del grupo familiar, con una pareja muy consolidada e hijos casi adultos, se acrecienta —al menos en principio— el impacto en el viudo más que en los hijos que ya han sido criados, aunque ciertamente la muerte del progenitor y más cuando acontece a una edad anormal y

por causas violentas, seguramente es uno de las situaciones más aflictivas y traumáticas que puede sufrir el ser humano. De autos, surge asimismo acreditado con la pericial psicológica el alto impacto del hecho y como dije, ha de ser ello considerado al cuantificar la indemnización por daño moral. Así no podemos desentendernos del diagnóstico realizado por la perito psicóloga en relación al Sr. Á. L., "stress post traumática grave, crónica, reactiva al hecho de autos" (fs. 246 vta.), con una indicación de tratamiento de por lo menos un año. Y también el diagnóstico similar respecto de J. L., aunque calificado como leve y con indicación de tratamiento de cuanto menos seis meses. Me inclino por consiguiente por otorgar un mayor importe al concubino, que a los hijos. Y también a realizar cierto distingo entre aquél hijo sobre el que se practicó la pericial psicológica —J.— que los restantes, aun cuando estos últimos fueren los menores respecto de los que podría pensarse que el impacto fuere mayor. La ausencia de pericial en este sentido, evidentemente nos limita. Consecuentemente, ponderando asimismo que más que las cifras monetarias, importa el poder adquisitivo que las mismas representan por los distintos momentos con las que se vinculan, propongo que como indemnización por daño moral, se eleve la correspondiente al Sr. Á. C. L. a la suma de Pesos Ochocientos mil ($800.000.-), y las correspondientes a J. M. L., E. D. L. y Axel G. L., a las respectivas sumas de Pesos Setecientos mil ($700.000.-), Pesos Seiscientos mil ($600.000.-) y Pesos Seiscientos mil ($600.000.-). Todos estos importes son a valores de la sentencia de primera instancia (01/02/2016 y llevarán idénticos intereses propuestos precedentemente para el rubro denominado valor vida...".

Si a esos valores $600.000,00.- por cada hijo le computáramos la incidencia del proceso inflacionario, teniendo presente que se ha tratado de una sentencia del 01 de febrero de 2016; estaríamos hablando de una sentencia actual aproximada de $2.160.000,00.- para cada reclamante.

Ahora bien, en la causa que utiliza de parámetro el recurrente —"Tambone, Daniela V. y otros c. Maidana, Jorge O. y otros s/ ordinario" (Expte. N° A-2RO-966-C1-16)"; luego del pronunciamiento del STJ y del reenvío para el dictado e nueva sentencia, se pronunció este cuerpo con integración subrogante y con el voto rector de la Dra. Paula Bisogni —compartido por la Dra. Gabriela Gadano y por el Dr. Walter Peña—, el 27 de diciembre de 2018; estableciendo para el particular —daño moral— la siguiente cuantificación "... En esta tarea, —y teniendo en cuenta las apelaciones planteadas por ambas partes— juzgo razonable incrementar el monto de la indemnización por daño moral establecido en la sentencia de 1ª instancia, fijándola en la suma de $600.000 para el cónyuge Sr. D. T., en la suma de $400.000 para la hija L. T., $350.000 para cada una de las hijas D., M. y M. T. y $300.000 para el hijo menor D. T. Ello así en función de la diferente afectación entre los hermanos y consecuentes implicancias psíquicas de las que dan cuenta las pericias psicológicas practicadas en autos...".

Teniendo presente el tiempo transcurrido desde esa sentencia, y conforme los tres resarcimientos allí fijados en función de las distintas afectaciones, para los dos casos de mayor afectación —el del cónyuge y el de la hija L.—; habida cuenta de la naturaleza de deuda de valor y el severo proceso inflacionario crónico, hoy importarían aproximadamente resarcimientos de $1.450.000,00.- y $970.000,00.

En suma, no veo fundamentos para la disminución del resarcimiento del daño moral, por lo que propongo al acuerdo el rechazo del agravio.

5.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo confirmar la sentencia en su mayor extensión, revocando parcialmente la cuantía de la indemnización concedida por "Pérdida de Chance"; quedando determinada la indemnización para la Srta. T. M. en $1.018.457,33.- y para la Srta. M. I. M., la cantidad de $1.022.559,00.- con los intereses determinados en el fallo recurrido; entendiendo pertinente mantener la atribución de costas —pese a la disminución del rubro pérdida de chance— en tanto lo trascendente que es la condena se ha mantenido, y la disminución ha operado en función de la aplicación de la doctrina legal vigente, y no porque no resultara entendible la postura de resistencia de la actora sobre el punto —art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial—; en tanto que habiéndose diferido la regulación de honorarios de primera instancia, propongo regular para esta segunda, el 30 % de los que le correspondan para la primera instancia, a los letrados de la actora.- (arts. 6 y 15 de la ley G-2212).

Así voto.

El doctor *Martínez* dijo:

Compartiendo en lo sustancial los argumentos expuestos por el estimado colega que me ha precedido en el orden de exposición, adhiero a su propuesta de solución del caso.

Remarco que para esta decisión final mucho tiene que ver la aplicación del principio de congruencia, así como también la obligación impuesta por el art. 42 de la ley 5190, desde que en lo personal considero injusta y contraria a derecho la determinación de la indemnización por la pérdida de chance a valores del hecho y no actuales, así como la consideración del SMVM como ingreso de la víctima, además de la utilización de la formula de matemática financiera que

detrae de la indemnización lo que supone es la renta que le produce el capital desde el hecho, cuando ningún dividendo pudo haber producido desde que no ha sido abonada. La absurdidad en el caso es patente porque se reconoce indemnización por un lapso que ya se cumplió íntegramente y entonces no hay ningún pago anticipado para contemplar la supuesta renta. En mi opinión debiera calcularse tal rubro indemnizatorio de modo lineal, pero ante la obligatoriedad de la jurisprudencia del cimero tribunal de Justicia en el punto, es que me expido en el sentido expuesto. Tal mi voto.

El doctor *Maugeri* dijo:

Que atendiendo a la coincidencia de opinión de los dos primeros votantes, se abstiene de emitir su opinión (art. 271 CPC).

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería resuelve: 1. Confirmar en su mayor extensión la sentencia recurrida, revocando parcialmente la cuantía de la indemnización concedida por "Pérdida de Chance"; quedando determinada la indemnización para la Srta. T. M. en $1.018.457,33.- y para la Srta. M. I. M., la cantidad de $1.022.559,00.- con los intereses determinados en el fallo recurrido; con costas a la demandada —art. 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Comercial— como resulta de los considerandos precedentes. 2. Regular para esta segunda, el 30 % de los honorarios que le correspondan para la primera instancia, a los letrados de la actora.- (arts. 6 y 15 de la ley G-2212); conforme resulta de los considerandos. Regístrese, notifíquese y vuelvan a origen. — *Víctor D. Soto. — Gustavo A. Martínez. — Dino D. Maugeri* (en abstención).

DAÑOS EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Responsabilidad por daños originados en partes comunes. Humedad proveniente de balcones. Rechazo del daño moral.

1. — En la propiedad horizontal, respecto a los balcones, se considera común su estructura, mientras que los revestimientos se juzgan como cosa propia.

2. — Habiendo concluido la experta que las causas que originan la humedad observada en el consultorio del medio del departamento de la demandante provienen de filtraciones de la losa del balcón del departamento superior, y por tanto de un sector de carácter común, es decir, incumbiendo su reparación al consorcio accionado, corresponde confirmar su responsabilidad.

3. — No se advierte que el daño ocasionado en el departamento haya sido capaz de influir en los sentimientos de la actora o generado dolor o afección a la salud que deba ser compensado. Es que, el daño moral en el plano contractual no se presume, y la actora no habita en el departamento, sino que en el mismo atiende su consultorio, y pese a la incomodidad de tener que atender alternadamente con su hermana, no dejó de hacerlo.

CNCiv., sala C, 15/04/2021. - Poulisis, María Roxana c. Cons. de Coprop. Araoz 2241 s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9217/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

L. CIV 68036/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 15 de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

Sobre la cuestión propuesta el doctor *Díaz Solimine* dijo:

I. La sentencia dictada a fs. 467/473 hizo lugar a la demanda promovida y condenó al Consorcio de Propietarios de la Calle Aráoz 2241 de esta ciudad de Buenos Aires a realizar dentro del término de diez días de notificada la sentencia las reparaciones mencionadas a fs. 437/438 del informe técnico pericial, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 513 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, y asimismo, a pagar a María Roxana Poulisis la suma de $274.697,74 con más los intereses y las costas del proceso. Rechazó la demanda respecto del citado como tercero Federico Friedlander, con costas al Consorcio.

Apelaron la accionante y el Consorcio demandado, quienes expresaron agravios a fs. 499/500 digital y fs. 501 digital, respectivamente.

Los traslados fueron contestados a fs. 503/504 digital —Consorcio—, fs. 506/507 digital —tercero Friedlander— y fs. 509/511 digital —la parte actora—.

El Consorcio demandado se queja sobre la responsabilidad atribuida en la sentencia de grado, y la procedencia o cuantía establecida en cuanto al daño moral.

Los agravios de la parte actora se centran en el monto fijado para resarcir el daño moral y la fecha establecida para el inicio del cómputo de los intereses.

Consideraré liminarmente las quejas referidas a la atribución de la responsabilidad, para continuar luego, en su caso, con los restantes agravios.

II. Sobre la responsabilidad.

1. Refirió la accionante ser condómina —junto con su hermana— del departamento identificado con la letra "A" del Noveno Piso del edificio ubicado en la calle Aráoz 2241 de esta ciudad, el que es utilizado por ambas como consultorio, siendo las dos médicas psiquiatras.

Afirmó que se comunicó con el Sr. Administrador ante la existencia de humedad en la unidad funcional, sin obtener respuesta favorable. Consecuentemente, por su propia cuenta, requirió un informe de arquitecto, determinándose que el origen de los daños se encontraba en el desagüe pluvial, frentines y aislación hidrófuga del balcón de la unidad ubicada en el piso superior (10° "A") y desagües y alimentación de agua fría y caliente de la cocina.

Expuso también que comunicado que fue ello al Administrador, el mismo afirmó que la real causa del problema se encontraba en los cerámicos del balcón superior, cuya reparación no correspondía al consorcio sino al propietario de dicho inmueble.

Por su parte, la actora insiste en que en virtud de la normativa vigente y lo que surge del Reglamento de Copropiedad, la causa de la humedad se encuentra en partes comunes del edificio, por lo que la reparación corresponde al Consorcio, lo que reclama en autos.

Al contestar la demanda, el Administrador del Consorcio invocó, que ante la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de conformidad con el art. 2043 del mismo, el mantenimiento de los revestimientos de los balcones queda a cargo de los propietarios de la unidades funcionales, lo que fue comunicado a los consorcistas, quienes procedieron a realizar las refacciones necesarias, salvo el Sr. Federico Friedlander, propietario del departamento ubicado en el Piso 10° "A", desde el cual provienen las filtraciones en cuestión. Aduce que a cargo del mismo se encuentra la responsabilidad de la reparación de los daños reclamados en autos, causados por la humedad en el inmueble de la actora.

El Sr. Federico Friedlander fue citado en autos como tercero. Expuso, que si se produjeron filtraciones desde su unidad hacia la ubicada en el piso inferior, no se deben al estado del revestimiento del balcón, que siempre estuvo en buenas condiciones, sino a fallas en la aislación hidráulica de la losa, del desagüe pluvial o del frentín del mismo, encontrándose su reparación a cargo del Consorcio.

2. La colega de grado admitió la demanda entablada contra el Consorcio de Copropietarios accionado y la desestimó contra el tercero citado Sr. Friedlander, pues entendió que, acreditado que fue en autos el carácter común del origen de las filtraciones que dañaron el departamento de la accionante, el consorcio no probó una eximente con la entidad como para fracturar el nexo causal, motivo por el cual debía responder por el reclamo resarcitorio de la actora.

Se queja por ello el consorcio accionado e insiste en que las filtraciones producidas en la unidad funcional de la Sra. Poulisis provienen del mal estado de conservación del revestimiento del balcón del departamento ubicado en el piso inmediatamente superior al de ella, propiedad del tercero Friedlander. Solicita la rigurosa aplicación del art. 2043 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y en consecuencia, la revocación de lo decidido por la Magistrada de grado, rechazándose la sentencia contra su parte.

3. Habré de señalar primeramente que "el objeto del derecho real de la propiedad horizontal, que el artículo 2039 del Cód. Civ. y Com. de la Nación denomina unidad funcional, está integrado por partes privativas de aprovechamiento independiente sobre las cuales cada titular ejerce un derecho exclusivo, y por un porcentual determinado sobre las partes comunes, que pertenecen en condominio a todos los propietarios, sujeto a indivisión forzosa, que facilitan aquel aprovechamiento, directa o indirectamente" (conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial de la Nación" - Comentado, Rubinzal-Culzoni Editores, T. IX, p. 445).

En tal sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación nos habla enunciativamente en el art. 2041 de las cosas y partes necesariamente comunes, determinando entre ellas, en su inciso d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso la de los balcones, indispensables para mantener la seguridad.

Se menciona ahora los balcones, que no estaban enumerados en la vieja ley. Los balcones son, conforme a ordenanzas municipales, la superficie en voladizo, accesible, limitada lateralmente por parapeto o baranda. En doctrina se disentía sobre si el balcón se debía considerar propio o común, siendo usual que los reglamentos los calificara como común de uso exclusivo. Ahora, se considera común su estructura, mientras que los revestimientos se juzgan como cosa propia (art. 2043 *in fine* del Cód. Civil y Comercial), solución que también seguía parte de la doctrina. En efecto, Highton sostenía (Highton, Elena I., Propiedad horizontal y Prehorizontalidad, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 106) que "la continuación del plano horizontal común —la estructura— seguirá siendo común, como también la baranda que forma parte del frente del edificio. En cambio los revestimientos —baldosas— y el espacio y superficie que cierra el balcón será de propiedad exclusiva si así lo dispone el reglamento. Precisando el tema, a la luz del nuevo ordenamiento, los balcones son cosas comunes, lo único necesariamente propio son los revestimientos (conf. Alterini, Jorge H. "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", 2ª ed., actualizada y aumentada, T. IX, p. 806).

Así, la cuestión específica a dilucidar en autos consiste en determinar si las filtraciones provienen de la estructura del balcón —de carácter común—, cuya reparación de encontraría a cargo del Consorcio, o bien del revestimiento del mismo —de carácter propio—, que debería ser reparada por el propietario del departamento 10°A, el citado como tercero Sr. Federico Friedlander.

4. Procederé en consecuencia a examinar las distintas pruebas producidas en autos, que evaluaré a la luz de las reglas de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal).

Asimismo, aclaro que me limitaré a considerar los agravios sobre las cuestiones centrales que sean útiles para fundar la decisión a adoptar.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha esbozado de manera reiterada que "...Los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones ni, imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos..." (Fallos: 333, 526; 300:83, 535; 302:676, 916, 1073; 303:235, 1030; 307:1121).

Obra agregado a fs. 203 un acta de constatación realizada por escribano público, de fecha 20 de septiembre de 2017, donde expone el notario que: "...me constituyo en la calle ..., de esta Ciudad, al efecto de cumplir con mi cometido, en compañía de la requirente. Ingresamos al departamento donde realiza sus tareas profesionales la compareciente y observo manchas de humedad y desprendimiento de pintura en el techo de uno de los consultorios...procedo a tomar fotografías del consultorio indicado, las que una vez reveladas y certificadas agregaré a la primera copia de la presente escritura...."

A fs. 204/208 se encuentran agregadas las fotografías referidas, certificadas por el Escribano Diego Asenjo.

Obra asimismo a fs. 328/340 pericia realizada por la perito arquitecta desinsaculada en autos, Fabiana Ruiz, que resulta de fundamental importancia pues es parte esencial en juicios como el presente.

Describió la experta que el edificio en cuestión es de construcción tradicional, con vigas y losas de hormigón y que el espacio para balcones se conformó a través de losas en voladizo. Advirtió que presenta un buen estado de conservación en general, siendo de 11 pisos sobre rasante, más un subsuelo, con un total de 46 unidades funcionales, con fecha aproximada de edificación de 1970.

En cuanto al inmueble de la accionante, unidad N° 43, ubicada en el piso 9°, departamento "A" del edificio en cuestión, expresó que consta de cocina integrada al living-comedor con acceso directo al balcón corrido que da hacia el frente, dos dormitorios, uno principal y otro secundario y un baño. Desde el dormitorio principal también se accede al balcón.

Indicó que actualmente, ambos dormitorios son utilizados como consultorios médicos, y al momento de la visita observó que el departamento presenta un buen estado de mantenimiento general por parte de los propietarios. Asimismo, que existen manchas de humedad en los cielorrasos de ambos consultorios; en el cielorraso del living pudo apreciar una rotura importante y marca de manchas de humedad. Constató que las manchas de ambos consultorios-dormitorios estaban húmedas, con presencia de nuevas manchas de humedad producto de las lluvias ocurridas durante la madrugada anterior al día de la visita. Indicó que las manchas de ambos consultorios ocupan un 80% de la superficie del cielorraso. Las manchas y rotura del cielorraso del living no presentaban humedad, pero ocupan un 30% del mismo.

Adjuntó a la experticia material fotográfico.

Informó que durante la visita, accedió a inspeccionar también la unidad funcional que se encuentra por encima del departamento de referencia, el 10° "A".

En el mismo observó que se habían realizado algunas reparaciones: a) La habitación principal presentaba remiendos en el piso de parquet. La misma se encuentra encima del dormitorio principal del 9° "A". En el sector donde presentaba el remiendo, en el ángulo próximo a la puerta ventana, se observó presencia de humedad; b) En el balcón se había aplicado una membrana líquida color roja, aproximadamente unos seis meses atrás, percibiendo en uno de los extremos del balcón la presencia de un pequeño escalón. El balcón presentaba suciedad de obra y exceso de peso (maceteros), lo cual impide el libre escurrimiento del agua hacia el desagote de la losa del balcón; c) el propietario colocó en el balcón una bacha de lavadero, el desagüe se lo conectó al desagüe del baño. Observó bajo la bacha, en el espacio por donde corre el caño de descarga, que la pintura estaba englobada.

Especificó que las causas de los daños relevados en el departamento 9° "A" podrían provenir de: 1. Un mal estado de la carpeta hidrófuga de la losa del balcón del 10° A; 2. Por problemas en las cañerías de desagües del balcón del 10° A; 3. Por la presencia de material de obra y exceso de peso en la losa del balcón del 10° A, lo cual no permite que el agua escurra libremente hacia el desagote de la losa del balcón; 4. Por filtraciones en la cañería del desagüe de la bacha de lavadero agregada en la pared del frente en el espacio del balcón; 5. Por pequeñas fugas en la cañería de calefacción del edificio.

Expuso también que en el momento de la visita se estaba utilizando uno de los consultorios. El cielorraso presentaba manchas de humedad recientes, por consiguiente la doctora evitaba encender las luces del mismo.

Observó que las filtraciones sufridas afectan la función de piel reguladora y del confort hidrotérmico. La presencia de humedad en un 80% del cielorraso de ambos consultorios, facilita la generación y presencia de ácaros.

Expresó también que las filtraciones del cielorraso del living habían cesado, pero las restantes continuaban, es decir, que al momento de la visita, no se había reparado la causa que las producía. Se estaba descascarando la pintura y el yeso aplicado a la losa, desprendiendo. Ello favorece la proliferación de hongos y bacterias.

Para concluir, indicó la perito que a fin de que la unidad del 9°A deje de sufrir filtraciones se deberán determinar las causas que las provocan.

Propuso la arquitecta al respecto, realizar una prueba de agua en el balcón para determinar si las filtraciones provienen de una falla en la barrera hidrófuga o si provienen por fisuras en las cañerías de desagüe de la losa del balcón; también aconsejó realizarla en el desagüe de la cañería del lavadero. Planteó asimismo una prueba de hermeticidad en las cañerías de calefacción.

Tras el pedido de explicaciones y aclaraciones solicitadas por la accionante, por el consorcio y el tercero citado, que fueron respondidas por la perito a fs. 354/359 y fs. 367/368, describiendo entre otros temas la forma de realización de la mentada prueba de agua y hermeticidad aconsejadas, la Magistrada de grado dispuso en audiencia del día 6 de mayo de 2019, la realización de las referidas medidas de prueba de agua propuestas —v. acta de fs. 370/vta.—.

El informe técnico pericial respectivo luce a fs. 434/438.

Indicó la perito que la nueva inspección al departamento de la actora se realizó el 15/08/2019, junto con los consultores técnicos de la demandada y tercero citado.

En tal ocasión se verificó que se retiró parte del estuco aplicado en la losa de la habitación del departamento y se tomaron niveles de humedad en varios puntos críticos: losa de sala de espera, en el sector afectado por la rotura de la cañería de calefacción —no se observó presencia de humedad—; en el consultorio del medio en cielorraso y paredes afectadas —se observó presencia de humedad en los ángulos entre el cielorraso y cajón de la cortina de enrollar y en el centro de la habitación, cerca de la boca de iluminación—; en el último consultorio —no se observó presencia de humedad.

Afirmó la perito que entiende, que las causas que originan la humedad observada en el consultorio del medio, provienen de filtraciones de la losa del balcón del departamento 10° A.

Tras las aclaraciones que solicitó el Consorcio, la perito arquitecta ratificó su conclusión a fs. 446.

5. Debo recordar que los jueces no somos, en principio, especialistas en ciencia alguna que no sea la aplicación del derecho y que por ello, en otras cuestiones técnicas, nos resulta necesario acudir a la prueba pericial. La experticia nos permite elaborar nuestra convicción. Pero ello bajo la óptica de los principios de la sana crítica, porque sino bastaría con someter la cuestión a un perito y adherir, sin más, a sus conclusiones.

Ello surge por lo demás del propio art. 477 del Código Procesal en tanto establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez 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.

Por ello mismo, para apreciar sus dichos, o más precisamente para apartarse de sus conclusiones, "el juez debe demostrar que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos" (Arazi, Roland, "La prueba en el proceso civil", Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 405).

En la medida que no he advertido que se hayan demostrado errores que autoricen a desmerecerlo he aceptado el dictamen pericial de arquitectura referido y las explicaciones brindadas, en los términos del art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Por ello, habiendo concluido la experta que las causas que originan la humedad observada en el consultorio del medio del departamento de la demandante, provienen de filtraciones de la losa del balcón del departamento 10° A, y por tanto de un sector de carácter común, es decir, incumbiendo su reparación al Consorcio accionado, habré de concluir de igual manera que la colega de la instancia anterior.

Por ello propiciaré al Acuerdo, la desestimación de los agravios del Consorcio demandado y la confirmación de lo decidido por la "*a quo*" en cuanto a la atribución de la responsabilidad.

III. Sobre el daño moral.

El rubro prosperó por la suma de $250.000, quejándose el Consorcio por su procedencia; en su caso por la cuantía establecida que considera elevada, requiriendo su desestimación o reducción a un mínimo razonable.

La demandante por su parte, entiende que el monto fijado resulta escaso, motivo por el cual peticiona su elevación.

Corresponde señalar primeramente que se ha sostenido al respecto que "no procede suma alguna por daño moral cuando solo se han producido daños materiales parciales a un inmueble y no se ha acreditado dolor humano que deba ser compensado en tanto nada se ha perdido en el patrimonio moral del actor. Es que, esta institución fue introducida en la ley a fin de resarcir o reparar la lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona cuando se perturbe su vida, su tranquilidad, su libertad, su honor, su salud u otros valores extrapatrimoniales" (Sum. N° 15.779 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 3/2004; conf. Sala F, "Zelaya L. A. c. Raele, Alberto A. y otro s/ daños y perjuicios", de 30/09/2003).

Apreciadas que fueron las constancias de autos, no advierto que el daño ocasionado en el departamento haya sido capaz de influir en los sentimientos de la actora o generado dolor o afección a la salud que deba ser compensado. Y ello no significa que no tenga en cuenta las molestias, dificultades e inconvenientes que debiera soportar por el hecho dañoso, sino que entiendo que las mismas no son de una entidad tal que merezcan la reparación pecuniaria aquí reclamada.

En efecto, he notado que los testigos ofrecidos por la accionante nada declaran respecto de la aflicción moral, violación de los derechos personalísimos, de su integridad personal, salud psicofísica o interferencia del proyecto de vida invocada por la actora.

No desconozco que el testigo A. C. indicó que "...en diferentes oportunidades a lo largo de este tiempo... distintos pedidos le ha hecho al consorcio para el problema del arreglo de los techos... el estado anímico no es bueno, en reiteradas oportunidades me lo ha manifestado estando nerviosa por la situación en la que se encontraba, no teniendo una solución y atendiendo al tipo de pacientes que ella atiende... tener que cancelar las entrevistas... ya que comparte el consultorio con su hermana y al no poder atender las dos juntas tenía que cancelar la cita con sus pacientes. No es lo mismo cancelar una entrevista con un dentista que con un psiquiatra..." (fs. 428/ vta.).

Tampoco lo relatado por el restante testigo, Sr. P. L. a fs. 429, quien expresó que: "...la doctora habla regularmente del tema del techo que le preocupa un montón, me pregunta que opino como arquitecto, y esto viene en aumento desde hace más de un año...el departamento estaba bien pero empezó como una pequeña humedad en un momento y fue creciendo y creciendo hasta que en algún momento tuvo que mudarse al consultorio de al lado ya que no podía atender en ese que atendía antes...el mismo departamento tiene dos habitaciones y un living, una habitación es un consultorio y la otra es un consultorio...cuando me refiero a que se mudó, es de una habitación a la otra ya que una estaba

mejor que la otra...Hasta donde yo se, ahora pueden usar una sola de las dos y las profesionales que atienden ahí se tienen que turnar o atiende una o atiende la otra...".

Es que, partiendo de la base que el daño moral en el plano contractual no se presume, considero asimismo, que la actora no habita en el departamento, sino que en el mismo atiende su consultorio, y que pese a la incomodidad de tener que atender alternadamente con su hermana, no dejó de hacerlo.

Es decir, pese a las incomodidades y reiterados reclamos al Consorcio, en el caso, no ha demostrado la actora de manera alguna la alteración del equilibrio espiritual, de su salud psicofísica, de su integridad personal o interferencia de su proyecto de vida invocado en la demanda.

A mi modo de ver, no habría razón para la procedencia de la indemnización aquí pretendida, contemplada actualmente en el art. 1738, segunda parte del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Es que "no todo incumplimiento contractual trae aparejado daño moral, pues la reparación respectiva queda sujeta a la libre apreciación del juez acerca del hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, pues no puede sustentarse en cualquier molestia que se derive de la satisfacción de las prestaciones contractuales" (conf. Llambías, "Obligaciones". T. 1, p. 353, N° 270 bis y "Código Civil Anotado", T. II-A, p. 177; Borda, "Obligaciones", T. 1, p. 170, n.75; Bustamante Alsina, "Teoría General de la responsabilidad civil" p. 183, n° 570/571; Mayo, en Belluscio-Zannoni, "Código Civil comentado-anotado y concordado" T. 2, p. 733, n° 4; Huberman, "El daño moral en la responsabilidad contractual" LA LEY, 149-522).

Por ello, propongo al Acuerdo admitir el agravio del Consorcio accionado y revocar la procedencia de este rubro reclamado por la accionante. Corolario de ello, propicio rechazar el agravio introducido por la actora.

IV. Sobre los intereses.

La Magistrada de grado determinó que los intereses se liquidarán, desde la notificación de la demanda, según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Se agravia la parte actora por la fecha de comienzo de los mismos, solicitando a este Tribunal que sean establecidos desde la fecha de interpelación al Consorcio, es decir el 01/12/2016, pese a indicar que la misma no ha sido recibida.

Debo considerar que, el escueto esbozo realizado por la accionante al respecto en su expresión de agravios, no contiene los recaudos mínimos que permitan considerarla como tal, pues no se observa que ello importe una crítica "concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas", como impone el art. 265 del ordenamiento procesal.

Al respecto, ha decidido esta Sala de modo reiterado, tras recordar las exigencias del artículo referido con relación a la expresión de agravios, que esta, para que cumpla su finalidad, debe constituir una exposición jurídica que mediante un análisis serio de la sentencia apelada demuestre su equivocación o los errores —de hecho o de derecho— que contiene; por ello, la mera discrepancia con el monto establecido por el sentenciante sin rebatir sus fundamentos no satisface los recaudos técnicos precedentemente enunciados (conf. esta Sala C, R. 503.019, del 22/04/2008, entre otros) ni tampoco lo hace el mero disenso con la interpretación efectuada en el fallo en crisis sin fundamentar la oposición, o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, debiendo presentarse una crítica precisa de cuáles son los errores que la resolución contiene, ya sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho (conf. Fassi, Santiago, "Código...", T. I, p. 474, N° 923, ed. 1975; Areal - Fenochietto, Manual de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo II, p. 577).

Por lo demás la restricción que al Tribunal impone el art. 277 del mismo ordenamiento, pone en cabeza del apelante la carga de la debida fundamentación mediante el ataque directo y pertinente al desarrollo expuesto por el *a quo* en la sentencia recurrida, demostrando que el mismo, y por ende su conclusión, es erróneo en su construcción.

Es el ataque fundado el que proporciona a la Alzada la medida de su actuación.

Por ello, y de conformidad con lo normado por el art. 266 del Código Procesal propongo al Acuerdo que se declare desierto el agravio referido a la fecha de inicio del cómputo de los intereses.

V. En definitiva, si mi voto fuese compartido, propongo al Acuerdo: 1) Revocar la procedencia del rubro "daño moral"; 2) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto demás decide y fuera motivo de agravios; 3) Imponer las costas de Alzada por su orden, atendiendo a la procedencia de los agravios (conf. Art. 68 del Código Procesal).

Por razones análogas a las expuestas, los doctores *Trípoli* y *Converset* adhirieron al voto que antecede.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve: 1) Revocar la procedencia del rubro "daño moral"; 2) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto demás decide y fuera motivo de agravios; 3) Imponer las costas de Alzada por su orden, atendiendo a la procedencia de los agravios (conf. Art. 68 del Código Procesal). El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2, 4 y 5 de la Acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/2013) y devuélvase. — *Omar L. Díaz Solimine. — Pablo Trípoli. — Juan M. Converset.*

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS

Relación con el proceso principal. Notificaciones. Emergencia sanitaria.

> El beneficio de litigar sin gastos, aunque reviste carácter autónomo en la regulación de su trámite vinculado a la fiscalización de la prueba, está decididamente ligado al proceso principal al que accede y respecto del cual se pretende obtener la franquicia en el pago de las costas generadas. Tal es una de las razones fundamentales por la que las costas deben seguir la suerte decidida en el juicio de origen. Al ser así, no se advierten razones que impidan avanzar con las notificaciones en los domicilios electrónicos constituidos respecto de aquellas personas humanas y jurídicas que tomaron intervención en el proceso principal. Esta conclusión cobra especial trascendencia, si se tiene en cuenta el limitado funcionamiento de las oficinas de notificaciones en la actualidad en virtud de la emergencia sanitaria.

CNCiv., sala I, 26/05/2021. - Harvey, Marcela Miryam c. Carabajal, Adriana Jovina y otro s/ beneficio de litigar sin gastos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/57094/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

Expte. n° CIV 036295/2020/1/CA001

2a Instancia.- Buenos Aires, 26 de mayo de 2021.

Considerando:

I. La parte actora interpuso el pasado 26 de marzo recurso de reposición con apelación en subsidio contra el proveído del 23 del mismo mes por el que el juez de primera instancia desestimó el pedido tendiente a que se validen en este incidente los domicilios electrónicos constituidos por las distintas codemandadas en el proceso principal. El magistrado, tras desestimar el primero de ellos, concedió el segundo mediante la decisión del 9 de abril y dio lugar a la intervención de este tribunal de alzada.

II. En la valoración del asunto conviene señalar que el beneficio de litigar sin gastos, aunque reviste carácter autónomo en la regulación de su trámite vinculado a la fiscalización de la prueba, está decididamente ligado al proceso principal al que accede y respecto del cual se pretende obtener la franquicia en el pago de las costas generadas.Tal es una de las razones fundamentales por las que este tribunal ha decidido –como principio general– que las costas deben seguir la suerte decidida en el juicio de origen (conf. esta Sala, "Lizardo, Ernesto Fabián y otro c. Cobos, Julio Agustín y otros s. beneficio de litigar sin gastos", expte. nº 100802/2012 del 9/5/2017; entre otros).

Al ser así, no se advierten razones que impidan avanzar con las notificaciones en los domicilios electrónicos constituidos respecto de aquellas personas humanas y jurídicas que tomaron intervención en el proceso principal. Esta conclusión cobra especial trascendencia si se tiene en cuenta el limitado funcionamiento de las oficinas de notificaciones en la actualidad en virtud de la emergencia sanitaria.

La jurisprudencia del fuero también se ha pronunciado en este sentido. Se ha dicho recientemente que "[f]rente 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" (esta Cámara, Sala M, "Incidente nº 1 – Actor: Loto, Jeremías Nicolás s. beneficio de litigar sin gastos", expte. nº 93034/2019 del 5/3/2021).

Finalmente, en virtud de la ampliación de demanda admitida el pasado 12 de abril en el proceso principal respecto de Germán Lartigue, cuya notificación se encuentra pendiente a la fecha, hágase saber que la solución aquí propiciada se le hará extensiva en la medida que constituya domicilio electrónico en dicha causa. Por el contrario, en la hipótesis de que se lo declare rebelde o se le aplique la sanción contenida en el artículo 41 del Código Procesal por no presentarse a estar a derecho, la citación tendrá que cumplirse en su domicilio real.

En definitiva, por las razones expuestas, será admitido el recurso de apelación y revocado el pronunciamiento. Las costas de alzada serán distribuidas por su orden dado que no medió intervención de la contraparte (arts. 68, segundo párrafo, y 69 del Código Procesal).

Por todo lo dicho, *resuelve:*

Revocar el proveído del 23 de marzo de 2021 –mantenido el 9 de abril– con el alcance que surge del pre-

sente pronunciamiento, con costas de alzada por su orden.

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. A su vez, se dicta sin perjuicio de la vigencia de la suspensión general de plazos procesales dispuesta por la acordada 8/2021.

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 Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las acordadas 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.*

VALORACIÓN DE LA PRUEBA. PRUEBA DE INFORMES

Medios de prueba. Señalización. Inidoneidad de la testimonial. Principio de originalidad. Exhibición de documental. Presunciones.

1. — Es dable afirmar que tal como lo señala el *a quo*, la vía idónea a los efectos de acreditar el hecho que procura probar la actora —la existencia del cartel en el lugar indicado— por la naturaleza de la cuestión y en miras de la eficacia convictiva procurada, debería haber sido la prueba informativa a la municipalidad de Córdoba a los efectos que informe acerca de la cuestión de marras, o una fotografía de la época del siniestro. De manera que, no cabe duda alguna de que, a los efectos de acreditar el extremo invocado por la parte actora, la prueba idónea y por ende, con mayor eficacia convictiva, es la informativa y/o documental, y no —como pretende el apelante— la testimonial.

2. — Si bien nada impide que mediante la prueba testimonial se procure acreditar en el juicio la instalación o ubicación de una señalización de tránsito apostada en una determinada ubicación, este medio probatorio no queda exento de un análisis de idoneidad. Examen que tiene que ver con el principio de originalidad —o idoneidad— en materia probatoria y supone que el medio de prueba ofrecido deberá referirse a la fuente original e inmediata de la cual se procura extraer la representación de los hechos, sea ello por su propia naturaleza o por disposición de la ley.

3. — La apelante pretende ampararse en una supuesta omisión de su contraparte —acompañar la denuncia del siniestro— a los efectos de hacer efectiva las presunciones contenidas en el régimen procesal (art. 253, Cód. Procesal local), más no ofreció como prueba dicha documental, pues para que nazca la carga probatoria de exhibir un documento, y por consiguiente la consecuencia jurídica a raíz de su omisión —presunción contraria al peticionado— resulta necesario que dicha conducta sea requerida, extremo que no se presentó en autos. En consecuencia, por lo manifestado, no resultan aplicables las presunciones invocadas por la parte recurrente.

CCiv. y Com. 5a Nom., Córdoba, 13/02/2020. - Paredes, Paola Elizabeth y otro c. Barrionuevo, Miguel Ángel y otro s/ ordinario – daños y perj. – accidentes de tránsito.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/14108/2020]

COSTAS

Se imponen a la actora.

Expte. N° 5885990

2ª Instancia.- Córdoba, febrero 13 de 2020.

1ª ¿Es procedente el recurso de apelación de la parte actora? 2ª En su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Ferrer* dijo:

1) La sentencia apelada contiene una adecuada relación de causa que cumple con las previsiones del rito, motivo por lo cual me remito a ella en beneficio de la brevedad.

2) En contra del decisorio trascripto interpone recurso de apelación la parte actora, conforme emana de la presentación que luce a fs. 281 el cual concedido, determina la competencia de este Tribunal para entender en la cuestión.

Corrido traslado a los fines de la expresión de agravios, es evacuado por el apelante a fs. 297/304 siendo respondido por su contraria a fs. 315/318, lo cual deja la causa en estado de ser resuelta.

3) La recurrente ha expuesto diversas líneas argumentales de oposición al pronunciamiento opugnado, las cuales pueden ser condensadas de acuerdo a lo que seguidamente se expresa.

Como primer agravio, el que designa bajo el rótulo de excesivo rigor formal al valorar la declaración testimonial, señala que el *a quo* fija su posición sosteniendo que el cartel de Pare estaría localizado en un lugar en particular, donde los testigos no pudieron verlo al momento del accidente, aun cuando no hay prueba de ese extremo, ni tampoco tiene importancia el momento en que ven el cartel de referencia. Ergo —afirma— los testigos, en base a su análisis lógico, son desechados en la merituación de la prueba, pues no habrían visto lo que sostenían en sus declaraciones.

Agrega que desde el punto de vista procesal, corresponde en primer medida destacar que esta prueba testimonial de referencia, nunca fue impugnada por la demandada o la citada en garantía. Dato que no se tuvo en cuenta al valorar la prueba.

Cuestiona que a estos testigos no se les imputó relación de amistad, u otra que pudiera determinar su improcedencia o parcialidad. Ergo, sus declaraciones tienen plena eficacia y aptitud probatoria.

Señala que las declaraciones cuestionadas son contestes con la descripción de las circunstancias del hecho y no se advierte que hayan incurrido en contradicción relevante alguna, ni sus dichos fueran controvertidos por la defensa presente en el acto de declaración.

Postula que su parte comprobó con testimonios que el cartel de PARE existía al momento del accidente.

Afirma que todos los que viven y circulan por la zona en esa época conocen el cartel de Pare. De ahí es que los testigos puedan conocerlo por ser consuetudinarios en el paso por el lugar.

En conclusión, demostrados los vicios en la resolución atacada, más la prueba rendida en esta causa, corresponde revocar por la sentencia atacada, resolviendo la validez de la prueba testimonial, y en su consecuencia, revocar la sentencia y admitir la demanda, atento la prioridad de paso del actor, por la existencia de este cartel.

Como segundo agravio, el que designa como falta de aplicación de las presunciones y conductas de las partes, refiere que el *a quo* no ha tenido en cuenta la conducta de las partes como objeto de prueba o como presunción en su contra.

Destaca que la citada en garantía y demandado no exhiben, ni traen al proceso la denuncia administrativa del siniestro al seguro, ni el expediente administrativo abierto al respecto, sin ninguna causa.

Añade que la aseguradora debería haber traído al proceso, esta documental que era esencial para desentrañar la verdad del hecho. Ya que ellos eran los únicos que tenían esa información y no lo hicieron.

De esta manera, concluye que nace en su contra una presunción, que sumada a la prueba testimonial, y al resto de las presunciones, dan por cierto la versión de los hechos expuesta en la demanda.

Finalmente, como tercer agravio cuestiona la imposición de costas, en forma subsidiaria y en caso de que no se haga lugar a los agravios anteriores. Estima que en lo atinente a la imposición de costas no se ha analizado dos circunstancias que hacen posible separarse del principio general de la aplicación de las costas al derrotado.

La primera de estas razones es que el actor tuvo motivos suficientes y fundados para creerse con derecho a litigar. Argumenta que amén del cartel de Pare en el caso se vieron inmersas una serie de prioridades de paso y excepciones que hacían posible el reclamo ante el órgano jurisdiccional.

Afirma que se ha tenido por comprobado el accidente de marras y solo se ha rechazada la demanda, en base a un razonamiento que no era de alcance de los actores, por la particularidad del mismo.

Asevera que no cabe duda alguna que el hecho existió de acuerdo a toda la prueba arrimada al proceso y que hay prueba contradictoria. Por ello, estima desmedido que estas personas —las actoras— deban abonar casi un total de $240.000, en honorarios cuando la tarea desplegada de la contraria no o amerita y no es innovadora.

Debe sumarse a ello, argumenta, que los daños se acreditaron oportunamente, y que en realidad la demanda no prospera por una posición jurídica respecto a cómo deben interpretarse los testimonios y las pruebas presuncionales.

En síntesis, considera que deben imponerse las costas por el orden causado.

Por todo lo expuesto solicita se revoque la sentencia atacada con costas a la demandada.

La parte demandada a fs. 315/318 contesta los agravios requiriendo su rechazo, con costas.

4) Ingresando al tratamiento de los agravios deducidos por las recurrentes, adelanto criterio en sentido desfavorable a su procedencia. Doy razones.

A) La cuestión debatida.

En primer lugar, deben determinarse los extremos sobre los cuales se plantea la cuestión litigiosa ventilada en autos. Como puede advertirse de una detenida lectura de las expresiones de agravios de las partes, la cuestión gira en torno a dilucidar la mecánica del accidente, esto es, las circunstancias en que tuvo lugar el siniestro vial motivo del presente pleito. Ello, toda vez que ambas partes reconocen que el evento tuvo lugar, más discrepan en relación quien resultó responsable.

Como es sabido, la competencia material de Tribunal del recurso se encuentra confinada a los agravios erigidos por las partes, en otras palabras "los agravios de expuestos son los que fijan los límites de la competencia del tribunal del recurso (…)". Por ende en ningún caso pueden sobrepasarse los límites impuestos por la voluntad intelectiva de la parte (…)" (Raúl Fernández. Impugnaciones ordinarias y extraordinarias en el Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba).

Siguiendo dicha pauta axil, la cuestión fundamental gira en torno a la valoración de las constancias de la causa, concretamente la existencia del cartel de "Pare" invocado por la parte actora, que hacía perder la prioridad de paso a la parte demandada, en la encrucijada en que se produjo el siniestro.

En efecto, la parte apelante atribuye la responsabilidad del siniestro al demandado afirmando que hizo caso omiso a la referida señalización, que enervaba la regla de prioridad de paso del que circula por la derecha. En torno a este argumento principal se constituye el libelo recursivo de la actora.

El Juez de grado al resolver, rechazó la demanda y en relación a este aspecto sostuvo: "Que esta aseveración del actor, se contradice con lo dictaminado por el perito mecánico oficial, el Sr. Sergio Rubén Babos, quien al constatar el lugar al tiempo de practicar la pericia, señala que no existe ningún cartel de "Pare" en el lugar indicado por las actoras (…). Ahora bien, ante esta conclusión, es evidente que el actor debió acreditar la existencia del cartel de "Pare" "en el lugar, acompañando fotografías que así lo hubieran demostrado, o haber diligenciado oficio a la Dirección de Transito de la Municipalidad de Córdoba, para que informara si a la fecha del accidente existía un cartel de Pare en el lugar, pero nada de ello se acredita" (fs. 274 vta.).

B) Análisis de los agravios. Fundamento del rechazo del recurso.

Explicitada la cuestión controvertida y luego de un análisis pormenorizado de las constancias obrantes en autos, me llevan a adelantar que el recurso interpuesto debe ser rechazado. Doy razones.

Ingresando al primer agravio, la parte apelante cuestiona la valoración formulada por el Sentenciante de las testimoniales producidas en autos, como así también, de las razones esbozadas a los efectos de descartarlas como prueba idónea a fin de acreditar la existencia del mentado cartel de "Pare" que invoca la parte actora. En consecuencia, asignándole verosimilitud a los dichos de los testigos, considera que debe tenerse por acreditado la existencia del referido cartel y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda.

Ahora bien, de un análisis integral de las constancias de la causa se evidencia que las declaraciones mediante las cuales la parte apelante pretende acreditar la existencia del cartel de "Pare" en el lugar del siniestro —dirigido a quien transita por la dirección que lo realizaba el demandado— se encuentran en innegable contradicción con las conclusiones esbozadas por el perito oficial en su dictamen. Ello es así, ya que en su dictamen presentado en fecha 03/05/2017, el perito mecánico oficial en repuesta a la segunda pregunta consigna: "En la intersección entre las Av. Bulnes y Av. Las Malvinas, al momento de la realización de esta pericial solo hay en existencia nomenclatura vial vertical y cruce de ferrocarril, desconociendo la cartelería existente al momento de la ocurrencia del siniestro, en cuanto a la prioridad de paso (…)".

En lo que hace a la valoración del dictamen pericial, sabemos que el mismo no obliga al juez ni tiene fuerza decisoria y que su eficacia probatoria emana de los fundamentos en que se apoya, ponderados de acuerdo a las reglas de la sana crítica (art. 283), que aconseja aceptar sus conclusiones cuando ellas se encuentran garantizadas por la consistencia de los principios en que se fundan y, más aún, cuando no hay antecedentes que los desvirtúen o razones serias para apartarse de las mismas.

A la luz de estas consideraciones efectuadas, en primer lugar, es dable señalar que el perito oficial se constituyó en el lugar del hecho y relevó allí en forma directa y personal la señalización vial obrante en la encrucijada, como así también, retrató el lugar mediante las fotografías que adhiere al dictamen.

A ello se agrega, que la actora no impugnó las conclusiones arribadas por el perito, ni dio razones que permitan apartarse de lo dictaminado.

Así, se ha dicho que: "En la apreciación de la prueba y en especial de la testimonial, el art. 386 del Código Procesal exige al juzgador que su valoración lo sea por los principios de la sana crítica, siéndole totalmente lícito al juez apreciar oportuna y justamente si el testimonio en cuestión parece objetivamente verídico, no solamente por la congruencia de sus dichos, sino además por la corroboración de los mismos con el resto de las pruebas que pudieran obrar en el expediente siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado" (CNTrab., Sala I, Ramírez, Ramona E. c. López Castro Ferrari y Asociados Soc. Civil y otros" Sentencia de fecha 28/02/2002).

Desde otro costado, conviene señalar que si bien nada impide que mediante la prueba testimonial se procure acreditar en el juicio la instalación o ubicación de una señalización de tránsito apostada en una determinada ubicación, este medio probatorio no queda exento de un análisis de idoneidad.

Examen que tiene que ver con el principio de originalidad —o idoneidad— en materia probatoria y supone que el medio de prueba ofrecido deberá referirse a la fuente original e inmediata de la cual se procura extraer la representación de los hechos, sea ello por su propia naturaleza o por disposición de la ley. Bajo dicho pauta rectora, es dable afirmar que tal como lo señala el *a quo*, la vía idónea a los efectos de acreditar el hecho que procura probar la actora —la existencia del cartel en el lugar indicado— por la naturaleza de la cuestión y en miras de la eficacia convictiva procurada, debería haber sido la prueba informativa a la Municipalidad de Córdoba a los efectos que informe acerca de la cuestión de marras, o una fotografía de la época del siniestro.

Tal conclusión se acrecienta si tenemos en cuenta que entre la producción del siniestro —24/12/2012— y la presentación de la demanda —21/08/2014— transcurrieron cerca de dos años, con el riesgo que conlleva para la acreditación de dicho extremo que la señalización en cuestión fuera retirada.

De manera que, no cabe duda alguna que a los efectos de acreditar el extremo invocado por la parte actora, la prueba idónea y por ende, con mayor eficacia convictiva, es la informativa y/o documental, y no —como pretende el apelante— la testimonial.

Conclusión, que sumado a lo dictaminado por el perito oficial, me llevan a considerar que en el lugar señalado la jornada del siniestro, no había ningún cartel de "Pare".

Finalmente, aun si concibiéramos como ciertos las razones invocadas por el apelante en relación a que los testigos constataron efectivamente la señalización de marras, y presumiéramos que en razón del transcurso del tiempo —entre la fecha del hecho (24/12/2012) y la pericia (03/03/2017)— dicho cartel de "Pare" fue retirado; lo cierto es que siguiendo los argumentos referidos por el *a quo*, no resulta razonable que dicha señalización estuviera apostada en el lugar indicado. Ello por cuanto "quien circula por una vía paralela al ferrocarril debe ceder el paso a quienes encarnan el cruce saliendo del paso nivel. Las razones son obvias: las exigencias del tráfico de trenes requieren esa prioridad para descongestionar rápidamente los rieles a fin de dejar expedita la circulación de aquellos" (CNCiv., Sala E, 10/08/1979, Di Lucente, José c. Yantorno Franco, LA LEY 1979-D, 131, AR/JUR/3617/1979).

De ello puede seguirse, que resulte poco probable que si el ordenamiento vial procura la celeridad en el tránsito de quienes circulan o traspasan los rieles del tren, una señal de tránsito los haga detenerse en el cruce con las vías.

Ergo, siendo que el deber de acreditar los hechos que se invocan de un imperativo del propio interés, y ante la inidoneidad de la testimonial para acreditar la existencia del cartel de "Pare" mencionado —en el lugar indicado— se configura la consecuencia desfavorable, que se traduce en el rechazo de la demanda. Sobre el particular, esta Cámara tiene dicho que: "Se percibe así que la "carga de probar", entendida procesalmente como conducta impuesta a uno o ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos denunciados por ellos, no importa "ni una obligación ni un deber" procesal (como v.gr. los de lealtad o veracidad), sino "un imperativo del propio interés del litigante", cuyo incumplimiento le apareja el riesgo de perder el pleito al no ser estimadas sus afirmaciones.")" (CCC 5 NOM. en autos "Rocchiccioli, Fernando P. c. Mar Chiquita SRL y otro - ordinario - daños y perjuicios - accidente de tránsito - recurso de apelación" (Expte. N° 2151561/36", Sentencia N° 30 del 09/03/2016). En consecuencia, por lo manifestado es que el agravio invocado por la parte actora debe ser rechazado.

Ingresando al segundo agravio, el que gira en torno a la falta de aplicación de las presunciones derivadas de las conductas de las partes, concretamente cuestionan que la demandada y la citada en garantía no traen al proceso la denuncia administrativa del siniestro al seguro, ni el expediente administrativo abierto al respecto, sin justa causa. Señalando que nace en contra del demandado y citada una presunción en su contra, que sumada a la prueba testimonial, dan por cierto la versión de los hechos invocados en la demanda. Este agravio tampoco puede ser recibido.

En primer término, y como es sabido, cabe considerar que nuestro Código adjetivo local establece en su art. 253 que: "Las partes en cuyo poder se encuentren documentos necesarios para la solución del litigio o para el cotejo pericial estarán obligadas a exhibirlos o, si se tratare de copia, a designar dónde o en poder de quién se encuentran los originales. La negativa de las partes o el incumplimiento de la obligación de exhibirlos dentro del plazo que se le fije constituirá presunción en su contra, si de otros elementos de juicio resultare verosímil su existencia y contenido."

La parte recurrente pretende subsumir el supuesto de hecho suscitado en autos a la disposición referida. Sin perjuicio de ello, de las constancias de la causa no se evidencian cumplimentados los recaudos señalados por la norma.

Afirma la doctrina, que comparto que "(...) conviene señalar que el rito impone a las partes la carga procesal de exhibir los documentos que se hallaren en su poder (o esfera de disponibilidad) de serle ello requerido por su contraparte o, si se trataren de copias, designar el lugar donde se encontraren los originales" (Díaz Villasuso, Mariano. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia. Comentado y Concordado, Advocatus, Tomo II, p. 74).

Asimismo, más adelante el autor citado refiere: "...para que nazca la carga de exhibición basta que el oferente individualice el documento —indicado en lo posible su contenido— y manifieste que se encuentra en poder del adversario...". (ob. cit., p.74).

En consecuencia, sentada la estructura conceptual sobre la que reposa la referida norma, puede advertirse que los extremos suscitados en autos no engastan en sus términos. Ello por cuanto, la apelante pretende ampararse en una supuesta omisión de su contraparte —acompañar la denuncia del siniestro— a los efectos de hacer efectiva las presunciones contenidas en el régimen procesal señalado, más no ofreció como prueba dicha documental, tal como se advierte de fs. 71/73 (escrito de ofrecimiento de prueba de la parte actora).

Como se dijo, para que nazca la carga probatoria de exhibir un documento, y por consiguiente la consecuencia jurídica a raíz de su omisión —presunción contraria al peticionado— resulta necesario que dicha conducta sea requerida, extremo que no se presentó en autos.

En consecuencia, por lo manifestado, considero que no resultan aplicables las presunciones invocadas por la parte recurrente, y por consiguiente, las conclusiones arribadas en el tratamiento del primer agravio, se mantienen indemnes.

Finalmente, cabe agregar que el régimen de la prueba presuncional adquiere virtualidad en el proceso a los efectos de producir convencimiento, siempre que por su gravedad, número y conexión con el hecho que trata de averiguarse (art. 316 Cód. Proc. Civ. y Comercial); dicho extremo en modo alguno tuvo lugar en autos.

En consecuencia, por las razones invocadas es que el presenta agravio debe desestimarse.

Ingresando al tercer y último agravio, el que se circunscribe a cuestionar la imposición de costas, cuestionando el apelante que no se han analizado dos circunstancias que hacen posible separarse del principio general de la aplicación de las costas al derrotado.

La primera de estas razones es que el actor tuvo motivos suficientes y fundados para creerse con derecho a litigar. Argumenta que amén del cartel de "Pare" en el caso se vieron inmersas una serie de prioridades de paso y excepciones que hacían posible el reclamo ante el órgano jurisdiccional. A ello agrega que los daños se acreditaron oportunamente, y que en realidad la demanda no prospera por una posición jurídica respecto a cómo deben interpretarse los testimonios y las pruebas presuncionales.

Al momento de pronunciarse acerca de las costas, el Tribunal sostuvo: "atento el resultado arribado las costas se imponen a las actoras vencidas (art. 130 del C. de P.C.) debiendo tenerse presente lo dispuesto por los 107 y 140 del CPC, al gozar las accionantes de beneficio de litigar sin gastos".

Coincido con la Sentenciante en el sentido de que pese a lo alegado por la recurrente no existen motivos para apartarse del principio objetivo de derrota contemplado en el art. 130 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

En primer término la parte apelante no ha cuestionado con idoneidad dicha fundamentación, sino que se ha limitado a realizar manifestaciones genéricas de disconformidad con lo resuelto. Es que la regla general de "costas al vencido", debe encontrar una excepción para no ser aplicada, la cual no ha sido alegada ni demostrada por la recurrente, que funda su disconformidad en que el actor tuvo motivos suficientes y fundados para creerse con derecho a litigar, como así también, que los daños se acreditaron oportunamente. Sin embargo estas razones no se erigen en un argumento que justifique apartarse del principio general. Es por ello que los fundamentos expuestos por la *a quo* para resolver de tal forma, han quedado incólumes.

Asimismo, se destaca que dentro de su embestida argumental, la parte apelante estima desmedida que las actoras deban abonar en calidad de honorarios la suma de $240.000 en honorarios cuando la tarea desplegada de la contraria, no lo amerita y no es innovadora. Sin embargo no señala yerro alguno en la regulación y además, tal como señala el Sentenciante y como surge de las constancias del Sistema de Administración de Causas que tengo a la vista, a las actoras le fue concedido el beneficio de litigar sin gastos tanto por los gastos iniciales, como por las costas (Paredes, Paola Elizabeth - Beneficio de litigar sin gastos - Expediente N° 5885997 - Auto N° 716 de fecha 22/10/2018 y Sánchez, Dahyana Ángela - Beneficio de litigar sin gastos - Expediente N° 5886001 - Auto N° 550 de fecha 01/09/2016), en consecuencia, no se evidencia el agravio invocado.

Por lo expuesto, a la primer a cuestión voto por la negativa.

C) Costas: Atento el rechazo del recurso las costas se imponen a los actores apelantes por resultar vencidos, art. 130 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Los honorarios del letrado de la citada en garantía —Río Uruguay Cooperativa de Seguros Limitada— Dr. Héctor Oscar Echegaray habida cuenta la labor desempeñada en esta instancia, la mediana complejidad de la causa, se establecen definitivamente en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del punto medio de la escala del art. 36 de ley 9459.

Por lo expuesto, así voto.

La doctora *Zalazar* dijo:

Que adhiere en un todo al voto emitido por el doctor *Ferrer.*

2ª cuestión. — El doctor *Ferrer* dijo:

Propongo: 1°) Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora Sras. Paredes, Paola Elizabeth y Sánchez, Dahyana Ángela en contra de la Sentencia N° 29 de fecha 06 de marzo de 2019. 2°) Imponer las costas a la parte actora, a cuyo fin se establecen definitivamente los honorarios profesionales del Dr. Héctor Oscar Echegaray en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del término medio de la escala del art. 36 de ley 9459.

La doctora *Zalazar* dijo:

Que adhiere en un todo al voto emitido por el doctor *Ferrer.*

A mérito del resultado de la votación precedente se resuelve: 1°) Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora Sras. Paredes, Paola Elizabeth y Sánchez, Dahyana Ángela en contra de la Sentencia N° 29 de fecha 06 de marzo de 2019. 2°) Imponer las costas a la parte actora, a cuyo fin se establecen definitivamente los honorarios profesionales del Dr. Héctor Oscar Echegaray en el cuarenta por ciento (art. 40 de la ley 9459) del término medio de la escala del art. 36 de ley 9459. Protocolícese y bajen. — *Joaquín F. Ferrer. — Claudia E. Zalazar.*

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Pintadas en pared de domicilio. Abogado. Clientela. Indemnización. Daño moral. Lucro cesante. Cuantificación de las pruebas producidas.

1. — En cuanto a la supuesta violación de la congruencia, la suma reclamada en el escrito de inicio no constituye una regla a la cual el juez deba sujetarse rígidamente ni una limitación a obtener indemnizaciones que la superen como sostiene el demandado. Esto es así, pues no se puede pretender que en dicha oportunidad el actor se encuentre en condiciones de valorar con exactitud el menoscabo sufrido. De manera que, aunque el actor, en el escrito de inicio, haya reclamado por daño psicológico una determinada suma, si como sucedió en el caso, dejó librado el monto definitivo a lo que surgiera de la prueba, no se puede sostener que la magistrada de grado haya sentenciado sobre algo no pedido, sino que a la hora de indemnizar los daños causados como consecuencia del accidente lo hizo de manera integral cuantificando con base en las pruebas producidas.

2. — Aun cuando el hecho del cual fue víctima el actor y por el cual pretende un resarcimiento —una "pintada" de leyendas ofensivas en el frente de su domicilio, donde también dijo ejercer la profesión de abogado— hubiese tenido como uno de sus objetivos desacreditarlo profesionalmente, no hay una sola prueba que permita inferir que se haya producido ese resultado dañoso privando al recurrente de una chance concreta de trabajo profesional.

3. — Como no hay prueba alguna de la intensidad de la actividad profesional del actor ni puede presumirse que esta se circunscribiera a los límites del barrio donde sucediera el hecho —pintada de leyendas ofensivas en el frente de su domicilio—, y toda vez que su matrícula lo habilita para ejercer en toda esta Ciudad Autónoma, debe rechazarse la indemnización por pérdida de chance.

4. — Aunque la realización de gastos médicos y de farmacia puede presumirse, es necesario contar al menos con algún indicio que permita inferir que el actor fue asistido a causa de las pintadas ofensivas en el frente de su domicilio y que se le debió suministrar medicación antidepresiva; y en el proceso no solo no se ha acompañado una sola factura o ticket de gastos, sino que ni siquiera se trajo una orden del médico que, según se dijo, atendiera al actor con indicación de medicación alguna.

5. — Resulta indudable la procedencia de la indemnización del daño moral, pues las inscripciones ofensivas realizadas por el demandado, sobre el frente de la vivienda del actor, afectaron la honra del demandante, al lesionar el respeto, la consideración que merece toda persona y su integridad emocional.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Pintadas ofensivas en el frente de domicilio.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Actividad: Abogado.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $90.000

CNCiv., sala B, 26/04/2021. - R., A. J. c. R., N. R. s/ daños y perjuicios - ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11109/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Exp. N° 82.599/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 26 de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el doctor *Parrilli* dijo:

I. En la sentencia dictada el día 20 de febrero de 2020 (ver fs. 285/291 del expediente en soporte papel), la Sra. Jueza de la anterior instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por A. J. R. contra N. R. R. y condenó a este último a pagar al primero $430.000, más intereses y costas, por los daños que sufriera a raíz de leyendas ofensivas que realizara el demandado respecto a su persona y actividad sobre tres secciones de la pared de su domicilio, donde también funciona su estudio jurídico.

II. Contra dicho pronunciamiento expresaron agravios A. J. R., mediante apoderado, en la presentación digital realizada el día 13 de octubre del 2020, y N. R. R. a través del escrito digital presentado el 19 de octubre de 2020, contestados por el primero el día 8 de noviembre de 2020.

En su expresión de agravios el apoderado del actor cuestionó el rechazo de las partidas "lucro cesante o perdida de chance" y "gastos médicos y farmacéuticos" reclamados por su mandante.

A su turno, el demandado, en varios pasajes de su expresión de agravios, sostuvo que la Sra. Jueza había reconocido sumas por encima de lo solicitado en la demanda, violando el principio de congruencia y específicamente cuestionó por excesivas las indemnizaciones reconocidas por daño psicológico y moral.

III. El demandado se agravió de la indemnización reconocida a R. por incapacidad psíquica sobreviniente y costo de tratamiento psicoterapéutico, que la Sra. Jueza fijó en $280.000. Dijo que se violó la congruencia porque al demandar el actor solo reclamó por este rubro indemnizatorio $70.000. Agregó que la Sra. Jueza se contradijo al reconocer una indemnización por esta partida, considerando "una renta que le permita al damnificado continuar percibiendo durante su vida útil un monto equivalente al que cobraba antes del hecho dañoso" y en el apartado "c" denegó que el reclamo por pérdida de chance de lucro cesante porque el actor no aportó prueba sobre sus ingresos como abogado.

Por otra parte, reiteró las impugnaciones que realizara en la instancia de grado al dictamen pericial.

La Sra. Jueza no incurrió en ninguna contradicción pues, a fin de determinar la cuantía de esta partida, considero la edad del abogado R. a la fecha del hecho, el período de vida que le quedaría tomando una expectativa de 75 años y, precisamente, como no se habían acreditado las ganancias efectivamente percibidas, aclaró que utilizaría como pauta de referencia de ingresos el valor de un salario mínimo vital y móvil, "con el incremento que es presumible atribuir a su capacitación profesional".

Además, el recurrente no cuestiona el método aplicado, ni las condiciones personales del actor ponderadas en la sentencia. Solo expresa un disenso respecto de la suma reconocida con escuetos enunciados que no alcanzan a constituir una crítica razonada (art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por otra parte, cabe recordar que expresar agravios no es reiterar impugnaciones a una pericia (ver en este sentido, Fenochietto-Arazi, "Códigos...", T. 1, p. 837, esta Sala mi voto *in re* "Sosa, Pedro H. c. Flores, Roxana G. y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)" Exp. N° 77.381/2014 del 05/09/2019), más aún si, como aquí sucede, esas impugnaciones fueron descartadas por el Sr. Juez, con argumentos que ni se mencionan en el escrito en examen, dichas observaciones no han contado con el aval de un consultor técnico y el ahora recurrente no ofreció puntos de pericia en su oportunidad.

En cuanto a la supuesta violación de la congruencia debo decir que la suma reclamada en el escrito de inicio no constituye una regla a la cual el juez deba sujetarse rígidamente, ni una limitación a obtener indemnizaciones que la superen como sostiene el aquí demandado. Esto es así, pues no se puede pretender que en dicha oportunidad el actor se encuentre en condiciones de valorar con exactitud el menoscabo sufrido. (ver esta Sala, mi voto *in re* "Argota, Raúl E. c. Rossetto, Aldo G. s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les. o muerte)" (Expte. N° 72.405/2013) del 19/09/2019).

De manera que, aunque el actor, en el escrito de inicio, haya reclamado por daño psicológico $70.000, si como sucedió en el caso, dejó librado el monto definitivo a lo que surgiera de la prueba (ver fs. 75 segundo párrafo), no se puede sostener que la magistrada de grado haya sentenciado sobre algo no pedido, sino que a la hora de indemnizar los daños causados como consecuencia del accidente lo hizo de manera integral cuantificando en base a las pruebas producidas (ver esta Sala, mi voto, *in re* " Roldán, Haydee E. c. Línea 71 SA y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c. les o muerte), Exp. N° 74.426/2016 del 06/04/2021).

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar los agravios vinculados a la indemnización reconocida por incapacidad psíquica sobreviniente y costo de tratamiento psicoterapéutico y se confirme este segmento de la sentencia recurrida.

IV. En cuanto a lo expresado por el demandado en el apartado III de su escrito de expresión de agravios, en punto a que "se desestime la reparación por pérdida de chance" y en el "segundo agravio" donde remarca que "se desestime el reconocimiento de los gastos médicos" como ambas partidas fueron denegadas en la anterior instancia ningún agravio hay que atender en esos aspectos.

V. El apoderado del actor se agravió porque se rechazó la indemnización que su representado solicitara por "lucro cesante o pérdida de chance". Sostuvo que la Sra. Jueza de la anterior instancia no tuvo en cuenta que no se reclamó "lucro cesante" sino solamente una pérdida de chance de "afluencia clientelar" derivadas de las pintadas realizadas en el frente de su domicilio donde también funciona su estudio jurídico (ver expresión de agravios del actor "1. rechazo de la reparación monetaria por pérdida de chance").

Considero que el agravio no puede prosperar.

El lucro cesante y la pérdida de chance no se presumen, sino que deben ser objeto de demostración (cf. Fallos: 317:144; 318:2228; 323:2930; 328:4175; Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, T. 2a, ps. 262 y 373; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2004, T. I, ps. 462 y 465).

Aun cuando el hecho del cual fue víctima el actor y por el cual pretende un resarcimiento —un "pintada" de leyendas ofensivas en el frente de su domicilio, donde también dijo ejercer la profesión de abogado— hubiese tenido como uno de sus objetivos desacreditarlo profesionalmente, no hay una sola prueba que permita inferir que se haya producido ese resultado dañoso privando al aquí recurrente de una chance concreta de trabajo profesional.

Los dos testigos aportados por el demandante solo declararon generalidades tales como que "los vecinos de la cuadra pasaban y se quedaban mirando la pared y hablaban entre ellos" (ver fs. 196 declaración testigo R.) o que había "comentarios de todo el mundo" (ver fs. 197), lo cual, más allá de que no sabemos el contenido de aquellos comentarios, puede servir para presumir el daño moral causado, pero nada aporta sobre la pretendida pérdida de chance de trabajo como abogado.

Con base en lo anterior, como no hay prueba alguna de la intensidad de la actividad profesional del actor, ni puede presumirse que esta se circunscribiera a los límites del barrio de Villa Pueyrredón —donde sucediera el hecho— ya que su matrícula lo habilita para ejercer en toda esta Ciudad Autónoma se impone rechazar los agravios del actor sobre este aspecto pues no puede sustentarse una indemnización en una acumulación de conjeturas.

Propongo al Acuerdo rechazar este agravio y confirmar lo decidido sobre el punto en la anterior instancia.

VI. La Sra. Juez de grado decidió rechazar la partida reclamada en concepto de "gastos médicos y farmacéuticos".

Contra esta decisión expresó agravios el apoderado de R., quien sostuvo que se vulneró el principio de reparación integral legislado por el art. 1748 del Cód. Civ. y Comercial pues la realización de los gastos que reclama puede presumirse por la índole de las lesiones sufridas (cfr. art. 1746 del Cód. Civ. y Comercial).

Aunque la realización de gastos médicos y de farmacia puede presumirse es necesario contar al menos con algún indicio que permita inferir que el actor fue asistido a causa del hecho que da origen a este proceso y que se le debió suministrar medicación antidepresiva y en este expediente no solo no se ha acompañado una sola factura o *ticket* de gastos, sino que ni siquiera se trajo una orden del médico que según se dijo atendiera al actor con indicación de medicación alguna. Más aún, ni siquiera se indicó el nombre del profesional o se lo ofreció como testigo o se recabó prueba informativa para que acompañara los antecedentes de la atención. Tampoco hay referencia alguna de atención médica previa a la demanda y consumo de medicación en el informe psicológico acompañado al demandar (ver fs. 65/67), ni en el dictamen pericial realizado por la perito psicóloga designada de oficio (ver fs. 201/212).

Por lo expuesto he de proponer al Acuerdo rechazar los agravios sobre este punto y confirmar lo resuelto en la anterior instancia.

VII. N. R. R. se agravió de la indemnización fijada por daño moral en favor del actor ($150.000). Afirmó que "el actor solicitó en concepto de daño moral la suma de $90.000 y el juez (...) otorgó discrecionalmente la cantidad de $150.000." violando así nuevamente el principio de congruencia y la garantía constitucional del derecho de defensa en juicio.

Por otro lado, manifestó que se debía valorar la conducta del actor "que por un lado peticiona el daño moral, y por otro lado desarrolla una conducta incompatible con su agravio" y que la Sra. Jueza *a quo* no valoró la relación del daño causado con el patrimonio del actor a la hora de cuantificar el daño.

La Corte Federal ha expresado en diversos pronunciamientos vinculados con infortunios resueltos en el contexto indemnizatorio del código civil anterior, que en lo concerniente a la fijación del daño moral, debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, 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 (Fallos: 321:1117; 323:3614; 325:1156 y 334:376, entre otros), y 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 procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. 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" (Fallos: 334:376).

Ahora bien, aun cuando resulta indudable la procedencia de esta partida, pues las inscripciones ofensivas realizadas por el demandado, sobre el frente de la vivienda del actor (ver fotografías obrantes a fs. 3 de la causa penal 21.422), afectaron la honra del aquí demandante, al lesionar el respeto, la consideración que merece toda persona y su integridad emocional, como se ha indemnizado por separado el daño psíquico y el costo de un tratamiento psicoterapéutico, no encuentro razones para apartarme de la estimación que realizara el propio demandante en el escrito inicial, que parece una prudente indemnización del daño sufrido (art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), por lo que he de proponer al Acuerdo reducir esta partida a la suma de $90.000 —pesos noventa mil—.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: 1) modificar la sentencia apelada reduciendo la indemnización reconocida a favor de A. J. R. en concepto de daño moral a la suma de $90.000 —pesos noventa mil— 2) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue materia de recurso; 3) imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento existir vencimientos recíprocos (art. 68, última parte, artículos 69 y 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así lo voto.

Los doctores *Ramos Feijóo* y *Maggio*, por análogas razones a las aducidas por el doctor *Parrilli*, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve: 1) modificar la sentencia apelada reduciendo la indemnización reconocida a favor de A. J. R. en concepto de daño moral a la suma de $90.000 —pesos noventa mil— 2) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue materia de recurso; 3) imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento existir vencimientos recíprocos (art. 68, última parte, artículos 69 y 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (cfr. CSJN Acordada 24/2013). Fecho, devuélvase. — *Roberto Parrilli. — Claudio Ramos Feijóo. — Lorena F. Maggio.*

INCOMPETENCIA. DECLARACIÓN DE OFICIO

Demanda contra distribuidora de energía eléctrica. Improcedencia de la declaración de incompetencia de oficio en razón del territorio. Asunto exclusivamente patrimonial. Revocación de sentencia. Disidencia.

1. — En los asuntos exclusivamente patrimoniales no procede la declaración de incompetencia de oficio, fundada en razón del territorio (art. 4°, último párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com.). Esa regla se condice con la posibilidad de que las partes prorroguen la competencia territorial en esa clase de pleitos (art. 1°, segundo párrafo del Código). Habida cuenta de que la presente causa intentada contra una distribuidora de energía eléctrica es de índole exclusivamente patrimonial, la incompetencia decretada de oficio por el a quo es improcedente, por prematura. Adviértase que la accionada no ha tenido aún intervención en el pleito.

2. — De acuerdo con lo previsto en el art. 242 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el recurso de apelación procede solamente contra sentencias definitivas y demás resoluciones, cualquiera fuere su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el monto cuestionado sea inferior a la suma de pesos trescientos mil (CSJN acordada 41/2019). En el caso los actores demandan la suma de pesos ciento noventa mil cuatrocientos, lo que determina la inapelabilidad de la resolución en crisis (del voto en disidencia del Dr. Uriarte).

CNFed. Civ. y Com., sala III, 30/04/2021. - Álvarez, Silvia Aralí y otro c. Edesur SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11883/2021]

Causa N° 7626/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 30 de 2021.

I. Los doctores *Recondo* y *Antelo* dijeron:

Los actores, domiciliados en ..., Guillón, Provincia de Buenos Aires, demandaron a Edesur SA por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento que le atribuyen a esta en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica (ver demanda presentada en formato digital en el sistema informático LEX100).

II. El magistrado resolvió declararse incompetente para entender en el caso. Fundó su decisión en el artículo 5, inciso 3, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, según el cual es competente el juez del lugar en que deba cumplirse la obligación; en la conveniencia de que intervenga un magistrado del lugar de los hechos (pues evita las demoras propias de la actuación en otra jurisdicción); y en que de otro modo, todas las demandas dirigidas contra Edesur deberían concentrarse en este ámbito (dado su domicilio), lo cual tornaría superflua la existencia de tribunales federales con asiento en las provincias (conf. resolución del 30/12/2020).

Contra tal decisión los accionantes dedujeron revocatoria con apelación en subsidio. Argumentaron que la normativa aplicable —artículo 36 de la Ley 24.240; artículo 5 de la Ley 26.993; y artículo 5 inc. 3 del Cód. Procesal— les permite elegir accionar en el domicilio del demandado (ver escrito del 01/02/2021).

El juez rechazó la revocatoria y concedió la apelación (conf. auto del 04/02/2021).

III. Elevadas las actuaciones, el señor fiscal propició la revocación del fallo en base a lo previsto en el artículo 4 del Cód. Procesal (dictamen del 13/04/2021).

IV. En los asuntos exclusivamente patrimoniales no procede la declaración de incompetencia de oficio, fundada en razón del territorio (conf. art. 4 último párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Esa regla se condice con la posibilidad de que las partes prorroguen la competencia territorial en esa clase de pleitos (conf. art. 1 segundo párrafo del Código cit.). Habida cuenta de que la presente causa es de índole exclusivamente patrimonial, la incompetencia decretada de oficio por el *a quo* es improcedente (Fallos: 330:1629, 327:2543 y CSJ 1321/2014/CS001 del 01/09/2015), por prematura. Adviértase que la accionada no ha tenido aún intervención en el pleito (conf. esta Sala, causas N° 7273/2018 del 18/12/2018 y 9133/18 del 15/03/2019, entre otras).

V. El doctor *Uriarte* dijo:

De acuerdo a lo previsto en el artículo 242 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, el recurso de apelación procede solamente contra sentencias definitivas y demás resoluciones, cualquiera fuere su naturaleza, que se dicten en procesos en los que el monto cuestionado sea inferior a la suma de pesos trescientos mil (CSJN Acordada 41/2019). En el caso los actores demandan la suma de pesos ciento noventa mil cuatrocientos (ver puntos I y VI de la demanda, visible a través del sistema informático Lex 100), lo que determina la inapelabilidad de la resolución en crisis.

Por ello, por mayoría, se resuelve: admitir la apelación de la parte actora y revocar la decisión del 30

de diciembre de 2020, debiendo el *a quo* reasumir la competencia que declinó. El juez Fernando A. Uriarte integra la Sala conforme a la resolución del Tribunal de Superintendencia de la Cámara N° 90/21, publicada en el CIJ. Regístrese, notifíquese a la actora y al Fiscal, publíquese y devuélvase. — *Ricardo G. Recondo. — Guillermo A. Antelo. — Fernando A. Uriarte* (en disidencia).

CADUCIDAD DE INSTANCIA

Daños y perjuicios. Proceso avanzado. Revocación de sentencia que declara la perención.

1. — La decisión de decretar la caducidad en estas actuaciones soslaya varias cuestiones que serán puestas de manifiesto. El estado avanzado del proceso exigía cuanto menos una mirada más restrictiva de la cuestión. Es que en el caso se había producido toda la prueba y tras el desistimiento de la última pendiente las actuaciones se encontraban en condiciones de pasar a la siguiente etapa (clausura y puesta de autos para alegar) tal como lo reclamó la actora.

2. — Es irrelevante que esas actuaciones hayan tenido lugar durante la vigencia de la feria judicial extraordinaria. La suspensión de los términos con relación a la caducidad de la instancia dispuesta por el máximo tribunal estaba relacionada con el cómputo de los plazos para el instituto y no con los efectos de los actos procesales efectivamente cumplidos, lo que en reiteradas ocasiones fue puesto de resalto a través del dictado de las distintas acordadas y resoluciones de superintendencia que daban cuenta de la validez de los actos procesales cumplidos.

3. — El último acto impulsorio del proceso es el del 4 de agosto de 2020 en que el juzgado digitalizó el dictamen del fisco a instancia del pedido de la parte actora. Por lo que se concluye que, desde entonces y hasta la fecha del acuse de caducidad 17 de febrero de 2021, no se cumplió el plazo de caducidad de seis meses previsto en el art. 310, inciso 1.

CNCiv., sala I, 05/05/2021. - Mingrino, Mariana Laura y otros c. Valle Las Leñas SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21118/2021]

61.705/2011

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 5 de 2021.

Considerando:

La parte actora interpuso el día 11 de marzo de 2021 recurso de apelación contra la decisión dictada el 8 de marzo mediante la cual el juez de primera instancia decretó la caducidad de la instancia pedida por el demandado el 17 de febrero de 2021. El memorial de agravios fue presentado el 18 de marzo de 2021 y contestado por la demandada el 31 de marzo de 2021.

Para resolver en la forma que lo hizo, el sentenciante consideró que el último acto impulsorio en el proceso fue el proveído de fecha 10 de febrero de 2020 en el que se hacía saber a la actora lo dictaminado por el Sr. Representante del Fisco en cuanto a la tasa de justicia que debía tributar la actora. Negó en cambio que revistieran tal carácter las presentaciones que hizo esta última parte en fecha 9 de febrero de 2021 (aquí y aquí) y que mereció el auto de 11 de febrero de2021, por cuanto habían tenido lugar antes de que el demandado consintiera lo actuado por aquella al plantear la caducidad. Por último sostuvo que si bien ante la petición de la actora por correo electrónico, el juzgado digitalizó los dictámenes del Fisco de fecha 30 de agosto de 2019 y del 27 de enero de 2021, lo hizo el 4 de agosto de 2020 (ver documentos digitales) ello tuvo lugar cuando los plazos procesales se encontraban suspendidos por imperio de la feria extraordinaria decretada por las acordadas 4/20 y subsiguientes de la CSJN que se prolongó hasta el 13 de agosto de 2021. Pero, además, destacó que la actora no dio cabal cumplimiento ya que abonó un importe menor al que correspondía, no dando así impulso al proceso con miras al dictado de la sentencia definitiva.

En su memorial la actora cuestiona que el juez no le haya otorgado carácter impulsorio a la digitalización que efectuó el juzgado en fecha 4 de agosto de 2020 atendiendo a su pedido y sin el cual era imposible cumplir con lo que le era requerido. Que igual carácter debe asignársele a sus presentaciones del 9 de febrero de este año con las que acredita no solo su intención de sacar los autos de paralizado, sino además el haber abonado la tasa.

Ahora bien, llegados a este punto, debe decirse que la decisión de decretar la caducidad en estas actuaciones soslaya varias cuestiones que serán puestas de manifiesto. En principio, el estado avanzado del proceso exigía cuanto menos una mirada más restrictiva de la cuestión. Es que en el caso se había producido toda la prueba y tras el desistimiento de la última pendiente (oficio al Hospital de Mendoza) las actuaciones se encontraban en condiciones de pasar a la siguiente etapa (clausura y puesta de autos para alegar) tal como lo reclamó la actora en su escrito de fecha 11

de abril de 2019. No obstante ello, el juzgado por auto del mismo día 11 de abril de 2019 insistió con el temperamento que ya había anunciado el 7 de diciembre de 2017, supeditando su dictado al pago de la tasa de justicia. Soslayó en este sentido lo dispuesto en la parte final del art. 11 de la ley 23.898 que al regular el procedimiento a seguir frente al incumplimiento del pago de la tasa dispone que en ningún caso las contingencias vinculadas al ingreso de este tributo impedirán la prosecución del trámite normal del juicio.

Más allá de eso, la actora hizo un pago (ver auto del 22 de agosto de 2019) y pidió la clausura del período de prueba, de lo cual se dio vista al fisco quien señaló que estaba incompleto pues faltaba computar los intereses (ver dictamen del 30 de agosto de 2019 en documentos digitales). La actora luego habría integrado el pago (en presentación que no se encuentra digitalizada) de lo que se dio nueva vista el 21denoviembrede2019.

Este último dictamen del 27 de enero de 2020 no fue digitalizado en su momento. No obstante, al recibir las actuaciones el juzgado proveyó "hágase saber el dictamen" el 10 de febrero de 2020. Luego, como se sabe, a partir del 16 de marzo de 2020 se decretó la feria extraordinaria que se extendió hasta el 4 de agosto y 12 de agosto de 2021.

La siguiente actuación que le sigue a ese auto es la del 4 de agosto de 2020 cuando el juzgado digitaliza ese dictamen a raíz del pedido de la actora por correo electrónico. Siendo así, parece claro que no puede negarse el carácter interruptivo que tuvieron esos actos realizados por la parte y luego por el propio juzgado. Es que aun cuando por regla los actos procesales vinculados al pago de este tributo no puedan considerarse como impulsorios, esa premisa debe ceder cuando —como ocurrió en el presente caso— el avance del juicio queda en definitiva supeditado a su efectivo cumplimiento.

Dicho eso, es irrelevante que esas actuaciones hayan tenido lugar durante la vigencia de la feria judicial extraordinaria. La suspensión de los términos con relación a la caducidad de la instancia dispuesta por el máximo tribunal estaba relacionada con el cómputo de los plazos para el instituto y no con los efectos de los actos procesales efectivamente cumplidos, lo que en reiteradas ocasiones fue puesto de resalto a través del dictado de las distintas acordadas y resoluciones de superintendencia que daban cuenta de la validez de los actos procesales cumplidos.

En consecuencia, el último acto impulsorio del proceso es aquel del 4 de agosto de 2020 en que el juzgado digitalizó el dictamen del fisco a instancia del pedido de la parte actora. Por lo que se concluye que desde entonces, y hasta la fecha del acuse de caducidad 17 de febrero de 2021, no se cumplió el plazo de caducidad de seis meses previsto en el artículo 310 inciso 1°.

En cuanto a las costas, corresponde imponerlas en ambas instancias el orden causado, por cuanto de acuerdo a las constancias del expediente, el incidentista pudo razonablemente haberse creído con derecho a formular el acuse (arts. 68, segundo párrafo, 69 y 279 del Código Procesal).

Por todo lo expuesto, se resuelve: Revocar la decisión del 8 de marzo de 2021, con costas de ambas instancias en el orden causado. 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 Código Procesal y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional, sin perjuicio de lo cual será remitida al Centro de Información Judicial a los fines previstos por las Acordadas 15/2013 y 24/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado. — Juan P. Rodríguez.*

SEGUROS

Comentarios Jurisprudenciales

EXCLUSIÓN DE COBERTURA

Delimitación del riesgo. Razonabilidad de la exclusión de cobertura por el uso de motocicleta. Deber de información. Disidencia.

Con nota de Carlos J. M. Facal

1. — El fallo que declaró abusiva la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes en motocicleta prevista en el anexo de la póliza y estimó la procedencia y cuantía de los rubros daño moral y punitivo —y sus respectivos intereses—, disponiendo a su vez un mandato preventivo, debe ser revocado y la demanda rechazada.

2. — La falta de noticia acerca del contenido de la póliza ya suscripta y aceptada bien puede correlacionarse con el derecho-deber de información previsto en el ordenamiento para las relaciones de consumo, mas no con la sustantividad eventualmente antijurídica que pudiera conllevar la estipulación sindicada como "abusiva" en los términos planteados en la demanda.

3. — No se advierte que la exclusión de cobertura predispuesta pudiera resultar inimaginable o ajena al objeto contractual, en la medida que constituye precisamente la delimitación del riesgo cubierto, tal como suele suceder en los seguros colectivos de accidentes personales que representan seguros de carácter voluntario, totalmente ajenos e independientes al sistema creado por Ley de Riesgos del Trabajo, que prevé coberturas de carácter obligatorio. La delimitación del riesgo, por ser objeto del contrato, jamás puede ser considerada una cláusula abusiva, ya que son las partes las que acuerdan la materia sobre la que se contrata.

4. — La cláusula limitativa de responsabilidad por el uso de motocicletas luce indisputadamente ajustada a la reglamentación que, para toda la plaza, y desde hace casi tres décadas, habilitó la predisposición general de, entre otras, la referida causal de exclusión objetiva de cobertura, resultando claro que ni por su contenido ni por su redacción o presentación puede la cláusula en cuestión tildarse de "sorpresiva", es decir, imprevisible o "no razonablemente previsible".

5. — En el plano temporal de formación del acuerdo de voluntades se sitúan las convenciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daño; las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; o bien, las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, y que se tendrán por no convenidas a tenor del art. 37 de la ley 24.240.

6. — El mayor riesgo implicado en accidentes protagonizados por motovehículos es, sin dudas, un hecho público y notorio que, como tal, no precisa particular demostración. Aunque más no sea en forma breve, la demandada explicó que la razonabilidad de la exclusión de cobertura se explicaba por la ecuación riesgo cubierto-precio contenida en las pólizas efectivamente contratadas, haciéndose así eco de los términos articulados en la demanda.

7. — Al recurrente no le alcanza con argumentar que la valoración de los hechos o que su prueba pudo ocurrir o hacerse de otra forma, tanto o más aceptable. Le es indispensable justificar que de la manera en que se efectuó en la sentencia tal valoración no pudo ser hecha y que lo así resuelto no pudo ser (del voto en disidencia del Dr. De Lázzari).

8. — La sentencia que sostuvo que, en el caso, la cláusula de exclusión de la cobertura para accidentes derivados de la utilización de motocicletas o vehículos similares es nula por abusiva y contraria a la buena fe contractual no traduce un quebrantamiento lógico de naturaleza alguna. Lo que "no puede ser" es precisamente lo que la cuestionada cláusula imponía; máxime en el contexto de la diferencia abismal entre una parte vulnerable, por ser trabajador y consumidor, enfrentada a una organización económica profesional del seguro (art. 42, CN) (del voto en disidencia del Dr. De Lázzari).

SC Buenos Aires, 25/02/2021. - Torres, Luis Ángel c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/2162/2021]

COSTAS

Se imponen al actor vencido.

Dictamen del Procurador General

I. Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo ordenado por V.E. a fs. 244, para que esta Procuración General que represento en el carácter de

fiscal de la ley que le atribuye el artículo 52 de la ley Defensa del Consumidor, normativa protectoria que ha sido aplicada por la Alzada en el decisorio recurrido, emita el dictamen previsto por el art. 283 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

II. El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Olavarría —Departamento Judicial de Azul—, en el marco del juicio que por cumplimiento de contrato de seguro colectivo incoara Luis Angel Torres contra "Caja de Seguros SA", condenó a esta última a abonarle al primero en concepto de incapacidad parcial y permanente, daño moral y daño punitivo derivados del accidente que sufriera el actor motivo de autos, la suma de $57.781 (pesos cincuenta y siete mil setecientos ochenta y uno), más intereses y costas (fs. 218/226 y su aclaratoria de fs. 228).

Recurrido el decisorio por la compañía aseguradora demandada, a su turno, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, dispuso —en lo que a los fines recursivos interesa y con la previa intervención del Fiscal General departamental de fs. 252/258 vta.— revocar parcialmente la sentencia apelada en cuanto declaró nula por abusiva la cláusula N° 826 de la Póliza ... que excluye la cobertura de incapacidades parciales que no redunden en una pérdida anatómica o de la funcionalidad total del miembro afectado por un accidente, y por la cual no debe responder la aseguradora. Por su parte, confirmó la parcela del decisorio que declaró nula por abusiva y contraria a la buena fe contractual la cláusula de exclusión de cobertura por el uso de motocicletas o vehículos similares (Anexo I, punto 7 de la Póliza ...).

Además, confirmó, aunque por distintos argumentos a los brindados por la Magistrada de origen, la procedencia y el monto acordado en concepto de daño moral, y rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley 24.240 —texto según Ley 26.361— (art. 18 de la Constitución Nacional). Confirmó también el daño punitivo fijado por la sentencia apelada atento a que el monto no fue recurrido por la parte actora. Para finalizar, entendió configurado en autos un supuesto fáctico y jurídico que habilitaría una acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos en cláusulas abusivas en el contrato de consumo de seguros colectivos, en virtud de lo cual ordenó un mandato preventivo dirigido a la Superintendencia de Seguros de la Nación, al Servicio Penitenciario Bonaerense —de donde era dependiente el actor—, y a la demandada "Caja de Seguros SA" para que en el plazo de 30 días corridos informe en forma cierta y detallada a la totalidad de los asegurados el alcance voluntario del seguro, explicando el contenido de la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes personales en caso de utilización de motocicletas o vehículos similares, fijando asimismo el plazo de 120 días corridos para que la autoridad de aplicación (Superintendencia de Seguros de la Nación), con intervención del Servicio Penitenciario Bonaerense y "La Caja Seguros SA", proceda a elaborar y presentar para su aprobación a la Magistrada de primera instancia un informe circunstanciado que reformule la cláusula abusiva, procurando la incorporación como riesgo asegurable de los accidentes personales sufridos por los asegurados dependientes del servicio penitenciario bonaerense que circulan en motocicleta o vehículo similar, y su incidencia en el monto final de la prima (fs. 262/296).

III. Contra dicho pronunciamiento se alzó la demandada "Caja de Seguros SA" —mediante apoderado— a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 313/328, cuya concesión fue dispuesta en la instancia ordinaria a fs. 329/330.

Denuncia la recurrente que de haberse seguido el mismo razonamiento utilizado por la alzada para desentrañar los alcances de la cláusula del seguro voluntario de vida que excluía dar cobertura a las pérdidas anatómicas o funcionales parciales derivadas de accidente, razonamiento en virtud del cual debe interpretarse literalmente el contrato de seguros en que las cláusulas de exclusión estén expresadas claramente —como en el supuesto de autos—, cabía suponer que el Tribunal concluiría asimismo que aquella previsión que en el marco de tal clase de seguros también deja fuera la cobertura de los siniestros ocurridos por el uso de motocicletas, resultaba válida. Sin embargo —sostiene—, a través de una equivocada aplicación del art. 37 de la LDC y de las normas del Cód. Civ. y Comercial adoptadas como pauta interpretativa, concluyó en sentido contrario declarándola abusiva, teniéndola para el caso por no escrita.

Refiere que el aludido art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor no considera abusiva e inoponible una cláusula por el hecho de que el actor la desconozca. Relata que dicha norma solo juzga abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones asumidas, las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, y las que impongan la inversión de la carga de la prueba. En el caso —sostiene— el Tribunal realizó una errónea y viciosa interpretación de la referida normativa.

Destaca que el Servicio Penitenciario Bonaerense negoció y contrató en representación de sus agentes un seguro voluntario de accidentes personales, adicional a otro seguro voluntario de vida, pactando que no cubriera determinados riesgos en aras de ofrecer una opción más accesible al grupo asegurable. El actor adhirió voluntariamente a ambas pólizas, siendo del caso resaltar que, dentro de la mecánica de un se-

guro colectivo, el asegurado puede adherir o rechazar estar cubierto, más no variar el contenido del contrato.

Manifiesta que el Tribunal, a la luz del art. 7 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, por tratarse de un seguro de consumo y considerar abusiva la cláusula por resultar sorpresiva para el actor, lo encuadró en el supuesto previsto en el art. 988 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, norma que no estaba vigente al momento del siniestro. En tal sentido, entendió que la exclusión de cobertura de los accidentes derivados del uso de motocicleta no resultaba razonablemente previsible para el asegurado y que es una cláusula introducida subrepticiamente, sin que el adherente al contrato hubiese podido esperarlo. Cita al respecto doctrina de autor según la cual se define a las cláusulas sorpresivas como aquellas cuya inclusión resulta insólita, inesperada. Y en orden a lo señalado, concluye que el Tribunal hizo una aplicación errónea del precepto legal, toda vez que —según su apreciación— resulta ser una cláusula de uso habitual en los seguros de accidentes personales, incluida en la inmensa mayoría de este tipo de contratos. Tan es así —agrega—, que proviene de las Condiciones Generales aprobadas con carácter uniforme a toda la plaza aseguradora, contenida en la Resolución General de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 20.610 del 08/01/1990. Solo algunas pólizas de accidentes personales incorporan, como excepción, la cobertura de accidentes acaecidos en ocasión de conducir motocicletas, y lo hacen mediante el pago de una fuerte prima, siendo uno de esos casos el de la emitida con fecha 01/01/2015, a solicitud del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, mediante el endoso 165 de la ...

Señala que a juicio del Tribunal su parte no cumplió con la carga argumentativa de fundar la razonabilidad de la cláusula tachada de abusiva. Tal razonamiento —a su juicio— es inverso a lo sostenido por la Corte nacional en doctrina que cita y transcribe, en virtud de la cual quien pretenda que una cláusula contractual sea tenida por "no escrita", "tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad" de su pedido. Tal forma errónea de decidir, a su juicio, viola la ley y la Constitución Nacional

Denuncia asimismo que la sentencia es arbitraria y se aparta de la doctrina de V.E. y de la Corte Suprema de Justicia nacional recaída en las causas "Buffoni" (Fallos: 337:329) y "Flores" (Fallos: 340:765), y es igualmente violatoria de los artículos 14, 17, 19 y 43 de la Constitución Nacional.

Puntualiza que en la primera de las causas relacionadas —causa "Buffoni"— la Corte Suprema de Justicia estableció que el asegurador no debe responder más allá de las condiciones pactadas en la póliza y que los contratos son ley para las partes, transcribiendo lo sostenido asimismo en la causa "Flores", respecto a que "La libertad de contratación está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial entrometerse en la esfera de la autonomía de quien ha celebrado un contrato", doctrina —a su juicio— plenamente aplicable al caso de autos.

Agrega que el art. 958 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, y que solo puede ser modificado por los jueces en caso de contener cláusulas abusivas, pero no pueden ser reputadas como tales las relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado (art. 1121 Cód. Civ. y Com. de la Nación). La delimitación de la cobertura —señala— tiene que ver con la protección que se acuerda prestar y con el precio que se promete pagar por ella. De allí que el contrato deba ser respetado en su redacción toda vez que los derechos resultantes de aquel integran el derecho de propiedad del contratante (conf. art. 965 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

También refiere agraviarse por el hecho de que la sentencia haya otorgado una indemnización por daño moral en razón del accidente sufrido por el actor, sin advertir que lo que se reclamaba era el daño moral generado por el incumplimiento contractual, circunstancia fáctica de la que se derivó su defensa. Relata que su mandante no fue el causante del accidente, sino que simplemente es una compañía de seguros que denegó la cobertura por un supuesto no previsto en la póliza. Señala que la Cámara no aplicó las normas correspondientes al daño moral de origen contractual (art. 522 Cód. Civil), habiéndolo evaluado como si lo reclamado por el accionante hubiese sido un perjuicio de tal naturaleza, originado en la comisión de un cuasidelito imputable a la aseguradora. En esa inteligencia señala que el pronunciamiento impugnado viola la doctrina legal de V.E. recaída *in re* "Feito", causa Ac. 86.205, sent. del 06/10/2004, en cuanto sostiene que, en materia contractual, el daño moral debe ser interpretado con carácter restrictivo, debiendo acreditar quien lo reclama el perjuicio que alega haber sufrido.

Por su parte, en cuanto a la confirmación de la condena por daños punitivos y la desestimación del planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, advierte que de los propios fundamentos dados por la alzada se desprende la palmaria inconstitucionalidad de dicho artículo, toda vez que, según su apreciación, le hace decir a la norma lo que esta no dice. Manifiesta que la sentencia afirma que para la configuración del delito civil que autoriza la aplicación de la condena por daños punitivos, se

requiere un elemento subjetivo vinculado a un mayor grado de culpa, una conducta deliberada, culpa grave o dolo, negligencia grosera, etc., procediendo únicamente en casos de particular gravedad que trasunten menosprecio por los derechos ajenos, en hipótesis que no se verifica en la especie. Afirma que en realidad la norma autoriza la sanción "al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor". Sostiene que la aplicación en autos de las sanciones punitivas dispuestas con motivo del empleo de un texto contractual homologado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, resulta un exceso de los previstos por el art. 1714 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que desnuda la inconstitucionalidad de la norma. Deja planteada la cuestión federal por aplicación abusiva del art. 52 bis LDC, y por considerar a la misma como violatoria de las garantías previstas por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, considera que el fallo dispone un mandato preventivo desproporcionado, intempestivo e inadecuado, efectuando una errónea e indebida aplicación de las normas contenidas en los arts. 1710 y 1713 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Manifiesta que las medidas que se ordenan no buscan disminuir los accidentes ni prevenir sus causas, sino interferir en la contratación de los seguros y su tarifación, imponiendo ata Superintendencia de Seguros de la Nación que determine cuál sería el costo para cubrir el riesgo actualmente excluido. Refiere que el asegurador no causa daños, sino que propone la cobertura de algunos a cambio del pago de una prima, describiendo en sus contratos cuáles son los que cubre y cuáles no.

Para finalizar, denuncia que con tal forma de decidir, el Tribunal directamente pretende sustituir las facultades de los poderes legislativo y ejecutivo, y asignarlas inconstitucionalmente al poder judicial en clara violación a la forma de gobierno republicana, representativa y federal prevista en el art. 1 de la Constitución nacional, afectando el derecho de defensa (art. 18), el derecho de ejercer la industria licita (art. 14), el derecho de autodeterminación (art. 19) y el de propiedad (art. 17).

IV. 1. Abocado a la tarea encomendada, y partiendo del análisis de los antecedentes reseñados, comenzaré por dar respuesta a la queja relativa a la declaración de abusividad de la cláusula de exclusión de cobertura por el uso de motocicleta, dispuesta por el tribunal de alzada, por errónea aplicación del art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor que el impugnante atribuye al decisorio cuestionado.

Y estimo que le asiste razón parcial al recurrente. En efecto, el Tribunal hizo hincapié en la falta de información bajo la órbita de la ley de defensa del consumidor en que incurrió la compañía demandada considerando el "no seguro" como irrazonable y abusivo, toda vez que el actor desconocía la existencia de la póliza N° ... de accidentes personales, y la exclusión de cobertura por el uso de motocicleta, como así imputándole a la aseguradora la incorporación tardía al expediente de dicha póliza, como conducta incompatible con el trato digno que debe dispensarse al consumidor.

Entiendo que el análisis de tal forma de decidir debe estructurarse sobre dos cuestiones independientes entre sí, razonamiento desarrollado con claridad en el dictamen del Fiscal General departamental de fs. 252/258, en el que se sostuvo —en opinión con la que coincido— que "...la falta de información respecto del contenido de las cláusulas contractuales, no tiene relación con lo abusivo que podría predicarse de esa cláusula" (v. fs. 253 y vta.).

En tal sentido, la verificada infracción al deber de información respecto del alcance de la cobertura, por la cual merece ser sancionada la aseguradora demandada, no convierte de por sí en abusiva la referida cláusula.

En efecto, el pronunciamiento cuestionado, a través del voto emitido por el Dr. Galdós que abriera el acuerdo del tribunal, señala que "...la exclusión de cobertura por accidente derivado de uso de motocicletas [que se encuentra prevista entre las condiciones generales de la póliza como riesgo no asegurado]... aparece sorpresiva y contraria a la buena fe contractual, atento a que su inclusión en la sección descripta del contrato no resulta razonablemente previsible para el asegurado", con cita del art. 1198 del Cód. Civil y de los arts. 988 inc. "c", 989, 1117 y 118 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, pasando luego a formular consideraciones que extrae de la doctrina en tomo al carácter abusivo de dicha clase de cláusulas sorpresivas, sin más despliegue argumental que el transcripto para calificarla como tal (v. fs. 276, 2° párrafo).

Ahora bien, las cláusulas a través de las que se individualiza el riesgo delimitándose el objeto del contrato aparecen normalmente desarrolladas en las condiciones generales de la póliza, tal como sucede en la especie. De allí que resulte forzado predicar —como se hace en el decisorio recurrido, a través del voto citado— que aquella resulte una práctica no habitual, sorpresiva y, en consecuencia, atribuible a la mala fe del predisponente. En ese derrotero, advierto que no se han desarrollado en el decisorio impugnado argumentos suficientes para avalar tal declaración de abusividad, la que entiendo debiera surgir, por ejemplo, de contrastar el precio pagado por el tomador del seguro en concepto de prima con el riesgo asumido por la compañía aseguradora, a través de la valoración de

elementos de convicción cuya producción —ineludible para poder calificar como lo hizo el Tribunal de irrazonable y desproporcionada la exclusión— ni siquiera fue ofrecida por la parte interesada en lograr la descalificación de la cláusula. Dicha conclusión aparece así como una afirmación meramente dogmática del tribunal, carente del respaldo probatorio debido (v. Dictamen Fiscal General de fs. 254).

Por lo demás, como lo explica autorizada doctrina al comentar el contenido del art. 988 inc. "c" del Cód. Civ. y Com. de la Nación, relativo a la abusividad de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados por adhesión, pueden considerarse como no razonablemente previsibles aquellas que de acuerdo con las circunstancias, en especial, con la naturaleza del contrato, "resulten tan insólitas que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia" (conf. Lorenzetti, "Código Civil y Comercial de la Nación", comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1° ed., T. V, p. 653, al referirse a algunos antecedentes de la norma en el derecho comparado). Y en la especie, no advierto que la exclusión de cobertura predispuesta pudiera resultar inimaginable o ajena al objeto contractual, en la medida que constituye precisamente la delimitación del riesgo cubierto, tal como suele suceder en esta clase de seguros colectivos de accidentes personales que, vale la pena destacar, representan seguros de carácter voluntario, totalmente ajenos e independientes al sistema creado por la Ley de riesgos del trabajo, que prevé coberturas de carácter obligatorio. Tiene dicho autorizada doctrina al respecto que "la delimitación del riesgo, por ser objeto del contrato, jamás puede ser considerada una cláusula abusiva ya que son las partes quienes acuerdan la materia sobre la que se contrata" —en el caso, la aseguradora con el Servicio Penitenciario bonaerense, de la que el aquí reclamante resulta su dependiente— (Stiglitz, Rubén S., "Derecho de Seguros", Ed. Thomson Reuters LA LEY, Buenos Aires, 2016, 6ª ed. actualizada y ampliada, T. I, acáp. 218, p. 306).

Tal como acertadamente refiere el Tribunal a fs. 273, según el Cód. Civ. y Comercial se consideran cláusulas abusivas en los contratos de adhesión y de consumo aquellas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, importan una renuncia o restricción a los derechos del adherente, o no son razonablemente previsibles. Y en el caso en juzgamiento no se advierte ni si quiera invocado un desequilibrio significativo en la ecuación económica del contrato, que pudiera justificar la irrazonabilidad de la exclusión y la abusividad decidida sobre dicha base.

Y partiendo de dicha conclusión, tampoco estimo que, en el caso, la compañía de seguros demandada debiera dar mayores precisiones para fundar el porqué de la aludida delimitación al riesgo cubierto, tal como dogmáticamente se afirma en el decisorio impugnado (v. fs. 278). En efecto, más allá de lo accesible o usual que pudiera resultar el traslado de los dependientes del servicio penitenciario en dicho medio de locomoción, los términos genéricos en los que fuera acusada la pretensa abusividad de la cláusula de exclusión por el accionarte en su demanda, sin otra argumentación más que la mera invocación a la literalidad del texto contenido en el art. 37 de la Ley 24.240 y sin especificar en concreto el porqué de dicha calificación, pone al descubierto —según mi apreciación— la sinrazón de los reproches que en tal sentido se vierten en el decisorio cuestionado cuando, a través del voto del magistrado preopinante, al calificar de desajustada a la aludida limitación de cobertura, se puntualiza que "…en este proceso, la demandada no argumentó, ni acreditó (cuando se defendió de la alegación de abusividad y adujo la legitimidad de la cláusula) qué razones fundadas en consideraciones técnicas y económicas justificaban la exclusión…". Es que frente a la genérica imputación de abusividad antes referenciada, no aprecio carente de razonabilidad la argumentación volcada por la aseguradora en su réplica en cuanto hace alusión a la ecuación económica del sinalagma, manifestando expresamente que "La delimitación del riesgo es proporcional a la prima percibida y al capital para cada asegurado", agregando a renglón seguido que "Allí radica el equilibrio financiero en el negocio del seguro, sin lo cual es imposible atender sus obligaciones y cumplir su elevado fin social" (v. fs. 131 vta.).

No debe soslayarse además, que el asegurador —tal como alega en su prédica recursiva— no debe responder más allá de los límites de las condiciones pactadas en la póliza (causa "Buffoni" del 08/04/2014 Fallos: 337:329 CSJN), resultando la delimitación del riesgo parte integrativa del contrato, por lo cual no comparto la declaración de abusividad formulada por la alzada, en cuanto se apoya —según mi apreciación— en consideraciones dogmáticas, carentes de todo respaldo probatorio a cargo del nulidicente, imponiéndose el respeto de los términos del contrato tal como se redactó, ya que los derechos resultantes del mismo integran el derecho de propiedad de los contratantes (conf. art. 965 Cód. Civ. y Comercial).

2. Despejado en los términos que anteceden el primero de los agravios planteados por la compañía recurrente habré de disentir en punto al vertido con relación a la condena impuesta por daño moral. Es que si bien advierto que en el decisorio de alzada por el que fuera confirmada la procedencia de este rubro indemnizatorio dispuesta en primera instancia, los sentenciantes la fundaron basándose en las aflicciones y padecimientos originados en la lesión que le causara al actor el cuasi delito del que fuera víctima —accidente de tránsito— en lugar de referirse al daño mo-

ral de origen contractual sufrido en virtud de la falta de respuesta oportuna por la aseguradora demandada, ello no fue así considerado en el pronunciamiento de origen en el que la magistrada interviniente estimó suficientemente acreditado que los padecimientos del actor excedían lo normal de lo que se podía esperar o tener expectativa de la cobertura de un seguro de vida colectivo, circunstancia que juzgo razonablemente valorada aún a la luz del criterio restrictivo que ha de utilizarse a los fines de su ponderación (conf. SCBA, causas C. 111.627, sent. del 26/06/2013; C. 115.291, sent. del 22/04/2015; C. 117.341, sent. del 22/04/2015; C. 120.045, sent. del 23/11/2016; entre otras) y al que hiciera referencia la sentenciante de primera instancia, adunando a ello lo que resulta de los arts. 1740 y 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, cuya doctrina interpretativa juzgaron de aplicación al caso (v. fs. 223 vta./224 y g. 269 y vta.).

3. En orden a la condena por daño punitivo impuesta a la demandada, cuya procedencia también ha sido objeto de reproche por la aseguradora recurrente, cabe recordar que su aplicación corresponde cuando la conducta generadora del daño sea deliberada. En el caso, en relación a la insuficiencia en el deber de informar a los asegurados, si bien es cierto que "La Caja de Seguros SA" contrató con estos a través de la activa intervención del Servicio Penitenciario siguiendo normas vigentes de la Superintendencia de Seguros de la Nación, y en función del riesgo asumido, negoció y pactó el monto de la prima, ello no la relevaba de cumplir con la carga informativa que establece la Ley de Defensa del Consumidor, extremo sobre el que se apoyó el pronunciamiento en crisis para fundar la procedencia parcial del rubro indemnizatorio acordado.

Ahora bien, coincidiendo con los motivos fundantes de la condena recaída en esta parcela del reclamo, advierto que no ha mediado en la especie la invocación del vicio de absurdo por la impugnante, como única vía que habilita en la instancia extraordinaria la revisión de cuestiones fácticas como las que aquí han sido objeto de reproche por la recurrente. En efecto, tiene dicho VE de manera inveterada que "determinar la existencia del daño ocasionado por un hipotético incumplimiento contractual constituye una típica cuestión fáctico-probatoria, irrevisable en sede extraordinaria, salvo el supuesto excepcional absurdo" (conf.: SCBA, causas C. 105.153, sent. del 09/12/2010; C.103.709, sent. del 16/04/2014; entre otras). Por lo que habiéndose juzgado acreditado en la especie que la compañía de seguros demandada y el Servicio Penitenciario de la Provincia de Bs. As. quien no fue demandado en esta causa, en forma concurrente incumplieron con el debido deber de información a todos los beneficiarios respecto de los términos de la cobertura del seguro colectivo contratado (art. 4 Ley 24.240), y tal actitud reticente de informar configura una práctica abusiva de la empresa, considero ajustada a derecho la procedencia de la condena impuesta por tal concepto, sin que quepa formular consideraciones en orden a su cuantía, aspecto del pronunciamiento que no fuera objeto de cuestionamiento específico.

4. Para finalizar, considero que el mandato preventivo dispuesto en la sentencia recurrida ha perdido virtualidad atento a los términos de la solución propuesta en el punto IV.-1. del presente dictamen, en el que se propicia hacer lugar al recurso revocando el pronunciamiento en cuanto consideró abusiva la cláusula de exclusión de cobertura por el uso de motocicletas. Por lo cual, de compartir el criterio allí expuesto, deberá VE dejarlo sin efecto, relevándome de emitir opinión en torno de los agravios desarrollados por el impugnante al respecto.

V. Las consideraciones hasta aquí formuladas resultan bastantes, en mi apreciación, para proponer se haga lugar, con el alcance parcial referido, al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto. - La Plata, 15 de noviembre de 2018. — *Julio M. Conte-Grand.*

Causa C. 122.412

La Plata, febrero 25 de 2021.

Antecedentes

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul modificó el fallo anterior que, a su turno, había estimado la demanda (v. fs. 262/296 y aclaratoria de fs. 302/303 vta.).

Se interpuso, por la accionada, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 313/328).

Oído el señor Procurador General (v. fs. 345/350), dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

A la cuestión planteada el doctor *Soria* dijo:

I. Con motivo de un accidente in itinere ocurrido el 3 de julio de 2014, demandó el actor en las presentes el cumplimiento de una prestación resarcitoria por incapacidad parcial y permanente prevista en un contrato de seguro colectivo celebrado entre la accionada y el Servicio Penitenciario Bonaerense. Solicitó, asimismo, el reconocimiento de los daños y perjui-

cios irrogados por dicho incumplimiento contractual en concepto de daño moral y daño punitivo (art. 52 bis, ley 24.240).

En tal contexto fundacional, adujo el accionante desconocer cuál de las pólizas, a las que contradictoriamente hacían referencia las cartas documento recibidas de la aseguradora, era la vigente al tiempo del infortunio. Solicitó, a todo evento, que se declare abusiva y, por ende, no convenida (art. 37, ley 24.240), la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes verificados en ocasión del desplazamiento en motocicleta del beneficiario (v. fs. 46/54 vta.).

Al responder la acción entablada en su contra, la demandada precisó la existencia de dos pólizas de seguro colectivo contratadas por el Servicio Penitenciario Bonaerense —en el cual el actor revistaba como dependiente—, a saber: N° ... (Seguro de vida); y N° ... (Seguro de accidentes personales). Esgrimió la ausencia de cobertura en relación al primer contrato y la defensa de no seguro respecto del segundo. Se opuso también al progreso de los restantes reclamos articulados por daño moral y punitivo, requiriendo en relación a este último la declaración de inconstitucionalidad del mencionado art. 52 bis del respectivo cuerpo normativo (v. fs. 130/136 vta.).

Luego de señalar que la disputa en torno a la responsabilidad concernía a hechos consumados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, no resultando el mismo, por ende, aplicable al *sub lite* (v. fs. 219 vta.), la señora jueza de la fase inicial precisó que no existiendo controversia en cuanto a las circunstancias de producción del siniestro la cuestión a resolver se ceñía al contrapunto establecido entre la pretensión indemnizatoria actuada y los motivos de exclusión de cobertura esgrimidos por la aseguradora (v. fs. 220).

En concreto, y en relación a la póliza N° ..., consideró nula —por contrariar la buena fe contractual y el deber de informar al consumidor— la cláusula 2 mediante la cual solo se aseguraba en caso de una "pérdida anatómica o funcional no recuperable", dejando sin amparo la hipótesis de incapacidad parcial y permanente como la de autos (v. fs. 221 vta.).

Seguidamente, estimó que tampoco podía receptarse la invocada exclusión de seguro prevista en la cláusula 1.7 de la póliza N° ..., por resultar la misma abusiva, desde que el beneficiario no había tenido cabal conocimiento del riesgo cubierto por el respectivo seguro (v. fs. 222).

A renglón seguido, sintetizó que ambas cláusulas en cuestión implicaban una infracción a la buena fe negocial (art. 1198, Cód. Civil), resultando absurdas y abusivas en los términos del inc. "a" del art. 37 de la ley 24.240, por desnaturalizar el vínculo obligacional y el fin último del contrato de seguro (v. fs. cit.).

Ya en orden a la cuantificación del reclamo, consideró que tratándose de situaciones jurídicas no consolidadas resultaban de aplicación las respectivas normas del Cód. Civ. y Comercial (doctr. art. 7). En ese marco, y de acuerdo al grado de incapacidad acreditado en la causa (16,95%) y a los no cuestionados límites económicos de cobertura de ambas pólizas, fijó un importe resarcitorio por incapacidad parcial y permanente. Justipreció —asimismo— un monto en concepto de daño moral y fijó finalmente una suma por el daño punitivo que estimó configurado porque a su entender, la demandada indujo a error al actor en la creencia de una cobertura que no era tal, incumpliendo así con su deber de informar debidamente al consumidor. Ordenó que al importe total de condena resultante ($57.871) se aplicaran intereses a la tasa pasiva digital del Banco de la Provincia desde la mora hasta la fecha de la sentencia, y de allí hasta el efectivo pago, a la tasa pasiva-plazo fijo digital establecida por dicha entidad. Con costas a la vencida (v. fs. 218/226 y aclaratoria de fs. 228).

II. Apelado el pronunciamiento por la aseguradora, la Sala II de la Cámara de Apelación departamental lo modificó revocándolo en cuanto había declarado nula por abusiva la cláusula 826 de la póliza N° ... y confirmándolo en cuanto a la nulidad del anexo I., punto 7 de la póliza ..., por considerarlo abusivo y contrario a la buena fe contractual. Confirmó, asimismo, la procedencia y cuantía de los rubros reconocidos y desestimó la alegada inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240. Por otro lado, y considerando que el supuesto fáctico y jurídico de autos habilitaría una acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos en cláusulas abusivas en el contrato de consumo de seguros colectivos, dispuso un "mandato preventivo" dirigido a la Superintendencia de Seguros de la Nación, al Servicio Penitenciario Bonaerense y a la propia demandada "Caja de Seguros SA" para que procedan a informar a los asegurados el alcance voluntario del seguro y el de la cláusula abusiva; y se analice y disponga su reformulación, considerando todas las implicancias técnicas y económicas pertinentes y, si correspondiere, su eliminación o replanteo conforme su incidencia en el precio final del seguro. A tenor del resultado del pleito, readecuó las costas de ambas instancias, distribuyéndolas a razón de un 50% a cada parte (v. fs. 262/296 y aclaratoria de fs. 302/303 vta.).

En lo que a la vez interesa destacar a tenor del remedio extraordinario interpuesto, concluyó que la cláusula de exclusión de cobertura correspondiente a la póliza N° ... (v. fs. 191/208) resultaba alcanzada por la

regla de la abusividad prevista en los arts. 1119, 1120, 1121, 1122, 1094, 1095, 1096, 1100, 1102 y concordantes del Cód. Civ. y Comercial; 3, 37, 52 y concordantes de la ley 24.240 y 37 del decreto 1798/1994. Aseveró que ello era así porque devenía abusivo e irrazonable el ejercicio del derecho de no seguro invocado por la demandada que, en el caso, acarreaba la ineficacia de esa cláusula (v. fs. 274 vta.).

En abono de esa conclusión, ponderó que la aseguradora había incumplido el deber de informar debidamente al consumidor, no le había dispensado un trato digno, la cláusula en cuestión resultaba "sorpresiva" y contraria a la buena fe contractual y el riesgo excluido se exhibía como irrazonable y desproporcionado. Adunó que tampoco aquella había contribuido argumentalmente en su contestación de demanda —mediante precisiones técnicas y económicas— a disipar el "estándar sospechoso de irrazonabilidad" que —a su entender— gravitaba sobre la exclusión del seguro opuesta (v. fs. 274 vta./278).

En cuanto a lo primero, puntualizó que el actor no conocía la existencia de dos contratos de seguro diversos, circunstancia de la que tuvo noticia recién después del intercambio epistolar y reclamo extrajudicial con la aseguradora (v. fs. 41/42). En base a ello, dedujo que aquel se había visto obligado a hacer un verdadero esfuerzo argumentativo para solicitar la declaración de abusividad de una cláusula desconocida, por corresponder a una póliza que no le había sido entregada. Ponderó que estas circunstancias evidenciaban el incumplimiento —por parte de la aseguradora— del deber de informar al consumidor de modo cierto, detallado y veraz (arts. 42, CN; 4, ley 24.240 y 985, 988, 989, 1100, 1102, 1119, 1120, 1121, 1122, 1073 y 1075, Cód. Civ. y Com. de la Nación; v. fs. 274 vta. y 275).

Por otro lado, estimó tardía la incorporación al proceso de la póliza en cuestión, proceder que valoró incompatible con el trato digno que debía dispensarse al consumidor y que lo obligó a litigar sin disponer de la respectiva prueba documental (arts. 1, 2, 1096, 1097, 1098 y concs., Cód. Civ. y Comercial; v. fs. 275 vta.).

Calificó —a su vez— de sorpresiva y contraria a la buena fe contractual a la cláusula en cuestión por hallarse incluida en el contrato junto a otros supuestos diversos de exclusión, no siendo ello, a su entender, previsible para el asegurado (v. fs. 275 vta. y 276).

Entendió que la exclusión del riesgo en cuestión lucía irrazonable y desproporcionada, en la medida en que no se avizoraba —ni tampoco lo había explicado la accionada— por qué quedaban cubiertos eventuales accidentes a bordo de un automóvil, micro, combi, ferrocarril u otro medio de transporte y se excluía dicha cobertura si el agente se desplazaba en moto (v. fs. 276 vta.).

Endilgó final y especialmente a la compañía el no haber abastecido suficientemente la argumentación defensiva contrapuesta a la abusividad cuya declaración se demandara. En tal sentido, apreció que la genérica argumentación ofrecida no lograba contrapesar la respectiva imputación. Precisó que si bien es un hecho notorio que los riesgos cubiertos por el seguro inciden en el costo, cuya determinación depende de estudios técnicos, cálculos actuariales y del análisis de la ecuación económico financiera del contrato, lo que requiere de la ponderación de numerosas variables y contingencias, no lo es menos que en tal caso la aseguradora no pudo sorprender engañosamente al asegurado, debiendo —cuanto menos— informarlo clara y asertivamente para permitirle decidir libremente su adhesión o no (v. fs. 276 vta./277 vta. y conclusión final a fs. 278).

En el plano resarcitorio, y luego de valorar que el daño moral alegado por Torres derivaba del accidente de tránsito denunciado (conf. arts. 384 y 474, Cód. Proc. Civ. y Comercial), confirmó el importe que por el concepto se había fijado en la instancia anterior (v. fs. 279 vta./280 vta.).

Asimismo, y luego de destacar las finalidades sancionatoria y disuasoria —hacia el futuro— de graves inconductas del "sujeto dañador" en el marco de las relaciones de consumo (v. fs. 281/282), descartó la esgrimida inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 (v. fs. 282 vta.). Seguidamente, y en razón de no advertir configurada la tipicidad prevista en dicha norma, desestimó el reclamo correspondiente al "daño punitivo" respecto de la póliza N° ... (v. fs. 283/284).

Diversamente, y en lo que hace a la N° ..., cuyo anexo I, punto 7 fue considerado abusivo, estimó probados los componentes objetivo y subjetivo de la figura, rechazando —en consecuencia— las objeciones formuladas a la procedencia y cuantía del respectivo capítulo resarcitorio resueltas en la etapa anterior (v. fs. 284/285).

III. Contra esta decisión se alza la demandada mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia que el fallo recayó en arbitrariedad, dogmatismo y falta de fundamentación, así como en errónea aplicación de los arts. 37 y 52 bis de la ley 24.240, y 1710 y 1713 del Cód. Civ. y Comercial; alega, asimismo, quebrantamiento de los arts. 14, 17, 18, 19 y 43 de la Constitución nacional y violación del art. 522 del Cód. Civil y de la doctrina legal emanada

de la causa C. 86.205, "Feito", sentencia de 06/10/2004. Formula reserva del caso federal (v. fs. 313/328).

Se agravia, en síntesis, por la señalada estimación del carácter abusivo de la cláusula excluyente del riesgo por accidentes en motocicleta, por el reconocimiento de los rubros resarcitorios y por la desestimación del planteo constitucional del art. 52 bis de la ley 24.240; impugna, asimismo, el mandato preventivo dispuesto en el fallo (v. fs. cit.).

IV. La impugnación debe prosperar.

IV.1. La presente controversia versa sobre el alcance y validez de dos cláusulas de exclusión de cobertura insertas en sendas pólizas de seguro (voluntario colectivo de vida N° ... y voluntario de accidentes personales N° ...), que fueron opuestas por la aseguradora como defensa frente a la pretensión de cumplimiento del contrato de seguro esgrimida por el actor.

La sentencia que llega recurrida, tras revocar el tramo de la decisión recaída en la instancia de origen en cuanto había estimado abusiva, y por ende ineficaz en los términos del art. 37 de la ley 24.240 la cláusula de exclusión de cobertura inserta en la primera de las pólizas aludidas, la confirmó en cambio en lo que respecta a la invalidez de la restante defensa, con diversos argumentos contra los que se alza el recurso extraordinario en tratamiento.

En una apretada síntesis que surge de lo ya expresado al narrar los antecedentes del caso, se aprecia que la cámara estructuró su decisión en torno a los siguientes fundamentos: a) que el actor desconocía la existencia de la póliza ...; b) que por ende, desconocía también la cláusula de exclusión referida a la circulación en motocicletas al momento del siniestro; c) la tardía agregación de dicha póliza al proceso; d) el carácter "sorpresivo" de la cláusula; e) la irrazonabilidad y desproporción del riesgo excluido; y f) el incumplimiento de la carga argumentativa que pesaba sobre la demandada en torno a la razonabilidad de una cláusula sospechosa de abusividad (v. fs. 274 vta./277 vta.).

Con ese piso de marcha, la sentencia concluyó que "Luis Ángel Torres, agente del Servicio Penitenciario Bonaerense, utiliza la motocicleta como vehículo habitual de locomoción para trasladarse a su trabajo; la aseguradora cuenta con 11.476 asegurados a través de este sistema de seguro colectivo a los que les cobra puntualmente la prima a través del recibo de sueldo, y por la forma de contratación —mediante su empleador—, la utilización de la moto es un medio accesible y usual para la zona por lo que, en este caso, corresponde declarar abusivo el ejercicio del derecho de la demandada de no cubrir los daños personales del actor porque iba a trabajar en moto. Pondero en especial —señaló— que, en este proceso, la demandada no argumentó, ni acreditó (cuando se defendió de la alegación de abusividad y adujo la legitimidad de la cláusula) qué razones fundadas en consideraciones técnicas y económicas justificaban la exclusión que —así— luce desajustada. Por lo tanto - prosiguió— la aseguradora deberá responder por el monto de condena, en la medida del seguro" (fs. 278).

La pieza recursiva en tratamiento endilga al fallo en crisis haber incurrido en un razonamiento errado, dogmático, arbitrario y sin sustento en las constancias de la causa, con infracción a las normas jurídicas aplicables al caso (art. 37, ley 24.240; v. fs. 315 vta.).

Como adelanté, la impugnación debe prosperar (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Veamos:

IV.1.a. Situando la controversia en su correcto quicio a fin de abastecer correctamente la presente propuesta decisoria, estimo relevante reparar en las siguientes particularidades del asunto sometido a conocimiento del Tribunal.

Bien señala el recurrente, en orden a la afirmación del Tribunal de Alzada en el sentido de que el accionante ignoraba la existencia de dos seguros que amparaban dicha contingencia y, por ende, también desconocía la cláusula misma de exclusión de mentas (v. fs. 274 vta./275 vta.), que cualquier incertidumbre vinculada con esos instrumentos había quedado definitivamente zanjada en el intercambio epistolar que precedió a esta contienda. En efecto, puso de resalto la accionada que "la propia sentencia admite y tiene por probado, que mi mandante puso en conocimiento del actor, que contaba con dos seguros voluntarios, instrumentados en contratos distintos" y que de las misivas arrimadas por el asegurado surge que la demandada "advirtió al actor que contaba con dos pólizas y con absoluta lealtad y respeto a su dignidad de consumidor, le explicó que en la primera —el seguro de vida colectivo— se procedería a evaluar el daño para constatar si correspondía el pago de una prestación, pero que en la segunda —seguro voluntario de accidentes personales— como el daño se había producido en ocasión de la circulación de una motocicleta, el caso estaba excluido de cobertura" (fs. 316).

También explica el impugnante (v. fs. 315 vta.) que el libelo de inicio se ciñó a una genérica imputación en torno a la validez misma de las mentadas cláusulas, por considerarlas contrarias al trato equitativo y no discriminatorio y a quejarse acerca de que no se le había explicado acabadamente, en el momento de aceptar la cobertura, qué significado tenía la limitación vinculada a la pérdida anatómica o funcional (ello, en relación a la póliza N° ...). Nada dijo en

aquella pieza inicial —no obstante el anoticiamiento previo acaecido en el intercambio postal— en torno a una pretendida ineficacia derivada de la infracción al deber de información previo a la formación del contrato, o —en el caso, tratándose de una estipulación a favor de terceros— al de su aceptación, mucho menos en concreta referencia a la póliza de accidentes personales N° ...

Lo expuesto es relevante en relación al correcto emplazamiento de la materia litigiosa.

Como acertadamente advierte el libelo recursivo, frente a la genérica imputación de la accionante, direccionada a la impugnación de la mentada cláusula en base a las razones ya señaladas (reitero, ineficacia por abusividad de su contenido), la defensa se direccionó a la demostración de que las cláusulas no exhibían tales vicios (v. fs. 315), pues ninguna concreta pretensión se esgrimió en torno a la conducta previa a la formación del vínculo, ni en cuanto a la efectiva entrega de la póliza ni, en general, respecto de la puntual notificación de sus términos o de los alcances de la cobertura. La discusión se emplazó, pues, en el pretendido carácter abusivo en los que estuvo formulada la cláusula de exclusión —además, tibiamente esgrimida respecto de la póliza bajo tratamiento—, a la luz de lo normado en la ya citada regla del estatuto del consumidor (art. 37, ley 24.240).

El Tribunal de Alzada, por lo demás, y sobre la base de la instrumental agregada por la propia accionante en su escrito postulatorio (misivas obrantes a fs. 40/42) confirma este extremo en tanto tuvo por acreditado que del intercambio epistolar extrajudicial habido entre las partes con anterioridad al proceso emergían tales contingencias comunicadas al accionante (v. fs. 275 y cartas documento glosadas a fs. 40/42).

Vale decir, entonces, que la específica pretensión de nulidad esgrimida en el escrito de inicio no hizo mérito ni se apontocó en la hipotética reticencia de la aseguradora en el cumplimiento del deber de información respecto del contenido y alcance de la mentada cláusula al tiempo de su incorporación a la relación contractual; antes bien, se limitó a señalar ya en sede judicial y a partir de una evidentemente errónea lectura de los términos de tales instrumentos epistolares, que "desconoce cuál es el N° de Póliza correcto, al haber la demandada consignado dos números diferentes en las misivas que me ha enviado" (fs. 47 vta.). Recién a partir de esa comprensión planteó los lindes de la disputa en términos de invalidez de las cláusulas de exclusión que reputó ineficaces —aunque troncalmente vinculados sus argumentos en relación al seguro voluntario colectivo de vida N° ... que no es el que concierne a esta pieza recursiva—, por traducir su contenido una formulación abusiva que, por el desequilibrio prestacional que plasma, lesiona los derechos del consumidor.

Tal fue, en consecuencia, el marco en el que se ha desarrollado el debate en mérito al cual las partes han postulado las contrapuestas pretensiones que delimitan el objeto del proceso, y así quedaron sometidas a decisión jurisdiccional (arts. 163 inc. 3, 6, 164, 266, 272, 330 inc. 3 y concs., Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Sentado ello, habré de abocarme al tratamiento de los motivos de casación esgrimidos por la demandada, respecto de los cuales ya adelanté su eficaz postulación en orden a la perseguida admisión de la pretensión recursiva en tratamiento (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

IV.1.b. De inicio, cabe consignar que el pretendido y no acreditado supuesto (en tanto hecho ajeno a la materia litigiosa y por ende a la actividad probatoria desplegada por las partes —art. 358, Cód. Proc. Civ. y Comercial—) vinculado al desconocimiento del contenido del contrato mismo y, por lógica implicancia, de los términos de la cláusula de exclusión por desplazamiento en motocicleta opuesta por la aseguradora, refiere a un evento accidental posterior y ajeno a la propia estructura y formulación de la respectiva estipulación y —por ende— no puede subsumir en la causal de ineficacia o anulabilidad invocada como base de la pretensión, tipificada en la norma jurídica que se reputa aplicable al caso, tal como acertadamente lo señala la pieza en alzamiento (v. fs. 315/316 vta.).

Los supuestos de privación de efectos propios de la cláusula a los que refiere la norma actuada en el *sub lite* en su primera parte —el carácter abusivo de la estipulación— refieren a un elemento contingente del acto que traduce una infracción al ordenamiento jurídico —en la especie, a lo normado en el citado art. 37 en sus tres incisos de la ley de defensa del consumidor— que se instala en la etapa de formación del acuerdo de voluntades, viciando su contenido. Se trata de una hipótesis de ineficacia genética del negocio jurídico, que como tal se emplaza y cristaliza con independencia de las conductas posteriores al perfeccionamiento —acaso así claudicante— del acto jurídico bilateral celebrado.

En ese plano temporal de formación del acuerdo de voluntades se sitúan las convenciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daño; las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; o bien, las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, y que se tendrán

por no convenidas a tenor del texto expreso del citado dispositivo (art. 37 en sus diversos incisos).

Diversamente, el apartado final del mentado art. 37 refiere a una hipótesis distinta y ajena —como vimos— a la presente controversia conforme el perfil de la pretensión inicial. Así, la falta de noticia acerca de aquellos extremos que el *a quo* juzgó insatisfechos —el conocimiento acerca del contenido de la póliza ya suscripta y aceptada— bien puede correlacionarse, claro está, con el derecho-deber de información previsto en el ordenamiento para las relaciones de consumo (art. 4 y concs., ley 24.240), mas no con la sustantividad eventualmente antijurídica que pudiera conllevar la estipulación sindicada como "abusiva" en los términos planteados en la demanda.

En todo caso, la falta o defectuoso cumplimiento del deber legal de información podrá dejar expedita al consumidor la acción de nulidad prevista en el apartado *in fine* del citado art. 37 de aquel estatuto, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del proveedor del bien o servicio por los eventuales daños y perjuicios causados por tal ausencia o exigüidad en el cumplimiento del débito informativo.

Permítaseme pues, insistir en torno a la necesaria distinción que ha de trazarse entre el examen acerca de si la empresa informó debidamente al tomador y/o beneficiario de la póliza sobre las condiciones generales de contratación —y especialmente, sobre el riesgo ya convenido y sus respectivas limitaciones—, cuyo examen se aloja en el apartado final del citado art. 37; y el diverso análisis que concierne a la validez o invalidez por abusividad del contenido en sí de lo estipulado —negociado o lisa y llanamente aceptado mediante adhesión—, hipótesis esta última normada en la primera parte del citado artículo.

En la especie —vale destacarlo con insistencia— y tal como surge de la respectiva presentación liminar nos encontramos ante una pretensión tendiente a que se declare el carácter abusivo de una estipulación limitativa del objeto del seguro, formulada en los términos de los arts. 37 inc. "b" de la ley 24.240 y 1119 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (v. fs. 48 y vta.); y si bien en tal contexto el actor efectuó una referencia al incumplimiento de la obligación de informar de la aseguradora (v. fs. 48 vta. y 49), ello, conforme hemos expuesto, en cualquier caso no fue esgrimido puntualmente como motivo de ineficacia referido a la causal de exclusión vinculada a la conducción de motocicletas, sino a otra estipulación, no debatida en esta instancia.

De todo cuanto se ha explicado en las líneas que preceden ha de concluirse, a tenor de lo denunciado en la pieza recursiva en tratamiento, que los argumentos expuestos por el Tribunal de Alzada en los apartados "a" y "b" del capítulo IV.1 (v. fs. 274 vta./275 vta.) importan una arbitraria valoración de las constancias de la causa, que a su turno conllevan la infracción del art. 37 de la ley 24.240, lo que conduce a su descalificación (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

A mayor abundamiento, también se advierte que la aseguradora tampoco quebró, a mi entender, el estándar de razonabilidad en el cumplimiento de la obligación de informar al beneficiario —una vez acaecido el siniestro— respecto de la existencia de los referidos contratos de seguro, así como de las cláusulas que circunstancialmente obstaban al resarcimiento pretendido, conforme también se señala en la pieza en tratamiento (v. fs. 316) y fuera corroborado por la propia Cámara en el fallo recurrido (v. fs. 275).

IV.1.c. Analicemos ahora el agravio concerniente a la falta de trato digno relevada por el juzgador como otra causal de la aducida "abusividad" (v. fs. 317).

En su escrito de inicio, el actor adujo que la estipulación que excluía la responsabilidad de la aseguradora por accidentes en moto resultaba una práctica abusiva que contrariaba el trato equitativo y no discriminatorio que, en los términos del art. 1098 del Cód. Civ. y Comercial, le correspondía recibir como consumidor (v. fs. 48 vta.).

Por su parte, en un evidentemente disímil enfoque del asunto, la Cámara ponderó que la tardía incorporación de la póliza de accidentes personales al proceso había obligado al actor a litigar sin conocimiento del texto de la cláusula de exclusión de cobertura, circunstancia que a su entender resultó lesiva del trato digno que debía dispensarse al consumidor (v. fs. 275 vta.).

Pues bien, más allá de la clara incongruencia habida entre los motivos expuestos por la parte y los efectivamente considerados por el juzgador —aspecto que no ha sido puntualmente objetado por la recurrente—, es claro que la contingencia procesal apuntada por el *a quo* no se correlaciona en modo alguno con la lesión a este particular derecho.

En primer lugar, y sin adentrarnos en la cuestión acerca de si efectivamente la póliza fue incorporada en forma tardía —tal como valoró el sentenciante— o temprana —conforme postula la recurrente—, cabe ponderar que la contingencia, en todo caso, irradiaría sus efectos propios en relación a la eficacia procesal del medio probatorio así acompañado, y no en cuanto a su validez sustancial como acto jurídico eventualmente viciado de nulidad. El razonamiento expuesto por la Cámara, en el sentido de que tal aporte documental se tradujo en un quebrantamiento del trato

digno debido al consumidor, encierra una evidente extrapolación mediante la que se infiere una consecuencia de orden sustancial a partir de premisas instrumentales no destinadas, por definición, a devengar esa especie de efectos.

Y si bien el rol procesal actuado no le hace perder al litigante su condición de "consumidor", ello —sin embargo— no borra la necesaria frontera existente entre los derechos sustanciales en entredicho y los instrumentales que gobiernan el respectivo contrapunto judicial.

Brevemente, vale recordar que el art. 8 bis de la ley 24.240, que concierne al instituto en cuestión, reza: "... Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas...".

Conforme se aprecia, de los propios términos de la ley se desprende una primera conclusión alineada con el criterio que vengo sosteniendo: y es que el vínculo o relación de consumo —y no el proceso judicial— constituye el ámbito natural o específico en donde el proveedor podría lesionar la esfera moral o íntima del consumidor, colocándolo en una situación vergonzante, vejatoria o intimidatoria. Las peripecias procesales podrán dar por probado o no el extremo lesivo, mas no generarlo con los alcances pretendidos en el fallo en crisis.

Lo expuesto es suficiente para descalificar esta parcela del pronunciamiento (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

IV.1.d. En un subsiguiente orden de ideas, considero a su vez que asiste razón a la impugnante en cuanto se agravia por la valoración del carácter "sorpresivo" de la cláusula de marras (v. fs. 317/319 vta.).

Al respecto, y con cita de los arts. 1198 del Cód. Civil y 988 inc. "c", 1117 y 1118 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, la Cámara aseveró que así cabía calificar a la eximente estipulada, en razón de encontrarse inserta de modo imprevisible en las Condiciones Generales del contrato (v. fs. 193 vta.), entre los siguientes supuestos: picaduras de insectos (ítem 1), lesiones por radiación (ítem 2), accidentes causados por lipotimias, convulsiones, estados de enajenación mental (ítem 4), accidentes ocurridos en carreras, ejercicios o juegos atléticos de acrobacia (ítem 5), accidentes derivados de deportes náuticos (ítem 6), accidentes derivados del uso de motocicletas y vehículos similares (ítem 7), manifestaciones, derivaciones y consecuencias derivadas del HIV (ítem 8), accidentes causados por hechos de guerra civil o internacional (ítem 9), causados por fenómenos sísmicos, inundaciones u otros fenómenos naturales (ítem 11), accidentes por tumulto, rebelión, motín o sedición (ítem 12) y suicidio (ítem 13).

En abono de este temperamento, y con evocación de autorizada opinión doctrinaria, a renglón seguido precisó que este tipo de estipulaciones se caracteriza como una especie del género de cláusulas abusivas, cuya introducción en el contrato es efectuada de modo inesperado, clandestino y subrepticio, tomando desprevenido al consumidor (v. fs. 275 vta. y 276).

Apoyándose en tales premisas, el Tribunal de Alzada precisó que, en el caso, el carácter "sorpresivo" de la cláusula provenía de su inesperada, clandestina o subrepticia inclusión en las Condiciones Generales del contrato, entre los otros diversos supuestos de exclusión de cobertura (v. fs. cit.).

Por su parte, la recurrente contrapone un argumento que, a mi juicio, resulta dirimente.

En efecto, advierte en su impugnación que la Resolución General de la Superintendencia de Seguros de la Nación N° 20.610, dictada el 8 de enero de 1990 y publicada en el Boletín Oficial nacional del 31 de enero del mismo año —que, vale aclarar, mantiene su vigencia en la actualidad— en su art. 1 aprobó, con carácter general y uniforme, las condiciones contractuales generales y particulares para operar —en lo que aquí interesa— en el mercado de los Seguros de Accidentes Personales. Entre sus considerandos se destacó el propósito de dar urgente respuesta a las necesidades del mercado del seguro, estimándose en tal contexto conducentes las condiciones contractuales generales y uniformes propuestas por la Gerencia Técnica del organismo, basadas en textos ordenados de resoluciones por entonces vigentes en la materia.

En su anexo I, titulado "Condiciones Generales para los Seguros de Accidentes Personales. Ley de las partes contratantes", el capítulo dedicado a "Riesgos no asegurados" consta de dos cláusulas (5 y 6) cuyos incisos prevén diversos supuestos de riesgos no cubiertos. Nótese que, en general, tales supuestos han sido reproducidos con fórmula casi literal en la póliza de autos en cuestión (v. esp. fs. 193 vta., 194 y 195 y vta.). En lo tocante, el inc. "g" de la cláusula 5 estableció que quedaban excluidos de este seguro: "g) los ac-

cidentes derivados del uso de motocicletas y vehículos similares...".

Pues bien, cabe apreciar que la cláusula en cuestión —que, por lo demás, consta doblemente incorporada a la respectiva póliza (v. anexo 1, pto. 7 a fs. 193 vta. y art. 4 [Exclusiones-Riesgos no Asegurados], pto. 7 a fs. 195)— exhibe, por caso, similar exclusión de riesgo que la habilitada en su momento por la Autoridad de aplicación, conforme se desprende del inc. "g" de la cláusula 5 transcripto en el párrafo anterior.

En otras palabras, la estipulación de marras luce indisputadamente ajustada a la reglamentación que, para toda la plaza, y desde hace casi tres décadas, habilitó la predisposición general de, entre otras, la referida causal de exclusión objetiva de cobertura.

En tales condiciones, es claro que ni por su contenido, ni por su redacción o presentación puede la cláusula en cuestión tildarse de "sorpresiva", es decir imprevisible o "no razonablemente previsible" (en la terminología utilizada por el novel inc. "c" del art. 988 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En sentido concordante, cabe reparar en lo expresado por el señor Procurador General en los siguientes términos: "...Por lo demás, como lo explica autorizada doctrina al comentar el contenido del art. 988 inc. 'c' del Cód. Civ. y Com. de la Nación, relativo a la abusividad de las cláusulas predispuestas en los contratos celebrados por adhesión, pueden considerarse como no razonablemente previsibles aquellas que de acuerdo a las circunstancias, en especial, con la naturaleza del contrato, 'resulten tan insólitas que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia' (Lorenzetti, 'Código Civil y Comercial de la Nación', comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., T. V, p. 653, al referirse a algunos antecedentes de la norma en el derecho comparado). Y en la especie, no advierto que la exclusión de cobertura predispuesta pudiera resultar inimaginable o ajena al objeto contractual, en la medida que constituye precisamente la delimitación del riesgo cubierto, tal como suele suceder en esta clase de seguros colectivos de accidentes personales que, vale la pena destacar, representan seguros de carácter voluntario, totalmente ajenos e independientes al sistema creado por Ley de riesgos del trabajo, que prevé coberturas de carácter obligatorio. Tiene dicho autorizada doctrina al respecto que 'la delimitación del riesgo, por ser objeto del contrato, jamás puede ser considerada una cláusula abusiva ya que son las partes quienes acuerdan la materia sobre la que se contrata' —en el caso, la aseguradora con el Servicio Penitenciario bonaerense, de la que el aquí reclamante resulta su dependiente— (Stiglitz, Rubén S., 'Derecho de Seguros', Ed. Thomson Reuters LA LEY, Buenos Aires, 2016, 6ª ed. actualizada y ampliada, T. I, acáp. 218, p. 306)" (fs. 348 vta.).

En consecuencia, de lo que se lleva dicho, no queda sino acompañar a la recurrente en cuanto concluye que podrá la estipulación calificarse de diversa manera, mas no como clandestina, insólita o subrepticia y, por ende, sorpresiva (v. fs. 319 vta.).

IV.1.e. Finalmente, cabe a su vez receptar los argumentos opuestos a la valoración de falta de razonabilidad y desproporción del riesgo excluido y a la imputada deficiencia en la argumentación defensiva contra la abusividad de la cláusula de exclusión de riesgo esgrimida en la demanda (v. fs. 319 vta./321 vta.).

En relación a lo primero, la Cámara consideró que la causal de exclusión no guardaba proporción ni resultaba compatible con la naturaleza del respectivo seguro. Remarcó no comprender cuál sería el fundamento lógico para justificar la procedencia de una indemnización en caso de que el accidente se produjera en ocasión de desplazarse el agente en automóvil, combi, ferrocarril, etcétera, y no en motocicleta, siendo este un medio de transporte muy difundido y de más fácil acceso en el mercado por su menor costo relativo respecto de un automóvil. Aseveró finalmente que, si la causa de la exclusión radicaba en la mayor vulnerabilidad resultante para el conductor de una motocicleta, la demandada tendría que haberlo invocado clara e indubitablemente al defenderse del ataque de abusividad de la cláusula formulado en la demanda (v. fs. 276 vta.).

Respecto de lo segundo, consideró que la generalidad de la línea defensiva orientada hacia la pretendida abusividad no abastecía la carga argumental necesaria para justificar la postura contraria a esa calificación. Correlativamente, sintetizó que el invocado derecho a no cubrir el siniestro —conferido por la cláusula en análisis— configuraba un "estándar sospechoso de irrazonabilidad" cuya legitimidad no había sido argumentalmente explicada y justificada por la demandada (v. fs. 276 vta./277 vta.).

Frente a tales ponderaciones, señala la recurrente, de inicio, que el mayor riesgo implicado en accidentes protagonizados por motociclistas es un hecho público y notorio, en nuestro país y en Latinoamérica, transcribiendo al efecto notas periodísticas que vendrían a dar cuenta de ello. Afirma que, tratándose de un riesgo de mayor entidad, generalmente se excluye de la cobertura, pudiéndose pactar su inclusión a un mayor precio (v. fs. 319 vta./320 vta.).

Argumenta, a su vez, que no es a su parte a quien correspondía aventar la "sospecha de abusividad" de una cláusula que, siendo habitual y razonable, no

revestía esa atribuida condición. Considera, inversamente, que fue el actor quien debió fundamentar, aunque sea someramente, la pretensión de que se declare abusiva la exclusión objetiva del riesgo en cuestión. Subraya que ante la simple imputación de abusividad contenida en la demanda, su parte contestó que ello no era así por tratarse de una delimitación del riesgo asegurado y que la prima abonada era acorde al riesgo asumido, radicando en ello el equilibrio prestacional: prima adecuada al riesgo cuya cobertura se había solicitado (v. fs. 320 vta./321 vta.).

Sintetizados así los derroteros en pugna, comienzo por acompañar la precisión efectuada por la interesada, en el sentido de que el mayor riesgo implicado en accidentes protagonizados por motovehículos es, sin dudas, un hecho público y notorio que, como tal, no precisa particular demostración. La simple observación del tránsito vehicular urbano, en conjunción con la ostensible exposición y vulnerabilidad de quienes se desplazan en esta clase de vehículos nos exime de un mayor análisis y comentario.

No obstante ello, resulta ilustrativo reparar en un informe titulado "Situación de la Seguridad Vial en Argentina", publicado en el año 2018, en el sitio web del Observatorio Vial de la Agencia Nacional de Seguridad Vial dependiente del Ministerio de Transporte de la Nación (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ situacion_ de_la_seguridad_vial_en_la_argentina_25.06.pdf), y en cuanto allí se expresa:

"5.2 Parque vehicular. El análisis del parque vehicular y sus características constituye un elemento de gran relevancia a los efectos de analizar la exposición a la siniestralidad vial. En este sentido, este apartado se dispone a profundizar sobre la evolución, composición y antigüedad del parque vehicular en Argentina.

El crecimiento del parque vehicular en su conjunto constituye un factor de relevancia debido a que implica un aumento del factor de exposición al tránsito y, como consecuencia, a la ocurrencia de la siniestralidad vial. Además, los datos muestran un crecimiento significativamente superior del parque motovehicular en relación al automotor. Si se considera que los motociclistas son usuarios vulnerables porque exponen su cuerpo de manera directa al riesgo, el crecimiento superior del parque motovehicular en relación al automotor supone un incremento de los riesgos asociados a la ocurrencia de siniestros viales y sus consecuencias en términos de pérdida potencial de salud por parte de la población..." (pub. cit. p. 30).

"Distribución por tipo de usuario de la vía

Acompañando el crecimiento del parque motovehicular señalado en el capítulo de factores de exposición, las estadísticas de mortalidad por siniestros viales presentan una tendencia creciente en la participación de los usuarios de motovehículo, pasando de representar 7,7% a 25% del total de víctimas fatales por hechos de tránsito entre 2005 y 2016.

El mayor riesgo asociado a este tipo de vehículo, junto con el incremento del parque de motocicletas, son las dos causas más evidentes detrás del crecimiento de las fatalidades asociadas a este modo de transporte. Los motovehículos y sus conductores, en comparación con otros usuarios de la vía, son menos visibles, están menos protegidos y, por lo general, comparten el espacio con vehículos más grandes. Por lo tanto, tienen un mayor riesgo de sufrir siniestros y lesiones..." (íd. pub. cit. p. 78).

Sentado lo anterior, y ya en el subsiguiente plano de análisis anticipado, cabe advertir que frente a la declaración de abusividad pretendida en el escrito liminar la demandada efectivamente opuso la existencia y razonabilidad de la cláusula delimitante del riesgo cubierto que, en la especie, excluía los accidentes ocurridos en motocicleta. Tal estipulación —prosiguió la accionada en esa ocasión—, guarda lógica relación con el precio y el objeto del contrato y que, de no ser así, los respectivos seguros se tornarían excesivamente onerosos para quienes quisieran contratarlos.

Agregó que las pólizas en cuestión habían sido otorgadas de acuerdo a las leyes 17.418 y 24.240 y aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación. Calificó finalmente de meramente genérica y vaga la imputación de la contraria que, por tanto, no lograba acreditar de manera concreta y puntual en dónde residía el alegado carácter abusivo (v. fs. 131 vta.).

Conforme se observa, este simple repaso de los términos de la defensa exhibe un inocultable contraste con las insuficiencias argumentales atribuidas a la apelante por la Cámara, máxime si se repara en los lacónicos términos en que dicha abusividad fuera inicialmente esgrimida por el pretensor. En efecto, luego de señalar el carácter eventual del pedido de la respectiva declaración —a tenor de un invocado desconocimiento acerca de la póliza que reglaría la respectiva exclusión de cobertura—, el accionante repasó puntualmente el contenido normativo del art. 37 de la ley 24.240, en cuanto establece que sin perjuicio de la validez del contrato se tendrían por no convenidas aquellas cláusulas que importaran renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliaran los derechos de la otra parte y que el contrato debía interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, así como también que el art. 1119 del Cód. Civ. y Comercial reputa abusiva a aquella cláusula que tuviera por objeto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (v. fs. 48 y vta.).

Por fin, y ya en concreto, adujo que las cláusulas de exclusión de cobertura —en ambos supuestos (vida y accidentes personales)— opuestas por la aseguradora, en la especie se traducían en una práctica abusiva contraria al trato equitativo y no discriminatorio previsto en el art. 1098 de este último ordenamiento y que la aseguradora no le había otorgado una correcta información acerca del objeto, exclusiones, porcentajes de incapacidad, etcétera, de las coberturas contratadas, conforme se lo imponía el art. 1100 de igual digesto fondal (v. fs. 48 vta. y 49).

Pues bien, en el reseñado contexto postulatorio, es evidente que no cabe imputarle a la accionada el no haber desplegado una argumentación defensiva sobre aspectos que no fueron concreta y puntualmente puestos en juego por el actor. De allí que, ante la generalidad de los términos de la demanda, no parece posible y, por ende, razonable, la exigencia de una puntillosa o más amplia labor defensiva. De todos modos, tampoco resulta ocioso remarcar que la demandada, aunque más no sea en forma breve, explicó que la razonabilidad de la exclusión de cobertura se explicaba por la ecuación riesgo cubierto-precio contenida en las pólizas efectivamente contratadas, haciéndose así eco de los términos articulados en la demanda (v. fs. cit.). En tal contexto, reitero, no corresponde endilgarle a la parte el no haber realizado un mayor esfuerzo argumentativo.

IV.1.f. Ha señalado reiteradamente esta Corte que la determinación del carácter abusivo o inmoral de las cláusulas contractuales es una cuestión de hecho, privativa de los jueces de origen, salvo absurdo (art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial; doctr. causas Ac. 44.221, "Brunello", sent. de 30/10/1990; Ac. 61.024, "Proyectos Especiales Mar del Plata Sociedad del Estado", sent. de 07/07/1998; C. 108.128, "Justel", sent. de 03/10/2012).

En la especie, y conforme se desprende de las consideraciones precedentes, corresponderá revocar este segmento del fallo, toda vez que ha logrado la recurrente evidenciar que la causal de ineficacia ponderada por el juzgador ha sido fruto de un razonamiento viciado por el referido error de raciocinio, arrastrando ello —a su vez— la denunciada errónea aplicación del art. 37 de la ley 24.240 (arts. 384, 279 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

IV.1.g. Corolario de todo lo anterior es que, no verificándose el incumplimiento legal o contractual del proveedor previsto como presupuesto de aplicación de una multa civil (conf. art. 52 bis, ley 24.240), no procede la condena por daño punitivo, aspecto del pronunciamiento que deberá, por ende, dejarse sin efecto. Por lo mismo, deviene a su vez inoficioso el abordaje del respectivo planteo constitucional traído por la impugnante (v. fs. 323 vta./326).

IV.1.h. En el restante andarivel indemnizatorio, cabe igualmente estimar la pretensión de la recurrente, en el sentido de que se deje sin efecto la condena establecida en concepto de daño moral pues, además de la evidente incongruencia incurrida por la Cámara al considerar como causa del resarcimiento al evento dañoso en sí y no al incumplimiento contractual —conforme lo había requerido el actor en su presentación inaugural (v. fs. 323 y vta. y 50 y vta.)—, también es claro que descartada la abusividad de la cláusula en cuestión y los restantes incumplimientos endilgados a la aseguradora, se desvanecen los motivos esgrimidos en su momento por el actor en abono del respectivo pedimento.

IV.1.i. Por último, corresponde asimismo dejar sin efecto el reseñado mandato preventivo dirigido hacia la Superintendencia de Seguros de la Nación, el Servicio Penitenciario Bonaerense y "La Caja Seguros SA".

En efecto, y más allá de los diversos argumentos ensayados en tal dirección por la recurrente (v. fs. 326/327 vta.), lo cierto es que la Cámara edificó su razonamiento a partir del pretendido carácter de la cláusula de exclusión de cobertura (v. fs. 285/290 vta.). Descartada esta calificación, la respectiva construcción lógicamente se desmorona —tal como se lo señalara respecto de los capítulos resarcitorios— tornándose —en consecuencia— abstracto el abordaje de las restantes aristas que, en relación a la temática, exhiben tanto el fallo recurrido como la pieza de alzamiento bajo examen.

V. Por lo expuesto, oída la Procuración General (v. fs. 345/350), si mi opinión resulta compartida, corresponderá estimar el presente recurso extraordinario y revocar el fallo impugnado: en cuanto declaró abusiva la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes en motocicleta prevista en el anexo I, punto 7 y en el art. 4, punto 7, de la póliza N° ...; en cuanto estimó la procedencia y cuantía de los rubros daño moral y punitivo —y sus respectivos intereses— y en cuanto dispuso un mandato preventivo. En consecuencia, deberá rechazarse la demanda en su totalidad. Las costas del proceso, en todas las instancias, se imponen al actor que resulta vencido (arts. 68, 274, 279, 289 y 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la afirmativa.

Los doctores *Kogan* y *Genoud*, por los mismos fundamentos del doctor *Soria*, votaron también por la afirmativa.

El doctor *de Lázzari* dijo:

No comparto los votos precedentes pues entiendo —contrariamente— que el recurso debe ser rechazado.

I. En primer lugar ubiquemos el conflicto y su contexto. Un humilde dependiente del Servicio Penitenciario formuló adhesión al seguro colectivo auspiciado por su empleador y contratado con la Caja de Seguros SA. El inequívoco sentido de ese acogimiento, según la propia naturaleza de las cosas, consistió en tomar previsiones en torno a eventuales infortunios, sea pérdida de la vida o accidentes. Señalemos también la enorme diferencia que objetivamente exhiben los actores de ese conflicto. De un lado el asegurador, entidad profesional de envergadura con una actividad y desarrollo empresarial de gran magnitud. Del otro, el empleado penitenciario suboficial Luis Angel Torres, con domicilio real en Barrio Evita, ... de Olavarría, que desempeñaba tareas de guardia de seguridad exterior en la Unidad N° 38 (v. fs. 67) y que, para su traslado al lugar de trabajo, utilizaba habitualmente un ciclomotor. Ambos vinculados por un contrato de seguro predeterminado con el Servicio Penitenciario, en el que Torres es uno de los trece mil setecientos ochenta y seis (13.876; v. fs. 311) adherentes. No se requieren mayores comentarios para subrayar la enorme disparidad que presentan los protagonistas de este contrato con cláusulas predispuestas.

II. La sentencia que viene en revisión sostuvo que, en el caso, la cláusula de exclusión de la cobertura para accidentes derivados de la utilización de motocicletas o vehículos similares es nula por abusiva y contraria a la buena fe contractual. Esta conclusión fue sustentada en las siguientes bases: a) El actor desconocía la existencia de la póliza que contenía la aludida exclusión de cobertura. (v. fs. 274 vta. y 275); b) El actor, antes del siniestro, desconocía la exclusión de cobertura aludida (v. fs. 275);

c) La aseguradora invocó la exclusión en sede extrajudicial y al contestar la demanda, pero agregó tardíamente la póliza (v. fs. 275 vta.); d) La cláusula es sorpresiva (v. fs. 275 vta. y 276); e) El riesgo excluido es irrazonable y desproporcionado (v. fs. 276 vta.); f) La demandada no cumplió con la carga argumentativa de fundar la razonabilidad de una cláusula sospechosa de abusividad (v. fs. 276 vta. y 277).

III. Como puede apreciarse, todas y cada una de esas bases remiten indiscutiblemente a cuestiones de hecho, aspectos de índole fáctica que por regla resultan ajenos a la posibilidad de revisión en la instancia extraordinaria. Con un agravante. En el recurso y en el propio voto con el que disiento se acude sin ambages al análisis de los escritos postulatorios, en particular de la demanda, lo que —una vez más— por versar sobre cuestiones de hecho constituye tarea vedada en casación.

Y si bien es cierto que este inveterado estándar reconoce excepción en el supuesto de absurdo, tal vicio no se aprecia en modo alguno en esta oportunidad. La interpretación que ha formulado la Cámara de Apelaciones de Azul no revela un error impensable, que por su entidad resulte incompatible con las exigencias de la lógica. El concepto de absurdo hace referencia a la existencia de un desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica, o una interpretación groseramente errada. No cualquier error, como tampoco la apreciación opinable o la posibilidad de otras interpretaciones, alcanza para configurarlo. Por el contrario, es necesario que se demuestre un importante desarreglo en la base del pensamiento, una anomalía extrema, una falla palmaria en los procesos mentales, y que de esta manera se evidencie la irracionalidad de las conclusiones a las que se ha arribado. Estos extremos deben ser puntualmente denunciados y eficazmente demostrados por quien los invoca. Al recurrente no le alcanza con argumentar que la valoración de los hechos o que la prueba de los mismos pudo ocurrir o hacerse de otra forma, tanto o más aceptable. Le es indispensable justificar que de la manera en que se efectuó en la sentencia, tal valoración "no pudo ser hecha" y que lo así resuelto "no pudo ser" (SCBA, mi voto en causas C. 100.292, "Bensadon", sent. de 10/12/2008; C. 101.691, "De Luca", sent. de 11/03/2009, C. 93.895, "F. A.", sent. de 10/06/2009; entre infinidad de precedentes).

En resumen, la sentencia no traduce un quebrantamiento lógico de naturaleza alguna ni mucho menos edicta algo "que no puede ser". Antes bien. Lo que "no puede ser" es precisamente lo que la cuestionada cláusula imponía, al punto que los propios estipulantes del seguro colectivo la cambiaron. Como nos explica la aseguradora, a partir del 1 de enero de 2015 se modificó el anexo respectivo suprimiéndose la exclusión de cobertura por accidentes de motos (v. fs. 318).

IV. En esas condiciones, ninguna razón conduce a incursionar aquí en semejante plataforma fáctica, contradiciendo la inveterada jurisprudencia del Tribunal. Menos todavía en el contexto que ya señalara en el primer apartado, el contexto de la diferencia abismal entre una parte vulnerable por ser trabajador y consumidor enfrentada a una organización económica profesional del seguro (art. 42, CN).

Voto por la negativa.

El doctor *Pettigiani*, por los mismos fundamentos del doctor *Soria*, votó también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oída la Procuración General (v. fs. 345/350), por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario y se revoca el fallo impugnado: en cuanto declaró abusiva la cláusula de exclusión de cobertura por accidentes en motocicleta prevista en el anexo I, punto 7 y en el art. 4,

punto 7, de la póliza N° ...; en cuanto estimó la procedencia y cuantía de los rubros daño moral y punitivo —y sus respectivos intereses— y en cuanto dispuso un mandato preventivo. En consecuencia, se rechaza la demanda en su totalidad. Las costas del proceso, en todas las instancias, se imponen al actor que resulta vencido (arts. 68, 274, 279, 289 y 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial). El depósito previo acreditado en autos (art. 280, Cód. Proc. Civ. y Comercial) se restituirá a la interesada (art. 293, Cód. cit.). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/20) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por el Actuario firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20). *— Daniel Soria. — Hilda Kogan. — Luis Genoud. — Eduardo de Lázzari. — Eduardo Pettigianni.*

Un fallo trascendente de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires

Carlos J. M. Facal (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los argumentos de la sentencia de la Alzada.— III. La sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.

I. Introducción

Se están por cumplir tres años de la publicación en La Ley de mi comentario al fallo dictado por la Sala II de la Cámara en lo Civil y Comercial de Azul, provincia de Buenos Aires, en los autos "Torres, Luis Ángel c Caja de Seguros s/ cumplimiento de contratos civiles y comerciales" **(1)**.

Como la Suprema Corte de Buenos Aires acaba de casar la sentencia que fuera objeto de crítica en aquel artículo, es oportuno comentar algunos de sus argumentos que, en mi opinión, son trascendentes para fijar la recta interpretación doctrinaria en esta cuestión: ¿las cláusulas delimitativas del riesgo contenidas en un contrato de seguro pueden ser consideradas abusivas y, por ende, nulas?

El caso bajo estudio trata de un seguro de accidentes personales voluntarios (AP) y, particularmente, de la cláusula que excluye de cobertura a los accidentes sufridos en ocasión del uso de motocicletas. El análisis de la sentencia excede la consideración de esa exclusión en particular y se proyecta sobre cualquier cláusula de exclusión de cobertura en un contrato de seguro.

No vamos a reiterar los conceptos y las explicaciones ya brindados sobre el punto en la publicación anterior. Repasaremos los argumentos de la Corte provincial.

(*) Abogado especializado en derecho de seguros. Vicepresidente 3º de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros (Rama nacional de AIDA). Miembro del Consejo de Presidencia del Comité Íbero-Latinoamericano de AIDA. Director de la Diplomatura y la Especialización en Seguros de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad del Salvador.

(1) FACAL, Carlos J. M. ¿Puede declararse abusiva una cláusula de un contrato de seguros que delimita el riesgo asumido por el asegurador?, LA LEY, 2018-C, 486; AR/DOC/1157/2018.

II. Los argumentos de la sentencia de la Alzada

El voto del Dr. Soria, al que adherirán todos sus colegas con la excepción del Dr. De Lázzari, comienza por una síntesis completa de lo argumentado, actuado y decidido en las instancias de grado.

Resume prolijamente las razones fundantes del fallo de la Alzada diciendo: "... la Cámara estructuró su decisión en torno a los siguientes fundamentos: a) que el actor desconocía la existencia de la póliza 5060-9640678-01; b) que por ende, desconocía también la cláusula de exclusión referida a la circulación en motocicletas al momento del siniestro; c) la tardía agregación de dicha póliza al proceso; d) el carácter 'sorpresivo' de la cláusula; e) la irrazonabilidad y desproporción del riesgo excluido; y f) el incumplimiento de la carga argumentativa que pesaba sobre la demandada en torno a la razonabilidad de una cláusula sospechosa de abusividad (v. fs. 274 vta./277 vta.)".

El actor había denunciado al asegurador el acaecimiento de un accidente y relató las circunstancias que lo rodearon. De ese modo cumplió con la carga que impone el art. 46 de la ley 17.418, de contrato de seguros (denuncia del siniestro).

A la vuelta de correo el asegurador le informó las siguientes circunstancias:

a) que contaba con dos seguros, y se brindaron los números de las pólizas respectivas,

b) que, en uno de ellos, un seguro de vida, se cubrían los desmembramientos o pérdidas funcionales completas de miembros, como consecuencia de accidentes, razón por la cual se lo sometería a una revisión médica para determinar si el daño sufrido encuadraba dentro de la cobertura,

c) que la otra póliza era un seguro de accidentes personales (AP), y que en ese seguro los accidentes sufridos en ocasión del uso de motocicletas no contaban con cobertura. Por ende, se declinaba responsabilidad por este contrato.

III. La sentencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires

La Corte provincial determinará que no corresponde declarar abusiva la cláusula que excluía de la cobertura a los accidentes sufridos viajando en motocicletas, aunque no hubiera sido comunicada, por las siguientes razones:

1) La nulidad de la cláusula de exclusión de cobertura no había sido solicitada en la demanda. La "pretensión de nulidad esgrimida en el escrito de inicio no hizo mérito ni se apontocó en la hipotética reticencia de la aseguradora en el cumplimiento del deber de información respecto del contenido y alcance de la mentada cláusula al tiempo de su incorporación a la relación contractual". En otras palabras, el argumento en que fundó su decisión la Cámara de Apelaciones no había sido introducido en la demanda. En el escrito inicial, el actor había dicho otra cosa. Había confesado que no entendía lo de la existencia de dos pólizas y por qué se rechazaba el reclamo por una de ellas. Cuestionó que se cubriera solo desmembramiento en el seguro de vida colectivo, lo que consideraba una formulación abusiva y desequilibrante del equilibrio contractual en perjuicio del consumidor. Afirmación, por otra parte, que tampoco fundamentó. Y lo que fue más importante, nada dijo de la exclusión en los seguros de accidentes personales por el uso de motocicletas.

En síntesis, la sentencia se fundó, en este aspecto, en un argumento introducido por el juez que emitía el voto en la Alzada, no en un argumento del actor.

2) La cláusula abusiva forma parte de la estructura del contrato, desnaturalizando las obligaciones asumidas por el proveedor y no guarda relación con el hecho posterior de su comunicación al consumidor.

Dijo el voto del Dr. Soria "... el pretendido y no acreditado supuesto ... vinculado al desconocimiento del contenido del contrato mismo y, por lógica implicancia, de los términos de la cláusula de exclusión por desplazamiento en motocicleta opuesta por la aseguradora, refiere a un evento accidental posterior y ajeno a la propia estructura y formulación de la respectiva estipulación y —por ende— no puede subsumir en la causal de ineficacia o anulabilidad invocada como base de la pretensión, tipificada en la norma jurídica que se reputa aplicable al caso".

El Sr. juez del Tribunal Superior explica que la impugnación de la cláusula del contrato efectuada en el expediente judicial no tiene como fundamento vicios en la celebración del contrato o la introducción, en la negociación, de una cláusula que desnaturalizaba la cobertura otorgada. De allí que no sea aplicable el art. 37 de la LDC.

El Dr. Soria continúa cumpliendo su función de "magistrado", de verdadero docente, y aclara aún más: "Los supuestos de privación de efectos propios de la cláusula a los que refiere la norma actuada en el *sub lite* en su primera parte —el carácter abusivo de la estipulación— refieren a un elemento contingente del acto que traduce una infracción al ordenamiento jurídico —en la especie, a lo normado en el citado art. 37 en sus tres incisos de la ley de defensa del consumidor— que se instala en la etapa de formación del acuerdo de voluntades, viciando su contenido. Se trata de una hipótesis de ineficacia genética del negocio jurídico, que como tal se emplaza y cristaliza con independencia de las conductas posteriores al perfeccionamiento —acaso así claudicante— del acto jurídico bilateral celebrado... En ese plano temporal de formación del acuerdo de voluntades se sitúan las convenciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daño; las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; o bien, las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, y que se tendrán por no convenidas a tenor del texto expreso del citado dispositivo (art. 37 en sus diversos incisos)".

Ahora bien, la falta de comunicación adecuada, completa y tempestiva del contenido del contrato constituiría, eventualmente, un incumplimiento del art. 4º de la LDC. Pero aun de verificarse la violación al deber de información —que no se alegó en la demanda y tampoco se discutió en la producción de las pruebas por no ser hecho controvertido— no se derivaría sin más que la violación a este deber "pudiera conllevar la estipulación sindicada como 'abusiva' en los términos planteados en la demanda... En todo caso, la falta o defectuoso cumplimiento del deber legal de información podrá dejar expedita al consumidor la acción de nulidad prevista en el apartado *in fine* del citado art. 37 de aquel estatuto, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del proveedor del bien o servicio por los eventuales daños y perjuicios causados por tal ausencia o exigüidad en el cumplimiento del débito informativo".

La distinción merece subrayarse, porque fija una doctrina que no debería ser ignorada en adelante: si un proveedor (asegurador incluido) incumple el deber de información, el consumidor tiene dos acciones posibles: o bien pide la nulidad del contrato celebrado y por ende que no se considere la cobertura contratada y se le devuelvan las primas pagadas. O adicionalmente, dejando o no vigente el contrato, reclamar por eventuales daños y perjuicios.

Pero lo que el consumidor asegurado no puede hacer, ni los jueces avalar, es dejar subsistente el contrato y modificar o eliminar algunas de las cláusulas que fijan el contenido de las prestaciones del asegurador o las sumas por la cuales este responde.

Al respecto se señala: "En la especie —vale destacarlo con insistencia— y tal como surge de la respectiva presentación liminar nos encontramos ante una pretensión tendiente a que se declare el carácter abusivo de una estipulación limitativa del objeto del seguro, formulada en los términos de los arts. 37, inc. b) de la ley 24.240 y 1119 del Código Civil y Comercial de la Nación (v. fs. 48 y vta.). Los argumentos expuestos por el Tribunal de Alzada ... importan una arbitraria valoración de las constancias de la causa, que a su turno conllevan la infracción del art. 37 de la ley 24.240, lo que conduce a su descalificación (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Com.)".

Puesto en lenguaje llano, un deficiente cumplimiento del deber de información puede dar lugar a sanciones y hasta nulidades, a daños y perjuicios derivados del incumplimiento y a una acción dirigida a que se cumpla el deber omitido —por ejemplo— con la aplicación de astreintes. Pero no da pie a la declaración de nula por abusiva de la cláusula no comunicada, cuando esta forma parte sustancial de un contrato cuya subsistencia se pretende. Como dijimos otras veces, puede haber cláusulas abusivas que fueron comunicadas y también cláusulas no abusivas que no lo fueron.

Y la cláusula que se pretendía anular era parte esencial del contrato porque circunscribía su ob-

jeto: determinaba el alcance de lo cubierto y de lo no cubierto en un contrato de seguros.

3) La inconducta procesal tiene sus consecuencias en el proceso, pero no constituye un supuesto de falta de trato digno al consumidor El Alto Tribunal desestimó también el argumento del *a quo* de que la cláusula de exclusión del riesgo en cuestión debía anularse porque el asegurador había desconocido su deber de brindar un "trato digno" al consumidor asegurado.

La Cámara había señalado que "...la tardía incorporación de la póliza de accidentes personales al proceso había obligado al actor a litigar sin conocimiento del texto de la cláusula de exclusión de cobertura, circunstancia que a su entender resultó lesiva del trato digno que debía dispensarse al consumidor".

El voto del Dr. Soria dirá sobre este particular que "...la contingencia, en todo caso, irradiaría sus efectos propios en relación a la eficacia procesal del medio probatorio así acompañado, y no en cuanto a su validez sustancial como acto jurídico eventualmente viciado de nulidad. El razonamiento expuesto por la Cámara, en el sentido de que tal aporte documental se tradujo en un quebrantamiento del trato digno debido al consumidor, encierra una evidente extrapolación mediante la que se infiere una consecuencia de orden sustancial a partir de premisas instrumentales no destinadas, por definición, a devengar esa especie de efectos". *Y a renglón seguido recordará el contenido del art. 8° bis de la ley 24.240, para reafirmar que este no tiene que ver con cuestiones procesales.*

4) El alto tribunal desconsiderará también el argumento que la exclusión de riesgo atacada fuese una cláusula "sorpresiva".

El tribunal valorará "...que la Resolución General de la Superintendencia de Seguros de la Nación 20.610, dictada el 8 de enero de 1990 y publicada en el Boletín Oficial nacional del 31 de enero del mismo año —que, vale aclarar, mantiene su vigencia en la actualidad— en su art. 1 aprobó, con carácter general y uniforme, las condiciones contractuales generales y particulares para operar —en lo que aquí interesa— en el mercado de los seguros de accidentes personales... (en) el capítulo dedicado a 'riesgos no asegurados' consta de dos cláusulas (5 y 6) cuyos incisos prevén diversos supuestos de riesgos no cubiertos. Nótese que, en general, tales supuestos han sido reproducidos con fórmula casi literal en la póliza de autos en cuestión (v. esp. fs. 193 vta., 194 y 195 y vta.). En lo tocante, el inc. g) de la cláusula 5 estableció que quedaban excluidos de este seguro: 'g) los accidentes derivados del uso de motocicletas y vehículos similares... En otras palabras, la estipulación de marras luce indisputadamente ajustada a la reglamentación que, para toda la plaza, y desde hace casi tres décadas, habilitó la predisposición general de, entre otras, la referida causal de exclusión objetiva de cobertura'".

Concluirá entonces que, "... en tales condiciones, es claro que ni por su contenido, ni por su redacción o presentación puede la cláusula en cuestión tildarse de 'sorpresiva', es decir imprevisible o 'no razonablemente previsible' (en la terminología utilizada por el novel inc. c] del art. 988 del Cód. Civ. y Com.)".

Ya se había expedido sobre el punto el procurador general de la provincia, en argumento que la Suprema Corte de Buenos Aires hará suyo: "...pueden considerarse como no razonablemente previsibles aquellas que de acuerdo a las circunstancias, en especial, con la naturaleza del contrato, 'resulten tan insólitas que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia' (Lorenzetti, 'Código Civil y Comercial de la Nación', comentado, Rubinzal-Culzoni Edit., Santa FE, 2014, 1ª ed., t. V, p. 653, al referirse a algunos antecedentes de la norma en el derecho comparado). Y en la especie, no advierto que la exclusión de cobertura predispuesta pudiera resultar inimaginable o ajena al objeto contractual, en la medida que constituye precisamente la delimitación del riesgo cubierto, tal como suele suceder en esta clase de seguros colectivos de accidentes personales que, vale la pena destacar, representan seguros de carácter voluntario, totalmente ajenos e independientes al sistema creado por Ley de riesgos del trabajo, que prevé coberturas de carácter obligatorio. Tiene dicho autorizada doctrina al respecto que 'la delimitación del riesgo, por ser objeto del contrato, jamás puede ser considerada una cláusula abusiva ya que son las partes quienes acuerdan la materia sobre la que se contrata' —en el caso, la aseguradora con el Servicio Penitenciario bonaerense, de la que el aquí reclamante resulta su dependiente— (STI-

GLITZ, Rubén S., 'Derecho de Seguros', La Ley, Buenos Aires, 2016, 6 ª ed. actualizada y ampliada, t. I, acáp. 218, p. 306) (fs. 348 vta.)".

5) La exclusión de cobertura de accidentes provocados por el uso de motocicletas no es irrazonable ni desproporcionada. La Excma. Cámara había sostenido que "...el invocado derecho a no cubrir el siniestro —conferido por la cláusula en análisis— configuraba un 'estándar sospechoso de irrazonabilidad' cuya legitimidad no había sido argumentalmente explicada y justificada por la demandada".

La Suprema Corte de Buenos Aires, por el contrario, sostuvo que "...el mayor riesgo implicado en accidentes protagonizados por motovehículos es, sin dudas, un hecho público y notorio que, como tal, no precisa particular demostración. La simple observación del tránsito vehicular urbano, en conjunción con la ostensible exposición y vulnerabilidad de quienes se desplazan en esta clase de vehículos nos exime de un mayor análisis y comentario. No obstante ello, resulta ilustrativo reparar en un informe titulado 'Situación de la Seguridad Vial en Argentina', publicado en el año 2018, en el sitio web del Observatorio Vial de la Agencia Nacional de Seguridad Vial dependiente del Ministerio de Transporte de la Nación (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/situacion_de_la_seguridad_vial_en_la_argentina_25.06.pdf), y en cuanto allí se expresa... las estadísticas de mortalidad por siniestros viales presentan una tendencia creciente en la participación de los usuarios de motovehículo, pasando de representar 7,7% a 25% del total de víctimas fatales por hechos de tránsito entre 2005 y 2016".

El voto de la mayoría pone de relieve que la demandada había argumentado "...que la razonabilidad de la exclusión de cobertura se explicaba por la ecuación riesgo cubierto-precio contenida en las pólizas efectivamente contratadas".

En síntesis, y como corolario final, el fallo reseñado permite comprender, gracias a su abundancia de argumentos, que es propio del contrato de seguros seleccionar los riesgos que se cubren y desechar la cobertura de algunos supuestos que el asegurador o el asegurable (para obtener un precio más bajo) no desean amparar.

Generalmente esa selección de situaciones cuya cobertura se declina, están en directa relación con la frecuencia o gravedad de los eventuales siniestros que su inclusión generaría.

El asegurador, no es ocioso recordarlo una vez más, asume voluntariamente riesgos y no está obligado a cubrir todos los supuestos generadores de daños y mucho menos en forma ilimitada. Y según sea el riesgo asumido y las prestaciones prometidas en caso de siniestro, será el precio que negocie con los asegurados (art. 1021, Cód. Civ. y Com.).

De allí que una cobertura podrá ser amplia o limitada, atractiva o poco significativa, conveniente o inadecuada, generosa o escuálida, abundante o escasa.

Pero, en cualquier caso, no cabe declarar nulas por abusivas a las cláusulas que limitan el objeto del contrato porque ese alcance es el que definieron el asegurador y el asegurado al acordar el objeto del contrato. Ellos dejaron fuera de la cobertura algunos supuestos que ya no serán amparados por el asegurador. No habrá desvirtuación posible del objeto del contrato porque respecto de esos particulares supuestos excluidos no hay promesa de cobertura, ni tampoco hubo pago de un precio para adquirir la protección.

JURISPRUDENCIA

SEGURO DEL AUTOMOTOR. EXCLUSIÓN DE COBERTURA

Accidente de tránsito. Afectación comercial del vehículo. Prueba documental desconocida. Absurda ponderación del material fáctico.

1. — Las cláusulas de exclusión de cobertura o no seguro, ya sean de fuente normativa o convencional, se caracterizan por describir las hipótesis o circunstancias en las que el siniestro no se encuentra cubierto por la aseguradora.

2. — Si la compañía de seguros pretendía demostrar el evento extintivo o impeditivo de la obligación convenida con el accionado —para evitar el fundamento de una posible condena en su contra—, debía acompañar los instrumentos respaldatorios tendientes a acreditar tal extremo. En el caso, si bien la citada en garantía se encargó de aportar un documento que refiere ser la declaración del demandado, en donde consta que el vehículo involucrado en el suceso lesivo era utilizado para un servicio de reparto de comidas en momentos del accidente vial, lo cierto es que frente al desconocimiento efectuado por la parte actora aquella no ejerció de actividad útil tendiente a comprobar su veracidad.

3. — La conclusión del Tribunal de Alzada, en torno a la acreditación del hecho sobre el que sustentó la configuración de la causal de exclusión de cobertura, se apoya en el reconocimiento documentado en el instrumento que fue desconocido por la actora y que la compañía de seguros atribuye al demandado.

4. — Cabe considerar absurda la línea de pensamiento elaborada por el a quo que, por un lado, consideró comprobada la causal de exclusión de cobertura a través de una fotocopia simple de una carta documento y una declaración extrajudicial —ambas desconocidas— y, por el otro, encontró confirmada su exactitud mediante la prueba de informes dirigida al Correo Andreani y a partir de los efectos de la incomparecencia del demandado a absolver posiciones.

SC Buenos Aires, 12/02/2021. - Alcalde, Elsa Teresa Susana y otro c. Castro, Leandro Guillermo s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1371/2021]

COSTAS

Se imponen la citada en garantía.

Causa C. 122.892

La Plata, febrero 12 de 2021.

Antecedentes

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, en lo que importa destacar, revocó parcialmente la solución de origen que —a su turno— admitiera el reclamo incoado por Elsa Teresa Susana Alcalde y Guillermo Walter Víctor Mazzoni contra Leandro Guillermo Castro, Jorge Robledo y la firma Mapfre Argentina Seguros SA —como citada en garantía—, rechazándolo en cuanto hizo extensiva la condena a esta última en los límites del seguro al no encontrar reunidos los extremos para su progreso (v. fs. 923/939 y 998/1012 vta.).

Se interpuso, por la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 1021/1032).

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

A la cuestión planteada el doctor *Soria* dijo:

I. La señora Elsa Teresa Susana Alcalde y el señor Guillermo Walter Víctor Mazzoni promovieron demanda de daños y perjuicios contra los señores Leandro Guillermo Castro y Jorge Robledo en virtud del accidente automovilístico ocurrido el día 28 de octubre de 2006. Citaron en garantía a la firma Mapfre Argentina Seguros SA (v. fs. 238/248).

Conferido el traslado hacia la compañía aseguradora, el letrado apoderado de esta opuso la defensa de falta de legitimación pasiva en razón de haberse tornado operativa la cláusula de exclusión de cobertura, con motivo de la afectación comercial del vehículo (v. fs. 286/288 vta.).

Por su parte, los legitimados pasivos —señores Castro y Robledo, tomadores de la póliza en cuestión— fueron declarados rebeldes, en atención a su incomparecencia procesal (v. fs. 370 y 390).

II. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro modificó la sentencia de primer grado que, a su tiem-

po, hiciera lugar a la demanda impetrada, condenara a los accionados y extendiera sus efectos a la citada en garantía, desestimándola solo respecto de esta última (v. fs. 923/939 y 998/1.012 vta.).

III. Frente a ello, el letrado apoderado de la parte accionante vencida interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el que aduce absurdo, errónea aplicación de los arts. 37, 109 y 118 de la ley 17.418 y 163, 164, 384, 456 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Comercial. En adición, denuncia infracción de garantías constitucionales (v. fs. 1021/1032).

Centralmente, cuestiona la decisión en cuanto declaró la exclusión de la cobertura decidida por el *a quo*.

En tal faena, hace saber que el accidente que dio nacimiento a las presentes actuaciones no se trata de un caso de inexistencia de seguro sino de agravación del riesgo. Sin embargo, esgrime que ninguna de tales circunstancias ha sido debidamente demostrada por la interesada, al menos con una entidad suficiente que permita eximir del pago de la condena (v. fs. 1025/1026).

Afirma que la declaración del demandado —en rebeldía— aportada por la aseguradora fue formulada ante un dependiente suyo y, por tal motivo, desconocida expresamente por su parte. No obstante, siendo que esta no fue ratificada en sede judicial, no puede hacérsele valer en su contra sin afectación a la garantía del debido proceso (v. fs. 1026 vta.).

Manifiesta que la absoluta incomparecencia del accionado no debe beneficiar a la compañía de seguros quien, por un lado, manifestó haber realizado todo lo necesario para conseguir su descargo extrajudicialmente y, por el otro, no realizó actividad alguna dentro del expediente como para que ratifique sus dichos (v. fs. 1027 vta.).

Añade que el desconocido documento aportado perteneciente a un asesor de la empresa, producido luego de la ocurrencia del accidente, carece de virtualidad para fundar la exclusión de cobertura frente a terceros, más aún cuando la prueba informativa dirigida a dicho lugar fue desistida por la propia parte interesada (v. fs. 1027).

Resta eficacia probatoria al informe del perito contable, ya que considera que dicha pieza se limita a reproducir elementos aportados por la aseguradora después de acaecido el siniestro y que, por lo tanto, resultan inoponibles a su mandante (v. fs. 1028/1029).

Destaca el resultado del informe librado hacia el local comercial donde se dijo que el demandado trabajaba y quedó establecida la ausencia de relación laboral con el señor Castro y la falta de vinculación con el rodado involucrado (v. fs. 1029 y vta.).

Por último, refiere que la citada en garantía desistió de la prueba pericial caligráfica, tendiente a comprobar la autenticidad de la firma inserta en la denuncia de fs. 267, e informativa, para que el estudio liquidador ratifique su contenido (v. fs. cit.).

IV. El recurso prospera.

IV. 1. Tal como fuera anticipado, la problemática sometida a debate conlleva establecer si la compañía de seguros ha aportado instrumentos fácticos suficientes para demostrar que resulta operativa la cláusula de exclusión de cobertura obrante en la póliza de fs. 276/285 vta.

En ese andar, debo destacar que —conforme ha manifestado este Superior Tribunal— la selección y jerarquización del material probatorio adjuntado por las partes al proceso, como determinar si se configuraron o no los presupuestos de la responsabilidad civil, corresponde al ámbito de las facultades privativas de los jueces de mérito, salvo que se invoque y demuestre eficazmente la existencia de absurdo (conf. mi voto en causa C. 118.411, "Bogado", sent. de 15/07/2015).

Es decir, debe existir un error grave y ostensible cometido en la conceptuación, juicio o raciocinio al analizar, interpretar o valorar las pruebas o los hechos susceptibles de llegar a serlo, con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico-formal e insostenible en la discriminación axiológica como para que esta Corte pueda alterar el sentido de la decisión cuestionada (conf. doctr. causas C. 117.105, "Cavallotti", sent. de 16/10/2013; C. 119.567, "Postigo", sent. de 29/06/2016 y C. 121.408, "Rossi", sent. de 13/02/2019).

IV. 2. De acuerdo con los antecedentes narrados en forma previa, para revocar el pronunciamiento de origen el Tribunal de Alzada analizó la póliza de fs. 269/285, más precisamente la cláusula número 22 inc. 26 y su par adicional número 12 conjuntamente con la pericia contable de fs. 704/740. Sobre tales documentos concluyó que el contrato amparaba daños provocados a terceros, siempre y cuando se le otorgare un uso particular al vehículo (v. fs. 1001).

Luego, ponderó la declaración hecha por el demandado en horas posteriores al accidente frente al estudio liquidador Rusfer & Asociados (v. fs. 267). En esa dirección destacó su contenido, en cuanto expresa

que al momento del hecho el señor Leandro Castro se encontraba haciendo un delivery de pizzas y que los fines de semana este trabajaba como repartidor utilizando el rodado (v. fs. cit.).

En paralelo, remarcó que si bien la parte actora desconoció tal instrumento, tanto su autenticidad como la de la carta documento por la cual la aseguradora rechazó el siniestro (v. fs. 265/266) se encontraban probadas mediante la prueba confesional del accionado (v. fs. 437) e informativa dirigida al Correo Andreani (v. fs. 631) y que no existía otra pieza fáctica con entidad suficiente que permitiera desvirtuar la manifestación del conductor del automóvil (v. fs. 1001 vta.).

Seguidamente, dispuso las cargas procesales que incumbían a cada una de las partes interesadas en el proceso y refirió que si Mapfre alegó una exclusión del seguro debía probarla; en cambio, si el legitimado pasivo pretendía demostrar que el accidente estaba dentro de los riesgos tomados, tenía que hacer lo propio (v. fs. 1002).

Sobre esa plataforma, destacó la actividad desplegada por la compañía de seguros y desestimó el reproche vinculado con la cobertura del hecho, en tanto esta hubo de acompañar la declaración del asegurado que hacía ver la operatividad de la cláusula de exoneración de cobertura (v. fs. cit.).

De otro lado, remarcó que las partes actora y demandada no habían aportado ningún elemento tendiente a desmerecer tal circunstancia. Más aún, hizo hincapié en la rebeldía, incomparecencia a absolver las posiciones y consentimiento de la sentencia del legitimado pasivo (v. fs. cit.).

Por tales motivos, apreciando el reconocimiento realizado por el legitimado pasivo en la denuncia privada, consideró acreditado que al momento del choque el señor Leandro Guillermo Castro utilizaba el vehículo para otorgarle un uso comercial u oneroso, agravando el riesgo contratado. En consecuencia, revocó el pronunciamiento de origen en lo tocante a la defensa opuesta por la aseguradora y la liberó de responder frente al reclamo de los actores por los daños que les ocasionó el evento dañoso (v. fs. 1003 vta.).

IV. 3. Delineados los aspectos centrales del fallo en crisis, entiendo que el recurrente logra evidenciar la presencia del alegado vicio en la labor axiológica del juzgador.

En primer lugar, debo referir que las cláusulas de exclusión de cobertura o no seguro, ya sean de fuente normativa o convencional, se caracterizan por describir las hipótesis o circunstancias en las que el siniestro no se encuentra cubierto por la aseguradora (mi voto en causa Ac. 93.787, "Cancino", sent. de 07/02/2007). Estas importan una delimitación del riesgo, excluyendo o restringiendo los deberes del asegurador por la no asunción de alguno o algunos riesgos.

En la especie, la cláusula contenida en la póliza suscripta con la empresa Mapfre establece, de modo expreso, la no cobertura en aquellos supuestos en que el vehículo asegurado estuviera destinado a un uso distinto al indicado en dicho documento, siendo en el caso, el particular (v. cláusula adicional número 12; v. fs. 284 vta.). Tal previsión configura una exclusión del riesgo, por cuanto describe *ab initio* un riesgo no cubierto, colocándolo fuera del contrato.

En segundo orden, merece resaltarse que el art. 375 del Cód. Proc. Civ. y Comercial dispone que cada parte tiene el deber de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como basamento de su pretensión, defensa o excepción.

Con ello, podemos definir que si la compañía de seguros pretendía demostrar el evento extintivo o impeditivo de la obligación convenida con el accionado —para evitar el fundamento de una posible condena en su contra—, debía acompañar los instrumentos respaldatorios tendientes a acreditar tal extremo.

Sin embargo, la atenta lectura del expediente deja ver que —a diferencia de lo concluido por el tribunal *a quo*— la citada en garantía no ha dado cumplimiento a dicha carga.

Si bien se encargó de aportar un documento que refiere ser la declaración del señor Castro por ante el estudio liquidador Rusfer & Asociados (v. fs. 267), en donde consta que el vehículo involucrado en el suceso lesivo que nos convoca era utilizado para un servicio de reparto de comidas en momentos del accidente vial, lo cierto es que frente al desconocimiento efectuado por la parte actora aquella no ejerció de actividad útil tendiente a comprobar su veracidad.

IV. 4. Para hacer lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva interpuesta por la citada en garantía, la Cámara tuvo por acreditada la causal de exclusión de cobertura invocada (utilización del rodado con fines comerciales).

Lo hizo sobre la base de la mencionada declaración extrajudicial de fs. 267, de la que surge una manifestación —cuya autoría la citada en garantía atribuyó al demandado contumaz— en el sentido de que al momento del hecho el accionado se encontraba realizando un servicio de reparto a domicilio de productos comercializados por la pizzería "Tomasino", negocio en el cual se desempeñaba como repartidor con la utilización del vehículo asegurado (v. fs. 1001 y vta.).

También valoró el contenido de la carta documento mediante la cual la aseguradora rechazó el siniestro (v. fs. 265/266).

Pese a que el actor desconoció la veracidad y autenticidad de ambos instrumentos, y que las firmas y grafías de la documentación de mentas correspondieran a las personas a las que se les atribuye (v. fs. 310), la Cámara concluyó que la autenticidad de estos documentos se encontraba acreditada a partir de la confesional ficta del demandado (v. fs. 437) y de la informativa librada al Correo Andreani (v. fs. 631).

Adunó, que no se ha producido ningún otro elemento probatorio de entidad para desvirtuar "la manifestación del asegurado" sobre el destino que le daba al rodado y enfatizó, de un lado, que el actor no produjo prueba confesional y, del otro, que "no podría interpretarse que la citada incurrió en falta de colaboración en aportar alguna otra constancia que hubiese permitido valorar la veracidad de lo manifestado por el asegurado" (fs. 1002).

Como acertadamente lo pone de manifiesto la pieza recursiva en tratamiento, tal modo de resolver importa una absurda valoración de la prueba producida en el expediente (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Veamos.

IV. 5. a. La conclusión del Tribunal de Alzada, en torno a la acreditación del hecho sobre el que sustentó la configuración de la causal de exclusión de cobertura, se apoya en el reconocimiento documentado en el instrumento que fue desconocido por la actora y que la compañía de seguros atribuye al demandado. A su turno, la satisfacción de la carga de su adveración, que pesaba sobre la citada en garantía merced al aludido desconocimiento (art. 388, Cód. Proc. Civ. y Comercial, su doctr.), reposó en la especie en la confesión ficta (art. 415, Cód. Proc. Civ. y Comercial) del sujeto a quien le atribuyó su autoría (el demandado rebelde).

Sabido es que si bien la confesión ficta crea una situación desfavorable al absolvente (art. 415, Cód. Proc. Civ. y Comercial), debe ser apreciada en su correlación con el resto de las pruebas, atendiendo a las circunstancias de la causa (causas C. 122.276, "Salomón", sent. de 05/06/2019; C. 101.536, "Iribarne", sent. de 09/06/2010; L. 107.656, "Pérez", sent. de 03/10/2012 y C. 94.338, "D'Anna Automotores", sent. de 16/09/2009). Ello así pues de lo contrario se haría prevalecer la ficción sobre la realidad y la decisión podría alejarse de la verdad material (conf. doctr. causas C. 115.088, "Leiva", sent. de 10/10/2012; C. 115.995, "D., M. S.", sent. de 03/12/2014 y C. 77.802, "Ibañez", sent. de 06/04/2016). De allí que este Tribunal haya resuelto que el juez está facultado para tener por ciertos los hechos señalados en las posiciones en rebeldía, pero en modo alguno obligado a acceder —por sola confesión ficta— automática o mecánicamente a las pretensiones deducidas (causas L. 107.656, "Pérez", cit.; L. 100.194, "Seibane", sent. de 12/10/2011; L. 100.684, "Sánchez", sent. de 09/12/2010; L. 86.078, "Hourcouripe", sent. de 11/03/2009 y L. 88.143, "Barroso", sent. de 23/07/2008).

IV. 5. b. Es cierto que la actora no produjo prueba confesional; pero existe sin embargo prueba categórica en el expediente que contradice aquella confesión ficta respecto del contenido del instrumento.

En efecto, tal como lo puntualiza el recurrente, el oficio dirigido al comercio "Pizzería Tomasino" diligenciado por la propia aseguradora da cuenta de que tanto el señor Guillermo Castro como el vehículo involucrado en el evento de marras no tuvieron relación alguna con el negocio de mentas. Así, ante el requerimiento formulado acerca del desempeño del accionado como dependiente de la firma, la oficiada respondió: "No he tenido conocimiento ni relación de ninguna índole con dicha persona". A su turno, y respecto del vehículo asegurado informó: "jamás he visto ni he utilizado para ningún fin el vehículo mencionado" (fs. 607).

IV. 5. c. Tampoco aporta con fuerza de convicción para apuntalar la cuestionada autenticidad la copia simple de la misiva (v. fs. 265) que también sustenta la conclusión del Tribunal de Alzada.

En primer lugar, porque a partir de su contenido no se logra la adveración del documento que contiene la pretendida admisión de la circunstancia obstativa de la cobertura. Dicho texto, en este aspecto, solo constituye una declaración de la aseguradora en virtud de la cual comunica la ausencia de cobertura por haber "tomado conocimiento" de tal declaración, plasmada en el aludido instrumento.

Pero, además, es sabido que las fotocopias no auténticas y desconocidas por la parte contraria carecen de todo valor probatorio (causas C. 106.858, "Rojo", sent. de 17/11/2010; C. 98.264, "S., C. J.", sent. de 25/02/2009; L. 85.656, "Cepeda", sent. de 06/06/2007; L. 75.826, "Olivetto", sent. de 04/06/2003; eo). En la especie, como ya se señaló, también fue negada por el actor la autenticidad de dicha instrumental; y si bien la compañía de seguros ofició la prueba informativa tendiente a respaldar su eficacia probatoria, si observamos la respuesta que brindó la empresa del servicio postal se aprecia que esta únicamente hizo saber acerca de la coincidencia del formato del formulario con el utilizado para la prestación que suele brindar, mas nunca se expidió respecto del envío, recepción y

contenido de la misma (v. fs. 631), motivo por el cual dicho elemento pierde fuerza convictiva.

IV. 5. d. Ninguna otra actividad probatoria ha desplegado la citada en garantía para satisfacer la carga que pesaba sobre sí de demostrar que el documento acompañado era de autoría del demandado declarado en rebeldía (art. 375, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por el contrario, en la especie, la compañía de seguros se conformó con la falta de participación procesal del tomador de la póliza y desistió de la producción de la prueba pericial caligráfica (ofrecida a los fines de comprobar su firma; v. fs. 301 y 436) así como de la informativa cursada al ente liquidador (tendiente a constatar la autenticidad del instrumento; v. fs. 301 y 762). También se la declaró negligente en referencia al pedido de aclaraciones que oportunamente solicitara al perito contable (v. fs. 918 y vta.).

IV. 5. e. En base a lo expuesto, cabe considerar absurda la línea de pensamiento elaborada por el *a quo* que, por un lado, consideró comprobada la causal de exclusión de cobertura a través de una fotocopia simple de una carta documento (v. fs. 265) y una declaración extrajudicial (v. fs. 267) —ambas desconocidas— y, por el otro, encontró confirmada su exactitud mediante la prueba de informes dirigida al Correo Andreani y a partir de los efectos de la incomparecencia del demandado a absolver posiciones (v. fs. 1001 vta.).

En este contexto, siguiendo las reglas de la sana crítica, el escaso material aportado y la deficiente actuación procesal ejercida tendiente a ratificarla no son en modo alguno suficientes para otorgar la pretendida eficacia probatoria al instrumento desconocido, con base en el pliego de fs. 437, y definir la cuestión planteada, máxime cuando existe prueba producida en autos que desvirtúa lo que surge de aquella confesión (arts. 163 inc. 5 y 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Asimismo, estando en cabeza de la citada en garantía la carga probatoria de demostrar el hecho configurativo de la exclusión de la cobertura, no corresponde afirmar que la parte actora era la encargada de producir la prueba confesional del demandado o que era justamente este último quien se encontraba en mejores condiciones para desvirtuar tal afirmación (v. fs. 1.102), ya que ello viola lo postulado por el art. 375 del Código ritual y corrompe las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio (art. 18, CN), tal como también lo pone de manifiesto el recurso en tratamiento.

IV. 5. f. En conclusión, tal como lo expone la recurrente, el fallo atacado no solo evidencia una errónea distribución en las cargas probatorias sino que, además, realiza una absurda ponderación del material fáctico, en tanto consideró acreditado por parte de la empresa Mapfre Argentina Seguros SA que el vehículo propiedad del sujeto pasivo era utilizado onerosamente al momento de producirse el accidente de tránsito del 28 de octubre de 2006, sin elementos fehacientes de comprobación (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

V. Por tales motivos, habiéndose mostrado el vicio de absurdo en la actividad del sentenciante y las infracciones normativas endilgadas, corresponde hacer lugar al recurso traído y revocarse el pronunciamiento de fs. 998/1012 (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). En consecuencia, deberá mantenerse lo decidido en la instancia de origen, en lo que respecta a la extensión de la condena a la citada en garantía, según los términos y con los alcances del seguro (v. fs. 939).

Costas de todas las instancias a la citada en garantía, en su condición de vencida (arts. 68, arg. 274 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la afirmativa.

El doctor *Genoud* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Soria*. Voto por la afirmativa.

La doctora *Kogan* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Soria* y, en consecuencia, doy el mío por la afirmativa.

El doctor *De Lázzari* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Soria*. Voto por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso traído, revocándose el pronunciamiento de fs. 998/1012. En consecuencia, deberá mantenerse lo decidido en la instancia de origen en lo que respecta a la extensión de la condena a la citada en garantía, según los términos y con los alcances del seguro (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Costas de todas las instancias a la citada en garantía, en su condición de vencida (arts. 68, arg. 274 y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/2020) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por el Actuario firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital. — *Luis E. Genoud. — Hilda Kogan. — Daniel F. Soria. — Eduardo N. de Lázzari.*

SEGURO DE VIDA. DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Cláusulas de exclusión de la cobertura. Plazo para aceptar o rechazar la patología denunciada. Buena fe contractual. Daño moral. Daño punitivo.

1. — Constituye un deber ineludible de la aseguradora el de expedirse en término sobre el derecho de su asegurado, carga que rige aún en los casos de exclusión de cobertura, dado que el art. 56, LS no permite distinciones apoyadas en la diversa naturaleza del incumplimiento.

2. — Dado que entre la fecha de denuncia del siniestro y la fecha en la cual el asegurador rechazó la cobertura transcurrió el plazo contemplado en el art. 56, LS, sin haberse probado que esta última pidiera alguna información complementaria de las previstas en el art. 46 del mismo ordenamiento, importa la asunción tácita del aseguramiento en el caso.

3. — Según el art. 46, LS, el plazo de 30 días de que dispone la aseguradora para pronunciarse acerca de los derechos del asegurado cursa desde la recepción de la denuncia del siniestro. Vale decir que la recepción de la denuncia es crucial, tanto para el asegurado, quien tiene un plazo para formularla porque si no pierde el derecho a la indemnización, como para la aseguradora, que tiene otro plazo para expedirse con el riesgo de que si no lo hace en tiempo y forma fehaciente quedará automáticamente aceptada la cobertura y el consecuente derecho a ser indemnizado, aun mediando un supuesto de exclusión de cobertura.

4. — El criterio restrictivo acerca de la admisión del daño moral en el ámbito contractual se encuentra atemperado cuando el reclamo es efectuado por un consumidor, quien por su particular condición de parte débil, que no solo se evidencia al momento de contratar sino también cuando debe efectuar un reclamo por deficiencias del producto o servicio prestado por el proveedor, se encuentra ante un panorama de mayores angustias al saberse en inferioridad de condiciones, ya sea patrimoniales o informativas, para lograr obtener la reparación del perjuicio sufrido.

5. — Procede la indemnización del daño moral, ya que de las constancias de autos surge el tiempo transcurrido sin que la actora obtenga una modificación específica en la conducta de la demandada acorde a la situación de total incertidumbre que se le generó con respecto a los términos contractuales, lo que sin dudas le provocó una perturbación en su tranquilidad que exceden las simples molestias, máxime teniendo en cuenta el estado de mayor vulnerabilidad a la habitual de la actora por la patología que le habían detectado.

6. — El hecho de realizar contrataciones "telefónicas", ofreciendo y destacando las virtudes del producto o servicio que se ofrece, exige que los proveedores pongan énfasis en brindar toda la información necesaria acerca de las características y "límites" de lo que se ofrece; no es el consumidor quien acude en busca de un servicio o producto, sino que son los proveedores quienes acuden al consumidor para realizarle una oferta —en general de modo insistente— que debe aceptar o rechazar en el acto y ello genera que este se encuentre aún en una mayor vulnerabilidad a la habitual, dado que es expuesto a una situación repentina y sorpresiva sin haber tenido el tiempo de evaluar detenidamente cuáles son sus reales necesidades y deseos respecto del producto o servicio ofrecido.

7. — Corresponde admitir la indemnización por daño punitivo, pues, la omisión en brindar información cierta, veraz y detallada al consumidor constituyó, en el caso, un comportamiento encuadrable bajo el concepto de culpa grave, pues ha limitado y condicionado la decisión del consumidor al contratar el seguro vía telefónica en aras de facilitar la obtención de un beneficio económico para los proveedores, y esa situación empeoró con la falta de entrega de las pólizas con sus condiciones generales y particulares. A su vez, generó que la actora creyera que su patología estaba cubierta, desconcertándola con el planteo de exclusión de cobertura mediante carta documento, y luego sostenido en juicio, cuando esa exclusión de cobertura no aparece informada al consumidor del seguro ni probada como parte del contrato en este expediente.

8. — Por el carácter profesional y por la distinta fuerza económica que existe entre la aseguradora y el asegurado, era aquella quien más debía preocuparse de cumplir diligentemente con la recepción de la denuncia, ya sea salvando la fecha antedatada del formulario o indicando el llenado de uno nuevo con la fecha supuestamente real de denuncia.

9. — Resulta contrario a la buena fe que la asegurada se encuentre tratando de demostrar —con clara imposibilidad de hacerlo— que cumplió

con su carga de denunciar el siniestro frente a un sello fechador empresarial y asientos contables de fecha posterior.

10. — En el marco protectorio de la normativa del consumidor, es ilegítimo dirigir el reproche a la parte débil del contrato cuando en cabeza de la aseguradora, a través de las herramientas y recursos con los que cuenta, estaba el encausar correcta y prolijamente el trámite pertinente y evitar cualquier vicisitud; no puede exigirse tal labor técnico-asegurativa al beneficiario, que se encuentra desprovisto de mayores conocimientos frente a la compañía aseguradora, especialista en la materia.

11. — La aseguradora optó por una defensa que se basó exclusivamente en una constancia propia con fecha ulterior, sin dar una explicación que justifique ese proceder "interno". Tal actitud implica una clara violación a la carga de explicitación.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento contrato seguro de vida.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $250.000

Daño patrimonial

Daño emergente: Suma asegurada: $100.000

Daños varios: Daño punitivo: $250.000

CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, 09/12/2020. - Pintos, Liliana Catalina c. Metlife Seguros de Vida SA s/ cumplimiento de contratos civiles/comerciales.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81666/2020]

COSTAS

Se imponen al vencido.

INTERESES

Se aplica la tasa pasiva digital.

Expte. N° 170.022

2ª Instancia.- Mar del Plata, diciembre 9 de 2020.

1ª ¿Es justa la sentencia de fs. 373/386? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Gérez* dijo:

I. Antecedentes relevantes:

A fs. 15/24 la señora Liliana Catalina Pintos demandó a Metlife Seguros de Vida SA por la suma de $650.000, en concepto de indemnización contratada e incumplida ($100.000), daño moral ($50.000 o lo que en más o en menos resulte de la prueba) y daño punitivo ($500.000), más intereses a tasa activa del Banco de la Provincia de Buenos Aires y costas. Asimismo requirió la publicación de la sentencia.

Catalogó la relación contractual como una "relación de consumo" y relató que fue destinataria de una agresiva campaña de venta telefónica, donde el Banco Santander Río, actuando probablemente como agente institorio, le insistió en la contratación de un seguro de vida que la pusiera a cubierto del riesgo de contraer cáncer femenino; que accedió a contratar dos pólizas de seguro bajo los N° ... (emitida el 25/07/2012) y N° ... (emitida el 16/07/2008); que nunca se le proporcionó un ejemplar de las pólizas ni otro documento que acredite los exactos términos y alcance de la cobertura contratada, así como las eventuales limitaciones adherentes al riesgo asumido; que creía saber que había contratado un seguro que cubría el riesgo o la eventualidad de contraer dicha enfermedad potencialmente terminal, la que de ser diagnosticada la haría acreedora de la suma asegurada que ascendía a $100.000 por ambas pólizas.

Continuó señalando que el 2 de octubre de 2012, denunció ante la aseguradora, mediante respectivo formulario, que en el marco de un examen ginecológico de rutina se le había diagnosticado una entidad cancerígena denominada CYN I (HPV), la cual corresponde a las siglas en ingles que significan Cervical Intrahepitellial Neoplasia grado I, provocado por Human Papillomavirus, esto es un carcinoma de cuello de útero provocado por virus del papiloma humano; que la aseguradora le remitió carta documento expedida el 7 de noviembre de 2012, rechazando "extemporáneamente" la cobertura en razón de que la patología diagnosticada no se encontraría cubierta por las pólizas.

En cuanto al reclamo judicial, la actora lo discriminó en: 1) $100.000, importe de las pólizas; 2) $50.000 por daño moral, o lo que en mas o en menos resulte de la prueba; 3) $500.000 por daño punitivo; 4) tasa activa para los intereses moratorios; y 4) publicación de la sentencia.

A fs. 55/63 Metlife Seguros de Vida SA contestó la demanda. Luego de las negativas de rigor, manifestó que el rechazo del siniestro comunicado en la CD emitida con fecha 07/11/2012, fue realizado en el tiempo correspondiente, es decir, menos de 30 días después de recibida la denuncia del siniestro; que al formulario de denuncia que acompaña la actora a su demanda, del cual su parte adjunta el original, le falta el sello de Metlife donde figura la fecha de recepción del 18/10/2012; que la enfermedad que padecía la actora se trataba de un cáncer *in situ*, es decir, una afección que se encuentra expresamente excluida de la cobertura otorgada por las pólizas contratadas.

Asimismo, planteó la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240.

A fs. 65 la actora contestó el traslado del planteo de inconstitucionalidad, se opuso a la prueba pericial contable y solicitó la apertura a prueba.

A fs. 73 se abrió la causa a prueba.

A fs. 78 se realizó una audiencia de conciliación que fracasó.

A fs. 356 se certificó el vencimiento del término probatorio, llamándose a autos para sentencia a fs. 372.

II. La sentencia apelada:

El 20/02/2020 el juez *a quo* hizo lugar a la demanda impetrada que por incumplimiento de contrato y daños y perjuicios promoviera Liliana Catalina Pintos contra Metlife Seguros de Vida SA; y condenó a esta última a abonar a la primera, la suma de $75.000 en concepto de daño moral, más los intereses moratorios desde la celebración del contrato de consumo y hasta el pronunciamiento al 6% anual, y desde allí y hasta el efectivo pago a la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta días; y costas.

Para así resolver, señaló que los acontecimientos que dieran lugar al presente debate configuran una típica relación de consumo; y que toda la normativa incorporada al Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta aplicable al caso de autos, de la misma manera que resulta aplicable la normativa específica del seguro y de defensa del consumidor.

A continuación, refirió que la aseguradora tiene que emitir la póliza, en tanto es la creadora de su contenido y quien la pone en circulación; y que a la emisión le sucede la obligación de hacer entrega material de aquella; trajo a colación sobre el particular, el artículo 11-2 de la Ley de Seguros que establece que: "El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada con redacción clara y fácilmente legible"; y lo relacionó con el derecho a la información, de carácter inalienable para el consumidor, del art. 1110 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; y art. 4 y concs. de la Ley 24.240.

Seguidamente, dijo: "...que la actora —en los términos en que legalmente correspondía a la accionada e incumplió con absoluta indiferencia—, nunca tuvo en su poder un ejemplar de las pólizas contratadas (ver lo actuado en diligencia preliminar que en este acto tengo a la vista; causa N° 120.472), tal obstáculo fue superado al obtener copia de las mismas mediante la —ineludible— promoción de actuaciones en los términos de los arts. 323 y ss. del ritual.".

Y que: "Más aún, encontrándose acreditado en la causa —fs. 201— que el Banco Santander Río resulta agente institorio de Metlife —pese a lo que señala respecto a la comercialización con esta última—, el oficio obrante a fs. 240 no hace más que despejar toda duda en cuanto a que las pólizas —y ni siquiera los certificados de cobertura— jamás le fueron entregadas a la Sra. Pintos.

He aquí una violación legal: en primer lugar, a la Constitución Nacional —art. 42—, reglamentada en cuanto a su ejercicio por el art. 4to. de la ley 24.240; y paralelamente, al art. 11 de la ley de seguros.".

Con respecto a la cuestión suscitada en torno al art. 56 de la Ley 17.418, tomó las conclusiones de la incuestionada pericial contable producida: el rechazo del siniestro ha sido tempestivo.

Recordó que en el caso se discuten las fechas en que fuera puesto a conocimiento de la demandada la ocurrencia del siniestro, pues mientras la actora entiende que ello ha acontecido en la fecha que surge del formulario acompañado a la demanda (02/10/2012), la demandada considera que el plazo ha de computarse desde la fecha de ingreso que consigna el sello inserto en la documental que adjunta (18/10/2012); lo que tiene suma relevancia porque, en uno u otro caso, la situación variaría pues de tomarse el propuesto por la actora, el rechazo a la cobertura sería extemporáneo; contrariamente, tomando la otra posición, la negativa sería temporánea.

Agregó que: "...nada se ha aportado en relación a una eventual falsedad del sello que incorpora el formulario traído por el demandado, ni tampoco con relación a la autoría de la fecha consignada en el que porta la actora (es más, tal vez fuera completado por ella misma y deja estéril la discusión)."

Superada esa cuestión, consideró que el "siniestro" previsto en las pólizas no ha acaecido; y de allí, nin-

gún débito se encuentra en cabeza de Metlife, al menos en relación al siniestro asegurado.

No obstante, ponderó que resultó necesario el trámite preliminar para conseguir una copia de las pólizas contratadas; que la conducta de Metlife obligó a la actora a dar instancia judicial —amén del resultado de la mediación previa—, para reclamar lo que con poca claridad en sus cláusulas a todo evento tampoco le fuera debidamente explicado a la Sra. Pintos, sea al momento de contratar, desde allí en adelante durante el desenvolvimiento de la relación de consumo, como de responder rechazando el siniestro; que necesariamente la actora debió indagar en este proceso los términos contractuales —diligencia preliminar— y luego —a través de la producción de prueba—, los alcances precisos de las condiciones y términos de la cobertura frente a su problemática de salud.

Por esas circunstancias, otorgó $75.000 en concepto de daño moral.

Desestimó, por el contrario, el reclamo de daño punitivo, sin perjuicio de tener en cuenta este precedente para ulteriores situaciones en las que deba evaluar la procedencia del daño punitivo; como asimismo el pedido de publicación de la sentencia, por estar previsto para otros casos, de incidencia colectiva (sea teniendo en miras la protección de bienes colectivos o intereses individuales homogéneos).

III. Los recursos. Depósito previo. Vista al Fiscal.

El 21/02/2020 apeló la actora.

El 27/02/2020 se concedió libremente. El 27/02/2020 apeló la demandada.

El 28/04/2020 se tuvo por cumplido el depósito previo de capital, intereses y costas efectuado en los términos dispuestos en el proveído de fecha 12/03/2020 y conforme al art. 29 de la ley 13.133, y se concedió el recurso de apelación interpuesto por la demandada, libremente y con efecto suspensivo (dado el trámite fijado al inicio y toda vez que las sumas depositadas no se encuentran disponibles para el vencedor); asimismo se ordenó transferir la suma de $140.725,88 de los fondos depositados en la cuenta de autos N° 848.582/7 a plazo fijo renovable automáticamente cada treinta días.

El 12/03/2020 se dio vista al Ministerio Público Fiscal al solo efecto de que tome conocimiento del pronunciamiento definitivo dictado (ello en razón de que no reviste el carácter de parte), lo que tuvo que materializarse en esta instancia con fecha 27/10/2020, recibiéndose la contestación respectiva el 12/11/2020.

IV. Agravios de la actora. Fundamentación. Contestación.

La actora expresó sus agravios el 11/08/2020. Se agravia:

1) Por que debió tenerse por aceptado tácitamente el siniestro, ya que el formulario de denuncia de fecha 02/10/2012 (fs. 11 de las diligencias), cuya autenticidad no fue impugnada, se presentó en esa fecha en la oficina de Banco Santander Río (agente institorio de la aseguradora según informó a fs. 201), que actuando como mandatario de la aseguradora le vendió las pólizas y que, como tal, estaba facultada para recibir denuncias (art. 54 LS), y el pronunciamiento de la aseguradora —concretado a través de la CD impuesta el 07/11/2012 obrante en original a fs. 10 de la diligencia preliminar— es claramente extemporáneo (art. 56 LS); agregando que, en todo caso, la inserción por la propia demandada de un cargo fechador de fecha convenientemente posterior (18/10/2012) no puede ser utilizada ni mucho menos interpretada en perjuicio o en un sentido desfavorable al consumidor (art. 1094 y 1095 Cód. Civ. y Com. de la Nación; 53 LDC).

Agrega que decir que "nada se ha aportado en relación a una eventual falsedad del sello que incorpora el formulario traído por la demandada" significa invertir la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, violando de tal modo lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 24.240 e interpretado los hechos y las pruebas producidas en clara infracción al principio protectorio que dimana del artículo 42 de la Constitución Nacional y de los artículos 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com. de la Nación pues era la demandada - y no la actora - la que debía contribuir al esclarecimiento de tales circunstancias por ser quien para liberarse pretende valerse de un documento (fs. 40) al que convenientemente le insertó un sello de fecha distinta y muy posterior a la que tiene el original, obrante a fs. 11 de la diligencia preliminar, y que le permitió argumentar en este juicio que el pronunciamiento realizado en los términos del artículo 56 de la Ley 17.418 tuvo lugar en forma tempestiva.

2) Por que se excluyó su problema de salud de la cobertura, cuando la demandada no solo no cumplió con la carga de probar la entrega de las pólizas al consumidor (ver informe de fs. 240), sino que tampoco ha traído dichos contratos al proceso, incumpliendo con el deber de colaboración que dimana del artículo 53 de la LDC, ya que en la diligencia preliminar se limitó a incorporar dos certificados de cobertura (fs. 25 y 31) y condiciones generales de una póliza provenientes de una entidad distinta (Alico) que, por lo demás, a la fecha de dichos certificados (14/06/2013) tenía revocada su autorización para operar en seguros (ver Resolución SSN N° 36.621, art. 4°, de fecha 29/03/2012

obrante a fs. 51/52); y tampoco lo hizo durante el trámite de este juicio, pues aunque la señalada omisión procuró ser superada con las aclaraciones expuestas en la contestación de demanda (fs. 55 vta./56, cap. III. 2 ap. a), nuevamente omitió adjuntar un ejemplar de las respectivas pólizas limitándose a agregar un cuerpo de condiciones generales (fs. 41/45) que no es posible vincular con ninguna póliza, y en base a esos documentos, que no son las pólizas cuyo cumplimiento se demandó, la demandada pretendió probar la existencia de una cláusula de exclusión de cobertura (fs. 56 vta., ap. c) y así restringir el alcance del riesgo asumido a través de la cobertura contratada y, de ese modo, rehusar el pago de la indemnización.

Resalta que el contrato de seguro se debe probar por escrito (art. 11 LS) y que la carga de la prueba de los límites del riesgo asumido y, en especial, de las cláusulas que excluyen ciertas hipótesis de riesgo, pesa sobre la aseguradora que pretende liberarse con sustento en ella (art. 375, Cód. Proc. Civ. y Comercial; 53, LDC); y concluye que tal carga no ha sido satisfecha pues ni siquiera se acompañó el texto de las pólizas emitidas, ni mucho menos el de las condiciones generales aplicables a cada una de ellas.

Trae a colación un fallo de la Sala II de este Tribunal (causa 136.192 *in re* "Argañaraz, Hugo E. c. Alvarengo, José D. s/ daños y perjuicios, sentencia de fecha 25/04/2013), donde se dijo que no se puede invocar una exclusión de cobertura que no aparece informada al consumidor del seguro, ni probada como parte del contrato en el expediente.

Remata diciendo que la pretensión de la demandada de limitar a su antojo el alcance de la expresión "cáncer femenino" (riesgo cubierto) o la de excluir caprichosamente de la cobertura la hipótesis de "cáncer in situ", que según sus dichos padecía la actora, se sustentó en la invocación de una cláusula de exclusión de cobertura cuya existencia no probó; las pólizas nunca fueron incorporadas al proceso y el sucedáneo de producir una prueba pericial contable por sí sola no suple dicha omisión.

A todo evento considera "ofensivo" que se haya dado valor de prueba científica al dictamen de la perito médica que diferenció el "cáncer" del "carcinoma in situ" (padecido por la actora) sin citar bibliografía alguna ni mencionar las fuentes consultadas, tal como lo expuso al impugnar dicho informe (fs. 350 vta.).

En tal sentido, le resulta inconcebible que la interpretación que el Juez *a quo* hizo de la cláusula de exclusión de cobertura invocada por la demandada y que él mismo reputó como poco clara (fs. 382) fuera hecha en el sentido menos favorable al interés del consumidor y, por lo tanto, en clara infracción a los artículos 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Defiende su crítica con un fallo de la CSJN (Fallos: 317:1684, considerando 5 °) donde se dijo: "la conclusión de la alzada respecto a que la demandante quedaba encuadrada dentro de la cláusula de exclusión del seguro resulta objetable, pues al tratarse de cláusulas predispuestas no corresponde realizar una interpretación que lleve por vía analógica a restringir el riesgo cubierto por la póliza, más allá de que en caso de duda debía considerarse subsistente la obligación del asegurador, que no solo redactó las condiciones del contrato sino que por ser quien realiza las previsiones de los siniestros mediante cálculos actuariales, estaba en condiciones técnicas de fijar en forma clara, precisa e indubitada la extensión de sus obligaciones".

3) Para el caso de prosperar sus anteriores agravios, porque la suma asegurada de $100.000 al momento del siniestro (octubre de 2012) equivalía a u$s 21.000, mientras que hoy apenas si alcanza a u$s 1.000; por lo que solicita que, a fin de resguardar sus intereses económicos como consumidor, que de otro modo serían notoriamente perjudicados, el valor del capital indemnizatorio convenido en el contrato sea fijado a valores actuales, esto es, teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en el artículo 772 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y manteniendo una razonable paridad cambiaria entre la cantidad nominal fijada como suma asegurada en las pólizas y la evolución del tipo de cambio respecto del Dólar Estadounidense.

Con igual espíritu, desliza que ese perjuicio económico ni siquiera se ve razonablemente compensado por la reducida tasa de interés moratorio fijada en el fallo apelado.

4) Por la escasa indemnización fijada por el Sr. Juez *a quo* en la suma de apenas $75.000 en concepto de reparación por el detrimento espiritual padecido, cuando han transcurrido 8 años desde el siniestro y un largo proceso judicial que la actora ha debido transitar para obtener el reconocimiento jurisdiccional, y cuando ha sufrido un trato indigno por parte de la aseguradora; y sin perjuicio, además, de la necesidad de fijar una reparación económica que resulte acorde para permitirle el acceso a razonables satisfacciones sustitutivas.

Destaca que en la sentencia no se ha explicitado cuál sería el valor de aquellas satisfacciones sustitutivas aptas a las que la actora podría acceder con la módica suma de $75.000 fijada por tal concepto.

5) Porque se rechazó el pedido de fijación de una suma de dinero por daño punitivo, cuando el propio

Juez *a quo* entendió que fue la conducta de Metlife la que forzó a la actora a tener que acudir a la instancia judicial para reclamar lo que con "poca claridad en sus cláusulas a todo evento tampoco le fue debidamente explicado" y de allí que, a su juicio, "se ha violentado severamente su derecho constitucional a acceder a información adecuada y veraz" (fs. 382).

La demandada contestó el 24/8/2020 señala:

1. Que de la lectura de los arts. 1094 y 1095 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se advierte que dichas disposiciones solo se refieren a la interpretación del derecho y del contrato, respectivamente, a favor del consumidor, lo que no es para nada lo mismo que la interpretación de los hechos del juicio; que basta mirar lo ocurrido en la especie, en donde la actora pretende que sea la fecha puesta por ella en el formulario de denuncia la que sea tomada como la fecha de recepción, cuando todos sabemos que un recibo debe ser expedido por quien recibe y no por quien entrega; que el formulario fue recepcionado recién el 18 de octubre de 2012, conforme lo indica el sello de recepción y es la que debe prevalecer; que no es verosímil sostener que su parte recibe las denuncias de siniestros consignando una fecha manuscrita en un lugar del formulario claramente destinado a ser llenado por el asegurado.

Se interroga: ¿Y cómo se explica que existan 2 formularios idénticos pero que difieren en cuanto al sello de recepción de mi mandante?; y declara que en primer lugar no son idénticos; que la actora adjuntó una copia y mi parte adjuntó un original con la firma original de la actora; que lo que ocurrió es sencillamente que la actora completó un formulario original y lo hizo fotocopiar antes de la entrega (del original) a mi mandante para poder hacerse sellar una copia a modo de recepción, pero al momento de fotocopiar el formulario le hizo más de una fotocopia, agregando a su demanda la fotocopia que quedó sin sellar (y guardándose sin adjuntar la copia sellada a modo de recepción).

Además, subraya que la fecha del sello fechador de recepción coincide con la fecha informada por la perito contadora como la fecha de la apertura de los expedientes administrativos ... y ..., también ocurrida el 18 de octubre de 2012; y que la sentencia hace mérito de lo que dice el perito, quien señala que una cosa es la fecha de la declaración de voluntad de la actora (02/10/2012) y otra, distinta, la fecha de recepción de dicha denuncia de siniestro (18/10/2012).

Por lo que insiste en que el siniestro fue rechazado en tiempo y forma. 2. Que la actora pone en duda —recién ahora y con nuevas excusas— las condiciones generales y, por ende, las cláusulas de exclusión; que en su demanda no dudaba de ellas, sino que se limitó a cuestionar las cláusulas de exclusión solo invocando que eran de otra compañía aseguradora, Alico Compañía de Seguros SA, siendo que quedó probado que fue absorbida y fusionada con Metlife Seguros SA; por lo que entiende que por el principio de congruencia no se puede emitir un pronunciamiento que altere la causa pretendi.

En cuanto a si la dolencia padecida por la actora encuadraba en las exclusiones previstas, dice que son contundentes las pruebas que avalan la procedencia de la exclusión, conforme las ha ponderado expresamente la sentencia; que, en primer lugar, el propio facultativo ofrecido como testigo por la propia actora, Dr. R., manifestó: "no, no es un cáncer pero se lo llama neoplacia intrapitelial, porque en alguna pequeña proporción de pacientes puede ser una lesión pre cancerosa, pero no es un cáncer"; que la pericia médica también ha dejado en claro que la dolencia en cuestión no es un cáncer.

Por eso —concluye— que resulta un fundamento meramente aparente el cuestionamiento que la actora realiza al informe pericial de autos, en el sentido de señalar que "El informe nunca fundamentó la afirmación según la cual el CIN I no es un "cáncer" a pesar que, según los propios dichos del perito, se trata de una neoplasia que comprometió el estrado basal del epitelio cervical. "Justamente lo que define el cáncer es la propagación descontrolada —metástasis— y lo que no se difunde es un tumor benigno pero no es un cáncer en el sentido propio de la palabra, por lo cual el "cáncer in situ" no es un cáncer; que tampoco constituye un argumento convincente la referencia a un "severo infiltrado inflamatorio mixto linfocitario y neutrofílico en unión escamo columnar" al tiempo que del informe de citología oncológica de fs. 8 se desprende la existencia de células anormales.", pues la existencia de células anormales no implica que el tumor formado se vaya a difundir o propagar fuera de control, es decir, un tumor benigno está formado por células anormales y no por ello es un cáncer; que menos todavía existe una interpretación desacertada de la cláusula de exclusión, pues si hay algo que llama la atención sobre la definición de cáncer es su claridad.

Así transcribe: "Definiciones A. cáncer. presencia de tumor maligno caracterizado por el crecimiento y dispersión incontrolable de células malignas y la invasión del tejido, incluyendo leucemia, pero se excluyen canceres no invasivos in situ, tumores por la presencia de cualquier virus de inmuno deficiencia humana y cualquier cáncer de piel con excepción del melanoma maligno". Y destaca que en dicha definición queda claro que un cáncer es un tumor maligno, que importa una "dispersión incontrolable" de células malignas y que incluso precisa que los tumores que no se pro-

pagan (cánceres in situ) no se consideran cáncer a los efectos de la póliza; y finalmente expone que ante la claridad de la cláusula no existía margen de duda alguna como para realizar la interpretación más favorable al consumidor pretendida por la parte actora en su memorial.

Trae a colación que el propio representante del Ministerio Público en su dictamen de fecha 20 de noviembre de 2019 también hizo referencia a los elementos que fundaron la exclusión reconocida en la sentencia, y concluyó que queda evidenciado que la sentencia atacada se halla sólidamente sustentada en elementos como para decidir que la dolencia de la actora no se hallaba cubierta por la póliza contratada.

3. Con respecto a la "novedosa" (sic demandada) pretensión de condena en dólares, alega que pretender una condena en dólares a esta altura del proceso importa ignorar la existencia del principio de congruencia y además supone vulnerar la prohibición de indexar, prohibida por nuestro ordenamiento legal (art. 7 de la Ley 23.928), cuyo análisis de validez constituye una cuestión no justiciable, pues es resorte del Congreso Nacional, según nuestro más Alto Tribunal: CSJN, Razzini, Ernesto G. y otros c. E. N. A. - AFIP s/ acción declarativa de certeza, 23/10/2012, LA LEY 13/11/2012 Cita online: AR/JUR/54.340/2012.

Por otro lado, argumenta que la tasa de interés puro del 6% aplicada por el *a quo* respecto del rubro daño moral establecido a "valores actuales", desde la celebración del contrato de consumo hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia, es justamente la que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia considera aplicable, por lo que hacer lugar a la pretensión de la actora supondría vulnerar su doctrina legal.

4. En relación a la insuficiencia de la suma de $75.000 por daño moral, subraya que pidió 50.000 y ahora quiere más de lo otorgado, y que siempre la visión de la víctima será subjetiva y de allí el amplio margen de discrecionalidad reconocido al juez al ponderar su cuantificación.

5. Que resultaría injusto aplicar daño punitivo en el caso de autos, pues, como se ha visto, la dolencia sufrida por la actora estaba excluida de la cobertura, tanto según su propio médico ofrecido como testigo, como por el perito médico designado; que hacer lugar al agravio supondría asumir que su parte ha actuado de manera maliciosa, con cálculo diabólico, con un evidente menosprecio y una clara antijuridicidad, lo que no parece compadecerse con lo que ocurrió.

V. Agravios de la demandada. Fundamentación. Contestación.

La demandada expresó sus agravios el 12/08/2020.

Se agravia porque se la condenó a indemnizar el daño moral cuando no hubo incumplimiento contractual, que fue la causa principal por la cual se iniciaron las presentes actuaciones; entiende que no resulta lógico entonces condenarla por daño moral, cuando fue rechazado el reclamo de la actora que era el pago de las pólizas.

Dice que es falsa la acusación que le hace el juez de grado aduciendo un incumplimiento del deber de información; que su conducta fue la de rechazar en tiempo y forma el reclamo, atento a que no correspondía el pago del seguro y el juez de grado reconoció que Metlife obró correctamente en este sentido.

Expone que es falso también que haya sido necesaria la promoción de esta instancia para que la accionante pudiera obtener copia de las pólizas contratadas, ya que podría haber ido al Banco Santander Río a solicitarlas; y explica que este tipo de contratos colectivos se comercializan del siguiente modo: existe una póliza original, que es la que su parte tiene obligación de entregar al Banco, y los clientes de la entidad bancaria reciben una copia de dicha póliza original; es decir —precisa— que es la entidad bancaria, en su calidad de Agente Institorio, quien debió entregar una copia de la póliza en cuestión a la aquí actora, desconociendo su parte, hasta la promoción de la diligencia preliminar, de la supuesta falta de entrega de las copias de las pólizas por parte de la entidad bancaria; que, de todos modos, destaca que no se encuentra siquiera acreditado en autos que se haya reclamado a la entidad bancaria la entrega de las pólizas en cuestión, ni que esta haya incumplido ante tal requerimiento, por lo que la presunta vulneración al derecho de información está lejos de encontrarse acreditada; que, más aún, no se debe perder de vista que nunca fue requerido por la actora en forma alguna a la entrega de dichas pólizas, y que, ante la primer intimación (en el marco de la diligencia preliminar), las acompañó en tiempo y forma, dando inmediato cumplimiento a la manda judicial.

Agrega que incluso cuando acompañó copias de las pólizas en la diligencia preliminar, y quedó absolutamente claro para la actora que no correspondía el pago del seguro atento a que su patología no era un riesgo asegurado, la Sra. Pintos decidió proseguir con el juicio hasta las últimas consecuencias; por lo que no fue el accionar de Metlife, entonces, lo que motivó la instancia judicial, sino la negativa de la actora a aceptar los términos del contrato, y su convencimiento (ya sea por error o por malicia) de que el siniestro se encontraba aceptado tácitamente porque supuestamente la carta de rechazo había sido enviada en for-

ma extemporánea, lo que luego se comprobó que no fue así.

Asimismo, esgrime que nada de esto fue esbozado por la Sra. Pintos en su demanda al reclamar el rubro y mucho menos probado.

La actora contestó el 14/8/2020. Señala:

Que está probado que ni Metlife ni Banco Santander Río actuando como su agente institorio (fs. 201 y 240) cumplieron con su obligación legal de hacerle entrega de un ejemplar de la póliza (art. 11 de la LS), lo que ha sido determinante de la procedencia de una reparación por daño moral; que lo único que agregó —intervención jurisdiccional mediante— fueron certificados de cobertura (fs. 25 y 31 de la diligencia preliminar) de los que resulta únicamente que el riesgo asumido por el asegurador era que el asegurado fuera diagnosticado de "cáncer femenino"; que como explica Stiglitz (Derecho de Seguros, V. I, p. 539, Abeledo-Perrot) no es lo mismo un certificado o nota de cobertura que la póliza, pues mientras esta última contiene la totalidad de las cláusulas y condiciones (tanto generales y particulares) aplicables al riesgo asumido, un certificado o nota de cobertura no.

Acentúa que no hay que perder de vista que no estamos en presencia de un seguro de daños patrimoniales, sino de pólizas que cubrían riesgos inherentes a la vida y la salud de una persona, por lo que el estándar de profesionalidad exigible a una entidad aseguradora que opera en la rama "vida" y "salud" era la de proporcionar un caudal oportuno, suficiente, completo y claro de información, de modo tal que lleve "tranquilidad" al asegurado en la hora de ser diagnosticado de una enfermedad que la propia demandada ha reconocido como "cáncer".

VI. Consideraciones preliminares.

Liminarmente, es menester señalar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (conf. CSJN, Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 276:132, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado", T. I, p. 825; Fenocchieto Arazi, "Código Procesal Civil y Comercoal de la Nación. Comentado y Anotado", T. 1, p. 620).

En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 384, *in fine*, Cód. Proc. Civ. y Comercial; CSJN, Fallos: 274:113; 280:3201; 144:611).

Por otro lado, estimo pertinente recordar que el obrar jurisdiccional del tribunal opera con sujeción al principio de congruencia, existiendo una serie de campos de actividad de los que no puede exceder el tribunal ad quem, limitación que —entre otros aspectos— resulta ser absoluta en tanto solo puede conocer en la medida de los agravios planteados; no puede abordar aspectos sustanciales de cuestiones que no fueron puestas a consideración del *a quo*; hallándose asimismo vedada la reforma de la resolución apelada en perjuicio del recurrente, salvo que medie recurso de la contraparte. Sentado ello, no cabe considerar por la Alzada cuestiones consentidas, entendiéndose por tales las que no fueron apeladas o que, apeladas dentro de un contexto mayor de impugnación, no fueron referidas en la expresión de agravios, ni cuestiones que no fueron sometidas al juez de primera instancia (Rivas, Adolfo A., Tratado de los recursos ordinarios, T. 2, ps. 841/854, Abaco, 1991).

En efecto, el Tribunal de Alzada no realiza un nuevo juicio, sino que se encuentra más limitado que el de primera instancia, por cuanto de conformidad con lo dispuesto por los arts. 266 y 272 del Código Procesal debe limitarse a decidir sobre aquellas cuestiones de hecho y derecho que hubieran sido sometidas a la decisión del magistrado interviniente, debido a que la segunda instancia es solo un medio de revisión del pronunciamiento emitido en la primera y no una renovación plena del debate.

Así, el principio de congruencia, que limitó la sentencia de primera instancia, limitará del mismo modo la de la segunda.

Sentado ello, me avocaré al tratamiento de los recursos, comenzando por el de la actora por una cuestión de estricto orden metodológico.

VII. Consideración del recurso de la parte actora.

VII. 1. Primer agravio: declinación tempestiva del siniestro.

Luego de realizar un análisis de las distintas posturas asentadas por los intervinientes a lo largo del proceso y de los elementos probatorios adunados, no puedo coincidir con la solución arribada por el *a quo*, en tanto entiende que la aseguradora ha cumplido "en término" con la carga impuesta por el art. 56 de la Ley de Seguros.

El plazo de 30 días de que dispone la aseguradora para pronunciarse acerca de los derechos del asegurado cursa desde la recepción de la denuncia del siniestro. Así se desprende del art. 46, LS: "El tomador, o derechohabiente en su caso, comunicará al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los tres

días de conocerlo…"; y del art. 56: "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 artículo 46…".

Vale decir que la recepción de la denuncia es crucial, tanto para el asegurado, quien tiene un plazo para formularla porque si no pierde el derecho a la indemnización, como para la aseguradora, que tiene otro plazo para expedirse con el riesgo de que si no lo hace en tiempo y forma fehaciente quedará automáticamente aceptada la cobertura y el consecuente derecho a ser indemnizado, aun mediando un supuesto de exclusión de cobertura (cfr. Stiglitz, Rubén S., Pronunciamiento del asegurador —art. 56, LS—, RCyS 2009-VI, 3, La Ley Online AR/DOC/1928/2009, y jurisprudencia allí citada; Meilij, Gustavo R., La carga de pronunciarse sobre los derechos del asegurado, La Ley Online AR/DOC/2142/2011; cfr. doct. Legal SCBA, L. 49.495, sent. del 28/12/1993; Ac. 68.700, sent. del 26/10/1999; L. 67.715, sent. del 08/09/2000; Ac. 82.765, sent. del 30/03/2005; C.116.814, sent. del 11/06/2014).

Ahora bien, llama poderosamente la atención que la aseguradora haya recibido una denuncia con fecha anterior, si es que ello se concretó realmente varios días después; y también resulta curioso que la actora no tenga en su poder una copia de la denuncia con la constancia de recepción, sellada por la aseguradora o mejor aún, por el banco en su calidad de agente institorio, cuando lo apropiado es entregar el formulario de denuncia en original y copia para quedarse con alguna de ellas con constancia de recepción como "medio de prueba fehaciente" que permita demostrar en caso de controversia el cumplimiento de la carga (cfr. arts. 375 y 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial; art. 54, LS; Meilij Barbato "Tratado de Derecho de Seguros - Contrato de Seguro - Seguros de Daños" p. 141, Zeus Editora 1975).

Pero entre ambos comportamientos, resulta más reprochable el de la aseguradora; sin duda, por su carácter profesional y por la distinta fuerza económica que existe entre ella y el asegurado, pues por esas razones era quien más debía preocuparse de cumplir diligentemente con esta etapa del trámite, ya sea salvando la fecha antedatada del formulario o indicando el llenado de uno nuevo con la fecha supuestamente real de denuncia.

No albergo duda de que era carga de la aseguradora adecuar la fecha del reclamo, honrando, así, la máxima buena fe que se le requiere en su proceder con el asegurado.

De lo contrario, basta con imaginarse esta situación por demás peligrosa, tendiente a dejar transcurrir el tiempo para aprovecharlo en su favor: la asegurada cumple en tiempo con su carga de denunciar el siniestro con la presentación del formulario pre-impreso proveído por la aseguradora pero no exige o no se le da copia con constancia de recepción; y se le coloca el sello fechador días después y que, obviamente, coincide con en el día en que se da inicio al trámite administrativo respectivo.

El contenido y efectos de la denuncia del siniestro no debe analizarse aisladamente, sino dentro del conjunto de derechos y obligaciones que la Ley 17.418 impone sobre la aseguradora. Y primordialmente, bajo el principio rector de la buena fe que debe imperar en todas las transacciones comerciales —y, en particular, en el contrato de seguro— y teniendo en cuenta el hecho del carácter profesional de la aseguradora, quien tiene superioridad técnica sobre la accionante inexperta y ello a tenor de lo normado en los arts. 1061, 1724 y 1725 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (antes: arts. 902, 909, 1197, 1198 y concs., Cód. Civil).

Resulta contrario a la buena fe que la asegurada se encuentre envuelta en esta situación, tratando de demostrar —con clara imposibilidad de hacerlo— que cumplió con su carga de denunciar el siniestro el día 02/10/2020 frente a un sello fechador empresarial y asientos contables de fecha posterior.

Analizada la cuestión, en el marco "protectorio" de la normativa del consumidor, considero ilegítimo dirigir el reproche a la parte débil del contrato cuando en cabeza de la aseguradora, a través de las herramientas y recursos con los que cuenta, estaba el encausar correcta y prolijamente el trámite pertinente y evitar cualquier vicisitud; no puede exigirse tal labor técnico-asegurativa al beneficiario, que se encuentra desprovisto de mayores conocimientos frente a la compañía aseguradora, especialista en la materia.

Así que en esta dirección, donde se encuentra comprometida la conducta profesional de la demandada a tenor de las normas referidas, puede acudirse perfectamente al "in dubio pro consumidor", para optar por la fecha del formulario de fs. 11 de las diligencias (02/10/2012) y decidir que la declinación fue "intempestiva"; pues ello está previsto no solo como regla de interpretación del Derecho, sino también de los hechos y de la prueba rendida en el ámbito jurisdiccional, lo que reviste particular importancia en el presente caso (argto. art. 3 y ccdtes. de la ley 24.240; argto. jurisp. esta Cámara y Sala, en la causa N° 160.311 "Amelotti, Alma E. s/ sucesión c. Los Gallegos Martínez Navarro y Cía. SA s/ daños y perjuicios", sent. del 24/05/2016; ver también causa "Franco, Cristian M. c.

Royal & Sun Alliance Seguros Argentina y Otro s/ daños y perjuicios" sent. del 16/06/2020).

Este principio se halla reconocido en el art. 3° de la LDC, en tanto que como regla de interpretación convencional tenía ya su sustento en el art. 37 de la LDC. Dicha regla constituía asimismo un criterio interpretativo de otras vicisitudes de la relación de consumo, como la oferta o la publicidad (art. 7° del dec. regl. 1798/1994); y también resulta aplicable a la duda del juzgador en la valoración de las pruebas aportadas por las partes en el procedimiento sobre las cuestiones que se planteen en la relación de consumo o respecto a la subsunción de un hecho en la norma (Picasso, Vázquez Ferreyra (Directores), "Ley de defensa de consumidor comentada y anotada", Buenos Aires, LA LEY, 2009, To. I, ps. 59/60; Gozaíni, Osvaldo A., "Derecho Procesal Constitucional. Protección constitucional del usuario y consumidor", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 448 y ss.).

El *in dubio pro consumidor* se ha visto fortalecido en el nuevo Cód. Civ. y Comercial, al expresarse también en el art. 1094 como regla de interpretación del derecho y en el art. 1095 como regla hermenéutica de las relaciones de consumo (art. 1094 y 1095 Cód. Civ. y Com. de la Nación; 53 LDC).

Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente procesal, debe tenerse en cuenta que la demandada tampoco desconoció la autenticidad del formulario de fs. 11 (diligencias preliminares) presentado por la actora, donde consignó de puño y letra la fecha 02/10/2012, que, además, es idéntico al adjuntado por ella, con la sola diferencia del sello fechador; por lo que opera también la consecuencia que prevé el art. 354 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, el que predica que la ausencia de una expresa negación de autenticidad ordena al magistrado a tenerlos por fidedignos.

Por el contrario, la aseguradora optó por una defensa que se basó exclusivamente en una constancia propia con fecha ulterior, sin dar una explicación que justifique ese proceder "interno". Tal actitud implica una clara violación a la carga de explicitación, que según la enseñanza de Peyrano, pone en cabeza del demandado la necesidad de justificación y prueba de aquello que, a la luz de lo que debería normalmente suceder, aparece como extraño, curioso, o inverosímil (acerca de la carga de explicitación ver Peyrano, Jorge W.; "Procedimiento Civil y Comercial 1. Cuestiones procesales", Ed. Juris, Santa Fe, 2002, p. 607).

De ningún modo podría aceptarse que la "ajenidad" alegada alcanza para cumplir con esa carga. No es lógico que, en el marco de un contrato de consumo, pretenda exonerarse por el supuesto desconocimiento de la actuación o diligencia del asegurado e incluso del banco que participó como su agente institorio.

En suma y por los argumentos previamente expuestos, propondré a mi colega de Sala modificar este aspecto de la sentencia apelada, toda vez que, desde la perspectiva del principio protectorio del consumidor, en un caso de duda, como es lo que ocurre en autos, la decisión debe inclinarse a favor del consumidor y no en su contra (art. 3 de la Ley 24.240).

VII. 2. Segundo agravio: exclusión de cobertura.

Tal como se refiriera someramente en el capítulo anterior, es doctrina legal de la Suprema Corte que constituye un deber ineludible de la aseguradora el de expedirse en término sobre el derecho de su asegurado (conf. art. 56, ley 17.418), carga que rige aún en los casos de exclusión de cobertura, dado que la norma no permite distinciones apoyadas en la diversa naturaleza del incumplimiento (conf. L. 49.495, sent. del 28/12/1993; Ac. 68.700, sent. del 26/10/1999; L. 67.715, sent. del 08/11//2000; Ac. 82.765, sent. del 30/03/2005; Ac. 91.909, sent. del 23/05/2007; C.116.814, sent. del 11/06/2014; entre otras).

Así, y dado que entre la fecha de denuncia del siniestro, que quedó fijada en el día 02/10/2012, y la fecha en la cual el asegurador rechazó la cobertura transcurrió el plazo contemplado en el art. 56, LS, sin haberse probado que esta última pidiera alguna información complementaria de las previstas en el art. 46 del mismo ordenamiento, lo que importa la asunción tácita del aseguramiento en el caso, corresponde rechazar la defensa de exclusión por aplicación del art. 56 de la Ley de Seguros.

VII. 3. Tercer agravio: suma asegurada. Actualización. Tasa de interés activa.

Corolario de lo anterior, y determinada la responsabilidad por incumplimiento contractual de la demandada por la falta de pago al vencimiento (arts. 750 y cons, Cód. Civil; arts. 49 y 56, LS; arts. 865, 871, inc. b, y concs., Cód. Civ. y Com. de la Nación), corresponderá que la aseguradora abone a la actora la suma asegurada de $100.000, más intereses desde la mora, la que se fija el día 16/11/2012, contabilizando que la denuncia se hizo "tempestivamente" el 02/10/2012; que los 30 días corridos para que se expida la demandada se cumplieron el 01/11/2012, pues no hay prueba del lapso que podría haber insumido la eventual obtención de información o documentación complementaria necesaria para el caso; que se expidió "tardíamente" recién el día 07/11/2012, importando ello la aceptación tácita de la cobertura; y que tenía 15 días para el pago (cfr. art. 28 y 509 del Cód. Civil, arts. 46, 49 y 56 de la ley 17.418).

La actualización monetaria solicitada, amén de que no fue pedida en la demanda, no resulta factible en virtud de la prohibición de indexación que disponen los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 (ref. ley 25.561).

Y a pesar de regir lo dispuesto por el art. 272 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, tampoco se podrían trasladar las soluciones jurisprudencialmente adoptadas de actualización de límites de cobertura para los seguros de responsabilidad automotor, en tanto son supuestos distintos, donde el seguro tiene una clara finalidad resarcitoria estrechamente vinculada a la efectiva dimensión de los daños que se acrediten como sufridos, tanto en la faz patrimonial como extrapatrimonial (vgr. costo de cirugías, costo de tratamiento sicológico, incapacidad sobreviniente, daño emergente, lucro cesante, etc). Por eso, la obligación contractual se determina in solutione, a las resultas de la efectiva dimensión del daño que se acredite (Stiglitz, Rubén S., Derecho de Seguros, LA LEY, 2008, Bs. As., 5ª ed. act. y amp., T. III, ps. 95 y 96).

Además, en esos casos se cuentan con resoluciones periódicas de la Superintendencia de Seguros de la Nación que mantienen actualizadas las sumas mínimas para ese tipo de seguros.

Aquí se contrató un seguro voluntario y de monto y pago único, donde al percibir el 100% del beneficio estipulado se agota la cobertura. No se trata aquí de mantener la relación existente entre un valor asegurable (vgr. automóvil) y un valor asegurado (suma asegurada) al momento de contratar. La propia suma asegurada en dinero es el objeto mismo de la cobertura in obligatione, como quizás podría ser una suma asegurada referida a valores en caja fuerte (ver Waldo Augusto Sobrino, "La Actualización monetaria de las Sumas Aseguradas", 8 de Noviembre de 2017, LA LEY, Id SAIJ: DACF180147; notas al pie: número 50).

Es decir que el dinero aparece en estas deudas in obligatione, pues lo debido es dinero y como tal, la deuda está alcanzada por el principio nominalista y es insusceptible de reajuste alguno (Ramón D. Pizarro y Carlos G. Vallespinos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones., T. 1ª Ed., 1ª reimpr., Bs. As. Hammurabi, 2004, ps. 372 y 373; en igual sentido, ver Atilio A. Alterini, Oscar J. Ameal y Roberto M. López Cabana, Derecho de Obligaciones civiles y comerciales, 2ª Ed. actualizada, 1998, Bs. As., Abeledo-Perrot, ps. 478 y ss.; Guillermo A. Borda, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 9ª ed., Bs. As. LA LEY, 2008, T. I, p. 391; Ernesto C. Wayar, Derecho Civil. Obligaciones, 1ª ed., Bs. As. Depalma, 2002, ps. 496 y 497; entre otros).

A todo evento, y sin perjuicio de lo sucedido entre la contratación y la denuncia que será materia de juzgamiento en los próximos apartados, lo cierto es que la obligación principal de pagar a cargo del asegurador (art. 61, Ley 17.418) en la medida en que la cobertura fue por él asumida debe mantenerse incólume en tanto la compañía aseguradora, si bien no cumplió normalmente dicha obligación, sustentó su postura reticente en razonables motivos en punto a la procedencia de su obligación de pago; así, la conducta desplegada por esta —insisto: desde la denuncia en adelante— no aparece desprovista de todo sustento ni excede el marco de un adecuado ejercicio de su derecho de defensa. Vale decir no advierto una ilegítima dilación en el cumplimiento de la prestación a su cargo, que obviamente no podría operar nunca en desmedro del consumidor asegurado (arts. 506, 508, 509, 511, 512 y concs, Cód. Civil).

Además, la suma asegurada de $100.000 no opera como límite para otras consecuencias dañosas, como lo es el daño moral reclamado.

También debe desestimarse el pedido de aplicar una tasa activa de interés, pues el cuestionamiento planteado por la recurrente en cuanto persigue la modificación de la tasa de interés no puede ser receptado, en la medida en que el tema en debate ha sido resuelto por la Suprema Corte en casos sustancialmente análogos al presente y en sentido contrario a la pretensión casatoria (art. 31 bis, ley 5827).

Así, en las causas C. 101.774, "Ponce" y L. 94.446, "Ginossi" (ambas sents. del 21/10/2009) la Corte decidió —por mayoría— ratificar la doctrina que sostiene que a partir del 1 de abril de 1991 los intereses moratorios deben ser liquidados exclusivamente sobre el capital (art. 623, Cód. Civil) con arreglo a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (conf. arts. 7 y 10, ley 23.928 modificada por ley 25.561; 622, Cód. Civil; causas Ac. 43.448, "Cuadern", sent. del 21/05/1991; Ac. 49.439, "Cardozo", sent. del 31/08/1993; Ac. 68.681, "Mena de Benítez", sent. del 05/04/2000; L. 80.710, "Rodríguez", sent. del 07/09/2005; entre otras).

Esa reiteración de pronunciamientos en tal sentido autoriza a considerar que la sentencia que viola esta postura debe ser revocada (arg. art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

No obstante, la utilización de la tasa pasiva que el Banco de la Provincia de Buenos Aires abona a los depositantes que constituyen un plazo fijo digital a 30 días - modalidad tradicional - (comúnmente denominada tasa BIP) como referencia para calcular los intereses moratorios permite - como lo señala mi distinguido colega el Dr. Loustaunau en su voto en la causa

N° 156.126 (sentencia del 09/09/2014 de la Sala II de este Tribunal) - garantizar el respeto a las tres pautas dadas por el Máximo Tribunal en su doctrina legal vigente, esto es: a) se trata de una tasa pasiva, b) corresponde a una operación de depósitos a treinta días y c) se liquida sin incurrir en ninguna forma de capitalización (SCBA, causas C. 43.858, "Zgonc", C.101.774 "Ponce" y L. 94.446 "Ginossi").

A su vez, la mentada tasa no viola la doctrina legal vigente referida precedentemente, puesto que no contradice los términos generales allí sentados, solución que se ve reforzada por el pronunciamiento de la SCBA en la causa "Zocaro", L.118.615, sent. del 11/03/2015, en el que, haciendo referencia a la Tasa Pasiva BIP aplicada en la instancia, señaló que: "...el planteo traído conduce a una discusión irrelevante en el plano jurídico, pues subyace en él una cuestión insustancial limitada a una ecuación estrictamente económica derivada de la aplicación de una determinada alícuota en el marco de las variantes que puede ofrecer el tipo de tasa de interés pasiva, lo que más allá de su magnitud pecuniaria, carece de trascendencia para merecer la atención de esta Suprema Corte..." aclaración de que los porcentuales a tomar en cuenta serán los correspondientes a la banca electrónica. Es más, incluso señala que tal aspecto del pronunciamiento no posee la relevancia necesaria para que merezca la atención del Superior Tribunal.

Por último, considero que la referida tasa pasiva BIP permite concretar más claramente el principio de la "reparación integral" que exige el Máximo Tribunal Federal y que debe satisfacerse en la mayor medida posible (Fallos: 327:3753).

VII. 4. Cuarto agravio de la actora: bajo monto del daño moral. Consideración del recurso de la demandada: Daño moral. Criterio restrictivo. Prueba.

No caben dudas de que la situación en que se colocó a la accionante, le generó un daño moral que la accionada debe reparar, lo que se analizará a continuación.

Si bien en general se considera que en materia contractual el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, también es cierto que para acreditar tal daño no es necesaria la existencia de prueba directa, cuya realización resulta imposible por la índole del perjuicio, pudiendo acreditárselo por medio de indicios que lleven a la convicción del juzgador acerca de la configuración del daño (cfr. esta Cámara y sala, 09/12/2015, causa "Vignolles", pub. La Ley Online AR/JUR/74.467/2015 y jurisprudencia allí citada).

Es más, dicho criterio restrictivo se encuentra atemperado cuando nos encontramos frente al reclamo efectuado por un consumidor, quien por su particular condición de parte débil, que no solo se evidencia al momento de contratar sino también cuando debe efectuar un reclamo por deficiencias del producto o servicio prestado por el proveedor, se encuentra ante un panorama de mayores angustias al saberse en inferioridad de condiciones, ya sea patrimoniales o informativas, para lograr obtener la reparación del perjuicio sufrido (íd. Jurisp. cit.).

De las constancias de autos surge el tiempo transcurrido sin que la actora obtenga una modificación específica en la conducta de la demandada acorde a la situación de total incertidumbre que se le generó con respecto a los términos contractuales, lo que sin dudas le provocó una perturbación en su tranquilidad que exceden las simples molestias, máxime teniendo en cuenta el estado de mayor vulnerabilidad a la habitual de la actora por la patología que le habían detectado.

En efecto, la demandada nunca le envió las pólizas con sus condiciones generales y particulares ni se cercioró que el banco institorio se las hiciera llegar, cuando sabido es que actúa en nombre y representación de aquella (v. fs. 201 y 240; art. 11, LS; arts. 375, 384, Cód. Proc. Civ. y Comercial; cargas probatorias dinámicas: la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires adoptó decididamente la posición que recepta la tesis de las cargas dinámicas probatorias —hoy reconocida en el art. 1735, Cód. Civ. y Com. de la Nación pero que ya era aceptada jurisprudencialmente desde antes—, opera en estas situaciones el "deber de colaboración" del profesional, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que "colaborar" en el esclarecimiento de la verdad; cfr. Ac. 55.133 del 22/08/1995, "Cayargá"; arts. 3, 4, 37, 53, 65 y concs., LDC).

A ello debe sumarse que una vez realizada la denuncia, la actora recibe una carta documento informándole la exclusión de cobertura con fundamento en las condiciones de las pólizas, "Punto 2 - Definiciones: A. Cáncer..." (v. fs. 10 de las diligencias).

De donde se desprende que, sin las pólizas en su poder y con el rechazo de la cobertura, la situación de incertidumbre debió haber sido total; y eso no es todo. Tuvo que recurrir al asesoramiento de un abogado y a los estrados judiciales, incluso para obtener las pólizas y sus condiciones generales y particulares, que vale destacar siguen ausentes en el proceso, pues lo que se ha presentado en las diligencias preliminares son copias simples de certificados de cobertura con un anexo 17 titulado "Cobertura de Cáncer Fe-

menino" (v. fs. 25/36 de las diligencias). Y tal como lo refiere la actora, no es lo mismo.

Con todo esto se acredita la situación de perplejidad que tuvo que atravesar la actora, peregrinando primero con su enfermedad y, desde la denuncia, con la demandada (diligencias preliminares, mediación, juicio con varios intentos de conciliación que fracasaron, incluso en Alzada), lo que ya lleva más de 7 años (Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 235; véase, asimismo, Calamandrei, Piero, "La definición del hecho notorio" en Estudios sobre el Proceso Civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 181 y Carnelutti, Francesco, La prueba civil, traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, segunda edición, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 15, nota 19; ver sobre "hechos notorios exentos de prueba" causas de esta Sala: 167.650 "Sánchez", sent. del 15/10/2019; y 166.610 "Reyna", sent. del 16/04/2019).

Es menester recordar que tanto la Constitución Nacional como la Provincial obligan a los prestadores de servicios a brindarles a los consumidores un trato digno y equitativo y el derecho a una información adecuada y veraz (art. 42 Const. Nac. y art. 38 Const. Prov.), lo cual paralelamente ha sido contemplado en el artículo 8 bis de la ley 24.240 introducido por la ley 26.361, refiriéndose tanto a las tratativas previas a la constitución del vínculo, como a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación y a las conductas poscontractuales (ver también art. 1100, Cód. Civ. y Com. de la Nación; SCBA LP C 109005 S 06/11/2012, *in re* "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina SA s/ Reclamo de actos de particulares").

Por lo que entiendo que ello es suficientemente demostrativo de una situación que supera con creces las molestias esperables en el marco de cualquier relación, incluso de tipo contractual, lo que conduce a tener por acreditado el daño moral reclamado, tal como lo ha resuelto el juez de primera instancia, el que, no obstante, se eleva a la suma de $250.000 por considerar exiguo el monto mínimo peticionado en la demanda y el fijado en la sentencia, y encontrándome habilitado a estimarlo en más a fin de alcanzar una verdadera y efectiva reparación integral, toda vez que se trata de una deuda de valor y la actora lo sujetó a lo que en más o en menos resulte de la prueba (arts. 519, 520, 522 y concs. del Cód. Civil; arts. 772, 1737/1740, 1741 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación; arts. 163, inc. 5, 165, 266, 267, 330, 375, 384, 385, 386 y ss., Cód. Proc. Civ. y Comercial; cfr. jurisp. esta Cámara y sala, causa 161.468, RSD-234 del 10/11/2016; argto. jurisp. SCBA, causas C.117.735, sent. del 24/9/2014 y C.117.501, sent. del 04/03/2015; también C 99.055 S 07/05/2014; C 107.003 S 12/03/2014; C 116.437 S 18/12/2013; C 108.764 S 12/09/2012; C 102.641 S 28/09/2011; AC 81.476 S 23/04/2003; doct. Miguel E. Rubín, "El principio de la reparación integral y la actualización de los valores de condena en la Argentina de hoy", MJ-DOC-6935-AR-MJD6935).

El daño moral, en lo que hace a la consideración de su cuantía, no tiene por qué tener vinculación con el resto de los daños, pues no es complementario ni accesorio y no está sujeto a reglas fijas. El hacer jugar estos últimos como patrón referente o mayor del resarcimiento de aquel, significa negarle autonomía indemnizatoria.

Así lo ha entendido la Suprema Corte, al decir que la determinación del daño moral no necesariamente tiene por qué guardar relación o proporción con el daño material, pues ambos perjuicios merecen un tratamiento diferenciado, por tener naturaleza jurídica independiente al ser distintos los bienes jurídicos tutelados (causa C. 96.838, sent. de 24/08/2011, L. 119.963, Sent. de 06/02/2019).

Tampoco se trata de sumas considerablemente alejadas una de otra, lo que podría indicar una falta de lógica en la forma de tal cuantificación al constatarse sumas bien diferenciadas pero determinadas en base a circunstancias típicas del caso que no pueden reconocerse sino únicas en la afectación del sujeto (vgr. un total de $230.000 por daño moral, contra unos $44.000.000 por daño material, cfr. SCBA, C. 121.649, sent. de 26/12/2018). En torno a los intereses, por haber sido determinado el rubro indemnizatorio a valores actuales, se mantiene la decisión de primera instancia de liquidarlos al 6% anual hasta la sentencia y de allí en más a la tasa pasiva más alta del Banco Provincia, porque es doctrina legal de la Suprema Corte (art. 31 bis, ley 5827; art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial; SCBA, C. 120.536, "Vera, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires/ daños y perjuicios", sent del 18/04/2018 y C. 121.134, "Nidera SA contra Provincia de Buenos Aires. Daños y Perjuicios", sent. del 03/05/2018).

Por otra parte, cabe decir que la queja de la demandada en torno a la concesión de un monto indemnizatorio por daño moral cuando no existe incumplimiento contractual, y dado que se propone rechazar la defensa de exclusión por aplicación del art. 56 de la Ley de Seguros, debe considerarse como "materia desplazada" con motivo de lo hasta aquí expuesto (argto. Quadri-Rosales Cuello-Sosa; Tratado de los recursos, t 1, p.148 y ss. ed. Astrea, 2019; SCBA, Ac. 79.230, Sent. del 19/02/2002; 82.062, Sent. del 24/09/2003; 83.054, Sent. del 24/03/2004; 82.765, Sent. del 30/03/2005; 90.613, Sent. del 29/11/2006; 95.035, Sent. del

07/05/2008; 99.437, Sent. del 02/09/2009; A. 69.302, Sent. del 26/10/2010; C.107.932, Sent. del 27/04/2011; Q 72.276, Sent. del 01/07/2015; A 74.278, Sent. del 28/08/2019; C 122628 S 06/11/2019; Rc 123.869 I 11/05/2020).

VII.5.- Quinto agravio: rechazo daño punitivo.

El instituto de los daños punitivos constituye una figura sobre la cual existe un profundo debate en la doctrina, con voces de adhesión y crítica, que dan cuenta de un largo proceso de reflexión sobre el tópico.

De hecho se postularon tres criterios: el que sostiene la inconstitucionalidad de la norma; uno intermedio que se refiere a su procedencia restrictiva solo en caso de ilícitos lucrativos; y, finalmente, el que se pronuncia por su constitucionalidad y procedencia, que es la prevaleciente (postura de la mayoría de la doctrina de Zavala de González, Pizarro, Moisá, Rubén Stiglitz y Gabriel López Herrera, Chamatrópulos, Álvarez Larrondo, Sozzo, Hernández, Irigoyen Testa, Rinessi, Vázquez Ferreyra, entre otros).

Éste último criterio se elaboró a partir de una "lectura correctora" del texto legal, ya que existe coincidencia acerca de los defectos de técnica legislativa que exhibe el citado art. 52 bis (en tal sentido se pronunciaron los más importantes congresos jurídicos nacionales, entre otros más: XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral de Junín en 2009, en Homenaje a la memoria del Dr. Augusto Mario Morello, en www.cadjj.org.ar/documentos/Jornadas XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 2011; Conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. UBA 2013 —Comisión 8 Derecho del Consumidor—).

De tal manera, para este tribunal, que sigue a la postura mayoritaria, no basta el mero incumplimiento sino que además es necesario que se trate de una conducta particularmente grave, en la que se aprecie por ejemplo una grosera negligencia o indiferencia, entre otros posibles graves reproches subjetivos a la conducta del demandado (cfr. Sala Segunda, *in re* "Machinandiarena Hernández c. Telefónica de Argentina", S. 27/05/2009 Reg. 257-S, causa 143.790; Sala Tercera, causas "Vignolles", sent. del 09/12/2015; "Umanzor González", sent. del 15/06/2017; "Marinucci", sent. del 12/11/2018, entre otras; Ricardo Luis Lorenzetti en Consumidores, Segunda Edición, p. 562 y ss.; Pizarro, Ramón D. "Daños Punitivos" en Derecho de Daños, 2ª parte, en homenaje al Prof. Félix A. Trigo Represas, Ed. La Rocca, Bs. As. 1993 ps. 291, 299).

Aunque cabe traer a colación que la Suprema Corte de Justicia Provincial, al expedirse acerca de la operatividad del art. 52 bis de la ley 24.240 (modif por ley 26.361), ha señalado que: "...Esta disposición, apartándose de las sugerencias efectuadas a nivel doctrinario, no exige un grave reproche subjetivo en la conducta del dañador ni un supuesto de particular gravedad caracterizado por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva ni a los supuestos de ilícitos lucrativos. Solo dispone que procede cuando se incumplen obligaciones legales o contractuales..." (SCBA en la causa C.119.562 "Castelli, María C. c. Bco. de Galicia y Bs. As. s/ nulidad de acto jurídico", sent. del 17/10/2018, del voto del Dr. de Lázzari).

Aquí la demandada no probó haber brindado al consumidor la información adecuada y precisa que requería el tipo de contratación que los vinculó —contrato de seguro—.

El hecho de realizar contrataciones "telefónicas" (no se ha probado que la contratación se hizo de otra forma), ofreciendo y destacando las virtudes del producto o servicio que se ofrece, exige que los proveedores pongan énfasis en brindar toda la información necesaria acerca de las características y "límites" de lo que se ofrece; téngase presente que no es el consumidor quien acude en busca de un servicio o producto, sino que son los proveedores quienes acuden al consumidor para realizarle una oferta - en general de modo insistente— que debe aceptar o rechazar en el acto y ello genera que este se encuentre aún en una mayor vulnerabilidad a la habitual, dado que es expuesto a una situación repentina y sorpresiva sin haber tenido el tiempo de evaluar detenidamente cuáles son sus reales necesidades y deseos respecto del producto o servicio ofrecido (ver jurisp. esta Cámara y Sala, causa: "Franco", sent. del 16/06/2020).

Desde ya, que tal omisión informativa no es inocua dado que priva al consumidor de la posibilidad de elegir libremente evaluando los pro y los contras de lo que se le esta ofreciendo, quedando solo en su consideración las virtudes del producto o servicio que le relata el vendedor, incrementándose notoriamente de tal forma la chance de contratación y, por lo tanto, el beneficio económico de los proveedores.

Resulta oportuno recordar aquí que, como sostiene la doctrina especializada: "...Es un hecho indefectible, que se repite en todos los países; cuanto más grande es la ignorancia del usuario, más se incrementa la rentabilidad del proveedor..." (Fernando E. Shina, "Daños al consumidor", Ed. Astrea, Bs. As., 2014, p. 18).

Es importante destacar que, en el derecho de consumo, el derecho a la información del que goza el consumidor, y su correlato, el deber de informar que

recae en cabeza del proveedor, ha sido consagrado expresamente a nivel constitucional. Así es que, en el primer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional se dispone que: "...Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...".

En igual sentido se contempla tal protección al derecho a la información del consumidor en el art. 38 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.

Los términos "adecuada y veraz" que expresa el art. 42 de la Constitución Nacional, en definición de la Real Academia Española, significa las calidades de "apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo" y "que dice, usa o profesa verdad".

Es decir que el deber constitucional se relaciona con la certeza, veracidad y el carácter comprobable de la información, en función de la disponibilidad de datos que una parte tiene y de la cual la otra, claramente más débil en la relación jurídica, carece (argto. jurisp. (SCBA en la causa "DE.U.CO Defensa de Usuarios y Consumidores Asociación Civil c. Org. Regulador de Aguas Bonaerenses y Aguas del Gran Buenos Aires s/ amparo. Cuestión de Competencia", sent. del 07/03/2007).

La consagración constitucional del derecho a la información lo ha elevado al carácter de principio general del derecho del consumidor, derivándose de ello una necesaria incidencia de este en la interpretación de normas legales y decisiones judiciales o administrativas (argto. doct. Juan M. Farina "Defensa del consumidor y del usuario", 4ª edición, Ed. Astrea, Bs. As., 2008, p. 159).

Debe recordarse que en el derecho de defensa del consumidor se parte de la premisa de una debilidad de este motivada en desigualdades reales que lo colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la ausencia de equivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocas) esencialmente en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (conf. Juan M. Farina, ob. cit., ps. 30/31).

Esta asimetría informativa entre el consumidor y el proveedor es, sin lugar a dudas, un obstáculo para la conformación de un consentimiento libre que permita elegir entre las diferentes alternativas de contratación que se encuentran en el mercado.

Ante lo expuesto resulta indudable, a mi entender y sin perjuicio de no ser requisito para la aplicación de la sanción por daño punitivo la gravedad en el reproche del actuar de la accionada, que la omisión en brindar información cierta, veraz y detallada al consumidor constituyó, en el caso, un comportamiento encuadrable bajo el concepto de culpa grave pues ha limitado y condicionado la decisión del consumidor al contratar el seguro vía telefónica en aras de facilitar la obtención de un beneficio económico para los proveedores, y esa situación empeoró con la falta de entrega de las pólizas con sus condiciones generales y particulares (que hasta la fecha no se sabe dónde están; se sabe que fueron emitidas —v. fs. 202—; y que el banco institorio no encontró constancia de entrega entre sus archivos —v. fs. 240—).

Eso no es todo. Generó que la actora creyera que su patología estaba cubierta, desconcertándola con el planteo de exclusión de cobertura mediante carta documento, y luego sostenido en juicio, cuando esa exclusión de cobertura no aparece informada al consumidor del seguro ni probada como parte del contrato en este expediente (ver jurisp. esta Cámara, Sala 2, causa: "Argañaraz", sent. del 25/04/2013).

Ello sin perjuicio, además, de la eventual desprolijidad de recibir, en todo caso, una denuncia antedatada (art. 512 del Cód. Civil: conf. Ramón Daniel Pizarro - Carlos Gustavo Vallespinos "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones.", tomo II, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, p. 617 y ss.; argto. jurisp. Cám. de Apel. Civ. y Com. de Azul, Sala II, en la causa N° 62.827 "Barcelona, María Paula y otro c. Naldo Lombardi SA y otro s/ daños y perjuicios", sent. del 05/06/2018).

Es entonces, que encontrándose en el presente caso reunidos los requisitos habilitantes para el progreso de la sanción prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240 —modif. por ley 26.361— que entiendo procedente su aplicación (argto. doct. Fernando E. Shina "Daños al Consumidor", Ed. Astrea, 1ª edición, Bs. As. 2014, p. 159 y sgts.; Sebastián Picasso, en obra colectiva "Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada", Picasso - Vázquez Ferreyra Directores, Ed. LA LEY, T. I, Bs. As., 2009, p. 593 y ss.; Daniel Roque Vitolo "Avances y retrocesos en el proyecto de Cód. Civ. y Com. de la Nación respecto del instituto del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor", publicado en "Revista de los contratos, los consumidores y derecho de la competencia", Ed. Legis, p. 3 y ss.).

Ahora bien, en este contexto y dado que la demandada había planteado la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la LDC, por incluir como multa civil al daño punitivo, resulta oportuno señalar en virtud del principio de la apelación adhesiva que no se advierte ni un viso de inconstitucionalidad en dicho precepto legal por ese motivo (Conf. Juan José Azpelicueta - Alberto Tessone; "La Alzada, poderes y deberes", Ed. Li-

brería Editora Platense SRL, Cdad. de La Plata, 1993, ps. 167/168).

Este Tribunal ya se ha expedido al respecto (causa "Vignolles", sent. del 09/12/2015; causa "Marinucci", sent. del 12/11/2018; causa "Bravi", sent. del 15/08/2019; causa "Goenaga", sent. del 09/06/2020, entre otras).

En esas oportunidades, dijimos que los daños punitivos son sanciones civiles que tienden a castigar a quienes violan una norma civil y a impedir la reiteración de hechos similares en el futuro. De hecho en nuestro ordenamiento hay otros institutos jurídicos de similares características (vgr. astreintes; intereses punitorios en materia contractual y los castigos pecuniarios previstos por el Cód. Proc. Civ. y Comercial para los casos de temeridad y malicia procesal, donde incluso la multa es fijada en favor de la contraparte).

Es una condena "extra" que se impone ante una conducta que se aparta gravemente de aquellos niveles de precaución deseables socialmente y que nada tiene de anómala ni de inconciliable con los caracteres generales de las penas privadas en nuestro derecho vigente, y que complementada con las pautas del art. 49, LDC, que brindan parámetros para la aplicación y graduación de las sanciones del art. 47, cumple con el principio de legalidad y con el debido proceso, pues siempre son aplicadas en sede jurisdiccional, en un procedimiento en el que se desarrollan todas las etapas, se concede al proveedor el derecho de defensa en juicio y la posibilidad de ofrecer toda la prueba que hace a su derecho, en el que finalmente puede ser condenado al pago del daño punitivo por un juez natural de la jurisdicción y competencia pertinente (cfr. 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; Rinessi, Antonio J. Y Rey de Rinessi, Rosa, "Naturaleza jurídica 36 del daño punitivo". RDD, 2011-2 "Daño punitivo", p. 117; Zavala de González, Matilde, "Función preventiva de daños", LA LEY, 2011-E, 1116; Álvarez Larrondo, Federico M., "La consistencia de los daños punitivos", LA LEY, 2009-B, 1156).

Incluso nuestra SCBA así lo refleja en el fallo "Castelli" (C. 119.562, 17/10/2018).

Destaco que esta multa civil viene siendo aplicada por las Cámara provinciales con amplitud desde hace tiempo (vgr. esta Cámara Civil y Comercial (Sala II) en las causas N° 160.599 "Chavarría J. G. c. Autocrédito SA de Capitalización s/ nulidad de contrato" del 21/6/2016 y N° 159.035 "Desiderio, Daniel D. c. Mapfre Argentina de Seguros SA s/ daños y perjuicios" del 03/09/2015; esta Cámara Civil y Comercial (Sala III) en la causas N° 159.070 "Vignolles, María de los Ángeles c. San Cristóbal Seguros Generales SA s/ daños y perjuicios - incump. contractual" del 15/12/2015, y N° 163.197, "Umanzor González c. Peugeot Citroën Argentina s/ daños y perjuicios", del 15/06/2017; Cámara Civil y Comercial de Junín en la causa 42.818 "Decima, Julia G. y otros c. Productos de Maíz SA (Ingredion Argentina SA) y otros s/ daños y perjuicios" del 19/11/2015; Cámara Civil y Com. de Zárate Campana, en la causa "Ayestarán, Juan C. c. AMX Argentina SA s/ daños y perjuicios" del 29/05/2012; y Cámara Primera Civil y Comercial de Bahía Blanca en la causa N° 146.984 "Castaño María Alejandra c. Banco Credicoop Cooperativo Limitado s/ daños y perjuicios" del 06/10/2016; entre muchas otras).

De ahí que el cuestionamiento a su validez constitucional no puede prosperar.

Además, y con relación al tildado "enriquecimiento sin causa" de la actora, se ha dicho que la sola aplicación del daño punitivo no implica un enriquecimiento sin causa, en tanto la sentencia que logre posea una externalidad positiva (disuasión de daños) que merezca, por ello, una compensación económica por dicho aporte de valor (beneficio social); aunque también es importante graduar bien la multa para que no supere lo estrictamente necesario para disuadir (ver Barocelli, Sergio Sebastián, "Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia", en DJ 29/05/2013; Colombres, Fernando M.: "Los daños punitivos en la ley de defensa del consumidor", en LA LEY, 2008-E, 1159. Shina, F.: "Los Daños Punitivos en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Otro retroceso en las precarias relaciones de consumo en la Argentina", en Eldial.com DC1904. 3/8/2012; Álvarez Larrondo, Federico M.: "La consistencia de los daños punitivos", en LA LEY, 07/04/2009; Junyent Bas, Francisco; Varizat, Andrés F., y Garzino, María C.: "Destinatario de la multa en el daño punitivo", en LA LEY, 01/03/2013, 1; Rojo, Martina: "De los daños punitivos o la sanción pecuniaria disuasiva. La cuestión del destino de los fondos". 06/03/2014. Microjuris. MJ-DOC-6614-AR; Irigoyen Testa, Matías: "Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables", en Revista de Derecho comercial, del consumidor y la empresa, LA LEY, diciembre de 2011, p. 94).

El tema de que se haya elegido al actor como destinatario de la multa civil tiene su razón de ser, como impecablemente lo explica Álvarez Larrondo, Federico M., en que: "no estamos aquí ante una indemnización o reparación por daño alguno sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionador, que ha elegido como destinatario a la víctima,

con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral... Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso monto puede recibir además un plus, producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), este tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, y ante el incremento de los reclamos, las empresas que actúan como la aquí demandada descubrirán que el negocio de lesionar los derechos de sus clientes deja de ser rentable para convertirse en deficitario, y en consecuencia, comenzarán a resolver los inconvenientes directamente en su propia sede, descargando de esa manera el costo de gestión de conflictos que hoy trasladan masivamente al Estado a través de sus oficinas de Defensa del Consumidor..." ("Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación" LA LEY, 29/11/2010).

En suma, considero que con lo hasta aquí expuesto han quedado desbaratados los reparos formulados a la constitucionalidad del art. 52 bis de la LDC y, por ende, el planteo de la demandada en este sentido se desestima.

Queda por determinar el monto del daño punitivo.

Sin perjuicio de reconocer la dificultad de cuantificar el "daño punitivo" ante la ausencia de reglas específicas para realizar tal tarea, dado que la norma del art. 52 bis de la LDC solo prevé que la sanción: "...se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...", lo cierto es que lo relatado y reprochado a la demandada importó la violación a los derechos de la actora como consumidora, sumado al hecho de la importancia comercial de aquella, quien resulta ser una empresa con una amplia capacidad de contratación, me lleva a estimar el daño punitivo en la suma de $250.000, que considero idónea para cumplir la función disuasiva del instituto.

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos precedentemente expuestos, considero que debe modificarse el pronunciamiento de primera instancia en el sentido y con los alcances fijados en estos considerandos, lo que así propongo.

VIII. Costas.

No existiendo mérito para apartarme del principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancias han de imponerse a la accionada, dada su condición de vencida (arts. 68, 274 y concs., Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto, pues, por la negativa.

La doctora *Zampini* votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — El doctor *Gérez* dijo:

Corresponde: I) Rechazar el recurso de la accionada, con costas (art. 68 del CPC.); II) Hacer lugar al recurso de la parte actora, con costas a la demandada (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial); III) Modificar, por ende, la sentencia de primera instancia, disponiendo que la demandada deberá abonar a la actora la suma de $600.000, más intereses en los capítulos que correspondan, gastos y costas, de conformidad con los considerandos de este pronunciamiento; y IV) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31, 51 y concs., dec.-ley 8904/77; arts. 16 y concs., ley 14.967).

Así lo voto.

La doctora *Zampini* votó en igual sentido.

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo, se resuelve: I. Rechazar el recurso de la accionada, con costas (art. 68 del CPC); II. Hacer lugar al recurso de la parte actora, con costas a la demandada (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial); III. Modificar, por ende, la sentencia de primera instancia, disponiendo que la demandada deberá abonar a la actora la suma de $600.000, más intereses en los capítulos que correspondan, gastos y costas, de conformidad con los considerandos de este pronunciamiento; y IV. Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31, 51 y concs., dec.- ley 8904/1977; arts. 16 y concs., ley 14.967). Regístrese. Notifíquese en forma electrónica a las partes (art. 3, apartado "c. c.2)" de la Resolución del Presidente de la SCBA N° 10/2020; conf. arts. 135, 143 y 143 bis, Cód. Proc. Civ. y Comercial; 11 del Anexo I del Ac. 3845, incorporado por el art. 1, Ac. 3991 de la SCBA). Y devuélvase. En la ciudad de Mar del Plata se procede a la firma digital de la presente conforme al Acuerdo 3975/2020, SCBA. — *Rubén D. Gérez. — Nélida I. Zampini.*

DESTRUCCIÓN TOTAL DEL VEHÍCULO. CUOTAS IMPAGAS

Cumplimiento del contrato. Contrato de seguro. Rescisión del contrato por la pérdida del interés asegurable. Ausencia de deuda por parte del asegurado.

La deducción de las cuotas impagas del seguro del monto total de condena es improcedente en tanto la destrucción total del bien asegurado derivó en la rescisión del contrato por la

pérdida del interés asegurable después de su entrada en vigencia, es decir que, al producirse el riesgo cubierto, el interés del que el asegurado era titular se extinguió y ello dio lugar a la indemnización reclamada **[1]**.

CNCom., sala B, 10/05/2021. - Martín, Carlos c. La Nueva Cooperativa de Seguros Ltda. s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/32463/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral de Villa Mercedes N° 2, del 26/12/2018, en autos "Castro, Yonathan Cosme c. Orueta, Alberto y otros s/ daños y perjuicios", La Ley Online AR/JUR/84047/2018.

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expte. 23.661/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 10 de 2021.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

La doctora *Gómez Alonso de Díaz Cordero* dijo:

I. La Causa:

A fs. 13/18 Carlos Martin promovió demanda contra La Nueva Cooperativa de Seguros Ltda reclamando la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de seguro sobre el vehículo marca Toyota Corolla 1.8, año 2008, dominio ... de su titularidad.

Relató que el día 10/03/2017 fue asaltado y despojado de su rodado por un individuo que luego colisionó contra una pared en la localidad de Villa Bosch, motivando el inicio de las actuaciones penales IPP N° PP-15-00-011075-17/00 ante la UFI N° 5 de San Martín.

Afirmó que, una vez que le fue entregado el automotor, pudieron advertirse importantísimos daños producidos por el choque, circunstancia que redujo la unidad a un estado "inutilizable".

Aseveró que la compañía inspeccionó el rodado con fecha 04/04/2017, aunque omitió expedirse sobre la aceptación del siniestro, configurándose entonces la aceptación tácita contemplada en el art. 56 de la ley de seguros.

Corrido el traslado de ley, La Nueva Cooperativa de Seguros Limitada contestó demanda en fs. 32/33 solicitando su rechazo.

Reconoció el vínculo contractual y la configuración del siniestro en el rodado asegurado, pero desconoció la veracidad de las cotizaciones, tanto del automotor como de las reparaciones.

Expresó que, una vez efectuada la denuncia por parte del asegurado, su mandante encomendó la liquidación del siniestro al "Estudio Diéguez", quien concluyó que la reparación de los daños, no superaba el 80% del valor en plaza al momento del siniestro de una unidad similar.

A fs. 128 el *a quo* dictó sentencia haciendo lugar a la demanda incoada, con costas a la aseguradora vencida.

II. La Sentencia de Primera Instancia:

El sentenciante admitió la demanda e impuso las costas a la accionada vencida.

Para así decidir, juzgó que realizada la denuncia del siniestro por parte del actor con fecha 12/03/2017, la aseguradora omitió expedirse en torno al derecho del asegurado en los términos del art. 56 de la Ley de Seguros.

Por ello, de acuerdo a la pericial mecánica realizada (fs. 97/98), determinó que se hallaba configurado el supuesto de daño total y admitió el reclamo incoado por la suma asegurada ($195.000) con más la aplicación de intereses y rechazó el planteo pretendido por la aseguradora relativo al descuento del 10% del siniestro, por cuanto no consideró probada tal estipulación contractual según lo informado en la pericial contable (fs. 52/92).

Asimismo, concedió la suma de $18.000 en concepto de privación de uso, con más los réditos *ut supra* indicados.

III. El Recurso:

La aseguradora quedó disconforme con el acto jurisdiccional.

A fs. 154/155 expresó sus agravios, los que fueron respondidos por la parte actora en fs. 157.

IV. La Decisión:

1. En esta instancia, no existe controversia con respecto a que las partes celebraron un contrato de seguro automotor respecto del vehículo marca Toyota

Corolla 1.8, año 2008, dominio ... de titularidad del Sr. Carlos Martin.

Tampoco se encuentra en tela de juicio que el día 10/03/2017 se produjo el siniestro que motivó las actuaciones y que la demandada rechazó el pago de la indemnización por exclusión de cobertura.

En efecto, el Juez de Primera Instancia determinó la configuración del supuesto de daño total y la procedencia de la indemnización pretendida.

Sin embargo, de la lectura de la presentación agregada a fs. 154/155 se desprende que puntualmente tres son las quejas formuladas contra el pronunciamiento atacado: i) la falta de consideración de la franquicia consistente en el 10% del siniestro a descontar de la indemnización; ii) que no se haya ordenado la baja de los restos del vehículo y iii) que no se dispuso el descuento del importe correspondiente a las primas pendientes de pago por la actora.

Es por ello que, habiendo quedado firmes los restantes aspectos debatidos en autos, solo resta dilucidar, si corresponde deducir del monto de condena los rubros franquicia y cuotas debidas, y si procede la inscripción de la baja de los restos del vehículo.

2. Así las cosas, de acuerdo a los principios que ordenan procesalmente la carga de la prueba (art. 377, Cpr.), quien alega un hecho constitutivo, modificatorio o extintivo de su derecho, tiene a su cargo —como regla general— la demostración de lo que afirmó, pues ese es el imperativo de su propio interés (CNCom., esta Sala *in re:* "Ecos SA c. Industrias Argentinas Man SAI y C.", del 15/09/1993).

Por razones metodológicas, trataré las cuestiones en el orden que han sido planteadas por el recurrente:

i) En el *sub lite*, de la póliza N° ..., que luce anejada a fs. 52/89, y sobre la cual se realizó la pericia contable (fs. 90/92, ps. 39/41), surge que el automotor objeto de autos se encontraba asegurado al tiempo del siniestro por la suma de pesos ciento noventa y cinco mil ($195.000), sin cláusula de reajuste del capital y sobre el cual le son aplicables las "Condiciones Generales" y "Condiciones Adicionales" que allí se detallan (SO-RC 4.1; CG-CO 4.1; CG-CO 5.1; CG-CO 5.7; CG-CO 8.1; CG-CO 9.1; CG-CO 10.1; CG-CO 11.1; CG-CO 12.1; CG-CO 13.1; CG-CO 14.1; CG-CO 15.1; CG-CO 16.1; CG-CO 17.1; CG-CO 18.1; CA-CO 14.1; CG-RC 2.1; CG-RH 2.1; CG-IN 2.1; CG-RC 1.1; CG-RC 3.1; CG-IN 1.1; CG-CO 3.1; CO-EX 2.1; CO-EX 3.1; CO-EX 7.1; CA-RC 5.1; CA-RC 5.2; CA-CO 6.1; CA-DI 3.1; CA-RH 1.1; CH-CO 1.2; CG-CO 2.2; CG-CO 6.2; CG-IN 3.2; CG-IN 4.2; CG-RH 3.2; CG-RH 4.2; CA-DI 12.1).

Y si bien, como lo afirma la demandada, sobre el margen derecho del frente de póliza, en el recuadro correspondiente a los "daños del vehículo" aparece detallada una franquicia por la suma de pesos cuatro mil cuatrocientos ($4400), la misma no resulta aplicable conforme las condiciones pactadas.

En efecto, así lo consideró el sentenciante de primera instancia en tanto advirtió que, del texto de la póliza en cuestión no surgía la invocada la "cláusula CG-DA 4.2 III de las condiciones generales".

Coadyuva lo expuesto, lo expresado en el dictamen pericial citado precedentemente, en el sentido que la experta no puedo constatar la inclusión de la cláusula en cuestión (v. respuesta al punto b) del cuestionario pericial ofrecido por la demandada).

Ello sin soslayar la pieza obrante en fs. 29, pues si bien contiene la transcripción de la mentada CG-DA 4.2 III, la misma fue desconocida y ninguna probanza se produjo para corroborar su veracidad.

Justamente, ante el desconocimiento formulado por la accionante, correspondía a la defendida producir prueba tendiente a acreditar sus dichos. Estaba a su alcance producir la prueba pertinente y sin embargo no lo hizo; ergo, carece de virtualidad jurídica su posición desde que no se acreditó su versión de los hechos, la que no pasa de constituir una simple manifestación que no es susceptible de ser considerada como medio de convicción adecuado como para fundar una sentencia (CNCom., esta Sala *in re:* "Mattar, Marcela C. c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", 21/10/2015).

Por ello, en tanto no surge del contrato de seguro acompañado, que el siniestro acaecido encuadre en el supuesto que amerite el pago de la franquicia reclamada, el agravio será rechazado.

ii) La segunda queja formulada por la demanda estriba en la falta de pronunciamiento sobre la baja de los restos del vehículo.

El art. 5 del Decreto Reglamentario 744/2004 establece que "...En forma previa al pago de un siniestro calificado como "destrucción total", las compañías de seguros, deberán exigir al asegurado la presentación del certificado de baja del automotor por destrucción expedido por el registro seccional correspondiente...".

La norma tiene como fin "...responder a la necesidad de desarrollar políticas de estado tendientes a enfrentar las prácticas delictivas vinculadas con la sustracción de automotores, que últimamente han afectado gravemente la seguridad de las personas" (v. considerando del Decreto 744/2004).

Teniendo en cuenta que el objetivo de la norma es evitar un riesgo que puede afectar la seguridad de la sociedad, se debe velar por el cumplimiento de la medida en cuestión, aun cuando ese requisito no esté específicamente establecido en la póliza.

Por ello, corresponde admitir el agravio y disponer que la entrega de los fondos correspondientes al pago del importe reconocido en concepto de daño material ($195.000 con más sus intereses) se encontrará supeditada a que la parte actora cumpla acabadamente con el referido recaudo.

iii) Por último, pende examinar el tercer agravio relativo al descuento del importe correspondiente a las primas no abonadas por la actora.

La vigencia del contrato de seguro regía desde el 06/03/2017 hasta el 06/09/2017 y la póliza contratada ascendía a la suma de $5634, habiéndose pactado su pago en seis cuotas de $894, venciendo la primera de ellas el 06/03/2017, cuyo pago fue corroborado por la perito contadora (v. fs. 91, respuesta al punto c) del cuestionario pericial de la demandada).

Así las cosas, ocurrido el siniestro el 10/03/2017, el Sr. Martin efectuó la denuncia ante la aseguradora el mismo día en que aconteció (v. fs. 2) y el Juez de primera instancia admitió el supuesto de destrucción total del bien, decisión que no fue apelada.

Por ello, entiendo que no procede la deducción de las cuotas impagas del monto total de condena en tanto la destrucción total del bien asegurado derivó en la rescisión del contrato por la pérdida del interés asegurable después de su entrada en vigencia.

En efecto, el concepto de interés asegurable es definido por el art. 60 de la Ley de Seguros como el interés económico lícito de que un siniestro no ocurra, a lo que López Saavedra agrega que "...existe entonces cuando un determinado interés resulta o puede ser amenazado por un riesgo asegurado" (López Saavedra, Domingo, Ley de Seguros Comentada y Anotada, Ed. LA LEY, Bs. As., 2007, P. 61).

Al producirse el riesgo cubierto, el interés del que el Sr. Martin era titular se extinguió y ello dio lugar a la indemnización aquí reclamada.

Se produjo, en palabras de Stiglitz, la desaparición del interés asegurable en la etapa de ejecución contractual (Stiglitz, Rubén, "Derecho de seguros", T. I, Ed. LA LEY, Bs. As., 2008, p. 376). Por ello, es de aplicación el artículo 81, 2°, párr. de la Ley de Seguros 17.418, que dispone: "Si el interés asegurado desaparece después del comienzo de la cobertura, el asegurador tiene derecho a percibir la prima según las reglas del art. 41".

En este supuesto, el artículo 41 de la Ley 17.418 concede al asegurador el derecho a percibir la prima proporcional al tiempo transcurrido si la agravación del riesgo le fue comunicada oportunamente.

En el caso de autos, no se produjo la agravación del riesgo, sino el riesgo en sí y el siniestro fue comunicado el mismo día en que sucedió.

Como ya se dijo, la cobertura se encontraba en vigor por el desembolso efectuado a su inicio que alcanzó para cubrir el tiempo transcurrido entre el comienzo del contrato y la producción del siniestro. De hecho, la cuota siguiente vencía el 06/04/2017; es decir después de producido el evento fañoso.

En consecuencia, el infortunio comunicado oportunamente —que fue catalogado como destrucción total— derivó en la pérdida del bien asegurable y ello dio lugar a la rescisión del contrato en los términos de los arts. 41 y 81.

Por lo tanto, nada debe abonar el actor a la aseguradora.

V. Costas:

En cuanto a las costas, estimo que en ambas instancias deben ser íntegramente soportadas por la accionada vencida (art. 68 del Cód. Procesal).

En efecto, en los reclamos por daños y perjuicios, las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos (CNCom, esta Sala, *in re:* "Bartiromo, Sebastián R. c. Visa Argentina - Hoy Prisma Medios de Pago SA y otro s/ ordinario", del 23/04/2019).

VI. Conclusión:

Como consecuencia de todo lo expuesto propongo a mi distinguida colega: Admitir parcialmente el recurso deducido por la demandada en fs. 130; y, en consecuencia, modificar la sentencia dictada en fs. 128 de acuerdo a lo dispuesto en el punto IV.ii) del presente, confirmándola en lo demás que decide e imponer las costas a la demandada (art. 68 CPr).

He concluido.

Por compartir la solución alcanzada, la doctora *Ballerini* adhiere al voto que antecede.

Por los fundamentos del Acuerdo que precede, se resuelve: Admitir parcialmente el recurso deduci-

do por la demandada en fs. 130; y, en consecuencia, modificar la sentencia dictada en fs. 128 de acuerdo a lo dispuesto en el punto IVii) del presente, confirmándola en lo demás que decide e imponer las costas a la demandada (art. 68 CPr). 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. — *María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero. — Matilde E. Ballerini.*

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino (*)

Atilio Aníbal Alterini
Roberto M. López Cabana

I. "A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta" (Ennecerus-Nipperdey, "Tratado, Parte general", t. I, vol. II, p. 495, trad. Pérez González y Alguer, Barcelona, 1950).

Tal concierne al principio que impide las conductas contradictorias, y que se plasma en la regla *venire contra factum proprium non valet* (conf. Mans Puigarnau, "Los principios generales del Derecho", ps. XXX y ss. y 24-25, Barcelona, 1979), u otra equivalente, que adecua al criterio que "cuando las personas que integran un grupo social tienen conciencia de la existencia de un arquetipo de conducta, su acatamiento produce un estado de mutua dependencia en el comportamiento de los individuos, hasta el punto de permitir cierto grado de previsión en el obrar, pues el de una persona es la base de la conducta observada por la otra" (Puig Brutau, "Estudios de Derecho Comparado", Barcelona, 1951, p. 115, citando a Llewellyn y Hoebel).

II. El sustento de esa regla en la preceptiva ética adecua a la buena fe-probidad del art. 1198, 1ª parte del Cód. Civil (Adla, XXVIII-B, 1799) y a las razones fundantes del impedimento para obrar actos abusivos del art. 1071 del mismo Código (fines de la ley, buena fe, moral, buenas costumbres).

III. Ahora bien. Aceptado el principio que veda obrar actos que resulten incoherentes respecto de otros anteriores, la observación del sistema global del derecho positivo demuestra que, en múltiples situaciones, la solución legal expresa no es más que una aplicación de ese principio.

Tal sucede cuando la conducta anterior del sujeto implica por sí misma una manifestación de voluntad jurídicamente relevante: p. ej., en los *facta concludentia* directos (art. 1876, Cód. Civil) o indirectos (art. 1146, Cód. Civil); en la promesa de recompensa (art. 2536, Cód. Civil); en las promesas de donación o legado para constituir fundaciones (art. 5º, ley 19.836 — Adla, XXXII-D, 4986— y art. 3735, Cód. Civil); en el pacto comisorio, una vez elegida la vía resolutoria (art. 1204, Cód. Civil, y art. 216, Cód. de Comercio *in fine*); en la oferta a término o irrevocable (art. 1150, 2ª parte, Cód. Civil); o cuando se la computa a los fines interpretativos (art. 218, inc. 4º, Cód. Com.). Otras veces la conducta incoherente con otra anterior tiene prevista su propia consecuencia jurídica: p. ej., la responsabilidad por incumplimiento contractuales (arts. 506. 508, 511, 1197, Cód. Civil), o la responsabilidad precontractual; la *exceptio doli*; la confirmación tácita (arts. 1059 y 1063, Cód. Civil); la renuncia, en la cual la abdicación del derecho es congruente con la voluntad del renunciante, en tanto la regla *venire contra factum proprium* puede ser opuesta aun contra esa voluntad.

Inversamente, en algunas ocasiones el derecho positivo legitima la conducta contradictoria: tal sucede, v. gr., cuando autoriza al oferente a retractarse de la oferta antes de que sea aceptada por el destinatario (art. 1150, 1ª parte, Cód. Civil); o impone que la fuerza vinculante de la conducta previa dependa de ciertas formalidades (arts. 974 y ss. y 1145, Cód. Civil); o permite el arrepentimiento en caso de haber seña penitencial (art. 1202, Cód. Civil); o

(*) Publicado en La Ley 1984-A, 877.

concede —mediando pacto comisorio— la acción de resolución a quien optó previamente por la de cumplimiento (art. 1204, Cód. Civil, y art. 216, Cód. de Comercio *in fine*); o establece la revocabilidad como esencial al testamento (art. 3824, Cód. Civil).

IV. La existencia de un principio que solo rija en ausencia de solución legal expresa no es ajena al sistema jurídico. Así, en materia de enriquecimiento sin causa, el principio que lo impide late debajo de muchas figuras que tienen concreta regulación legal. Ha dicho Ripert que el enriquecimiento sin causa es "como un río subterráneo que nutre reglas precisas que revelan su existencia, pero sin salir nunca a la superficie" (en "La regla moral en las obligaciones civiles", p. 191, Bogotá, 1946), sin perjuicio de lo cual la *actio in rem verso* solo se concede en supuestos residuales y a condición de no existir un remedio legal expreso, o un impedimento legal para la restitución (conf. "IV Congreso Nacional de Derecho Civil", Córdoba, 1969, recomendación nro. 1, apart. 1-b Anteproyecto de 1954, art. 1059 *in fine*; Cód. Civil italiano de 1942, art. 2042; Cód. Civil portugués de 1967, art. 474; Cód. Civil boliviano de 1975, art. 962). De allí que resulte impropio acudir al principio jurídico que nos ocupa fuera o más allá de las hipótesis residuales en que, careciéndose de solución legal, puede —empero— impedir que esa suerte de actos contradictorios genere derechos a favor de su autor.

Cuando alguna ley —en sentido material— impone una solución distinta, es esta la que debe regir, por cuanto si entre las leyes debe darse prevalencia a las especiales sobre las generales, con mayor razón ello debe suceder cuando exista oposición entre una ley especial y un principio general.

V. En estas situaciones, por su calidad de principio jurídico, resulta aplicable por el juez en orden a lo previsto por el art. 16 del Cód. Civil (conf. CNCiv., sala D, sent. del 08/06/1983, ED, 105, fallo 37.099).

VI. Es problemático —sin embargo— si el juez está habilitado para aplicar de oficio la regla *venire contra factum proprium*, o si el impedimento para obrar actos contradictorios debe ser expresamente argüido por el destinatario de una pretensión de ese tipo. Desde que la actuación contradictoria es un modo abusivo de obrar, va de suyo que hace surgir una causa de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, de manera que aquel obrar contradictorio podrá ser desbaratado mediante acción o excepción, sea para que el pretensor cese en su reclamo irregular, sea para que quede bloqueado su intento abusivo de lograr el amparo jurisdiccional (CNCiv., sala A, LA LEY, 101, 634; *id*., sala C, sent. del 02/05/1983, LA LEY, 1983-D, suplemento diario del 23/09/1983, fallo nro. 82.259, p. 14; *id*., sala E, ED, 61, 474; CS, LA LEY, t. 156, p. 491, consid. 10).

La cuestión concierne al debido proceso, implicado por la garantía constitucional de la defensa en juicio (arts. 18 y 33, CN), de manera que es compartible la conclusión de Díez Picazo-Ponce de León ("La doctrina de los propios actos", p. 251, Barcelona, 1963), en el sentido de que "solicitada por el demandado la desestimación de la pretensión, cualquiera que haya sido el fundamento invocado, el juez puede, de oficio, fundar esta desestimación en el carácter contradictorio de la demanda, aunque este problema no haya sido abordado por las partes".

VII. Es indudable que, con gráfica expresión, la regla es utilizable como un escudo antes bien que como una espada (Carabe, cit. por Díez Picazo-Ponce de León, ob. cit., p. 68, nota 29), vale decir como fundamento de una defensa o excepción.

Pero, creemos, puede también constituir el antecedente de una pretensión contra quien obró actos contradictorios. Es el caso de quien "ha creado la apariencia de una cualidad que no ostenta (que) no puede discutirla frente a quien confió en esa apariencia, pues lo contrario importaría contravenir el deber de comportarse con lealtad y buena fe en el tráfico jurídico" (Minoprio, C. C., "El boleto de compraventa, el ejercicio abusivo de los derechos y la prohibición de ir contra los propios actos", *Revista del Notariado*, nro. 742, p. 1260). Aplicación de ello es el fallo en el cual se condenó a asumir las derivaciones de una situación apa-

rente a una asociación civil que había actuado de modo que los compradores de vivienda supusieron fundadamente que respaldaba las operaciones, luego frustradas (CNCom., sala B, LA LEY, 1977-C, 439).

VIII. En cuanto a los requisitos para la aplicación del principio que nos ocupa, es imprescindible, por lo pronto, una conducta anterior del sujeto.

Esta conducta anterior debe:

a) ser relevante para el derecho, lo cual excluye no solo las conductas jurídicamente intrascendentes, sino también aquellas que requieren imperativamente una forma determinada que, por hipótesis, esté ausente (v. *supra*, apart. III);

b) ser válida y eficaz (ver sin embargo *infra*, apart. IX-C);

c) ser atribuible al sujeto de que se trata, vale decir, propia de él o —en su caso— de su causante o representante;

d) no implicar por sí una manifestación de voluntad jurídicamente relevante, lo cual adecua al carácter residual de la regla que hemos precisado en el apart. IV.

IX. Ha de haber, además, otra actitud que, a su vez, ha de llenar estos recaudos:

a) ser posterior, aunque debe señalarse que la ulterioridad no es meramente cronológica, sino antes bien lógica: es el caso del Tribunal Supremo español (sent. del 13/04/1931) en el cual se despojó de efectos a la firma de una liquidación de cuentas porque, de inmediato el suscriptor tachó esa firma y la impugnó;

b) debe dar lugar a una pretensión, que puede ser judicial o extrajudicial. Pensamos que la invocación de la regla *venire contra factum proprium* puede ser hecha en la respuesta a un requerimiento formulado fuera de juicio, sin que ello —claro está— obste a la ulterior declaración de un tribunal sobre su eficacia o ineficacia en caso de discordancia entre las partes;

c) tal pretensión debe ser contradictoria con la conducta anterior. Pero señalamos otra vez, esta incoherencia no ha de tener su propia solución legal, ni estar autorizada por la ley (v. *supra*, apart. III). La contradicción se juzga *objetivamente* aunque, claro está, si el autor de la conducta anterior que se invoca para aplicar la regla *venire contra factum proprium* derivó de error del autor, y este error fue conocido por la otra parte, ha de entenderse que no existe contradicción a los fines que nos ocupan; tal es una derivación necesaria de la teoría de la apariencia.

En virtud de lo que antecede, formulamos las siguientes conclusiones:

1. El principio jurídico que desaprueba conductas contradictorias con las obradas con anterioridad se manifiesta en la regla *venire contra factum proprium non valet*, u otras semejantes.

2. Su fundamento es de contenido ético y reside en la buena fe-probidad, así como en el impedimento para obrar actos abusivos.

3. Tiene carácter residual, y por lo tanto no es invocable cuando la ley regula una solución expresa para la conducta contradictoria, sea impidiéndola o permitiéndola.

4. La aplicación de la regla *venire contra factum proprium* es exigida por la vigencia de los principios generales del Derecho que rigen según el art. 16 del Cód. Civil.

5. Sin embargo, una sentencia desestimatoria de la pretensión incoherente con los propios actos previos del pretensor solo es admisible cuando el demandado ha peticionado el rechazo de la acción. Es irrelevante que se haya invocado un fundamento distinto para resistir la actitud abusiva que encierra el acto contradictorio, siempre que se concrete la voluntad de solicitar la desestimación de la pretensión deducida.

6. Es invocable tanto como excepción o defensa, cuanto para fundar en ella la existencia de un derecho.

7. Los requisitos de aplicación son:

a) En cuanto a la conducta anterior, debe ser jurídicamente relevante, válida y eficaz, atribuible al sujeto de que se trata y no implicar por sí una manifestación de voluntad con efectos jurídicos propios.

b) El cambio de actitud hace aplicable la regla cuando es posterior, da lugar a una pretensión —judicial o extrajudicial— y está en contradicción con la conducta anterior, aunque la contradicción es irrelevante si aquella fue obrada por error que conoció el invocante de la regla.

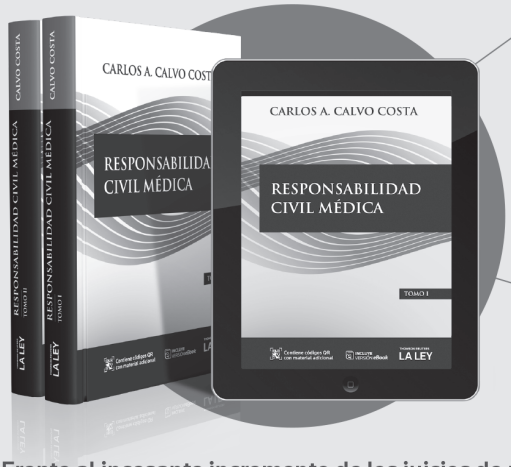
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Carlos A. Calvo Costa

2021



Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

2 Tomos
Disponibles en papel y *eBook*.

Frente al incesante incremento de los juicios de mala praxis en nuestros tribunales, esta obra se convierte en la más actualizada que existe sobre esta temática en el mercado editorial. La publicación trata acerca de los conceptos generales de la mala praxis médica y estudia la relación jurídica entre el paciente y los médicos; la culpabilidad médica y la relación de causalidad que provoca su responsabilidad; el error médico, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento; el deber de información de los médicos, cuya omisión es causal de responsabilidad; entre muchos más temas de relevancia. Está destinada a todo operador jurídico, ya sean magistrados, abogados en ejercicio de la profesión, docentes o estudiantes. Incluye códigos QR que le permitirán al lector acceder al texto completo de fallos jurisprudenciales relevantes en la materia. El tomo 2 cuenta con un anexo legislativo, en el cual el lector encontrará las leyes más habituales y de uso cotidiano, lo que le optimizará el tiempo de búsqueda.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página de **Linkedin** con contenido específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

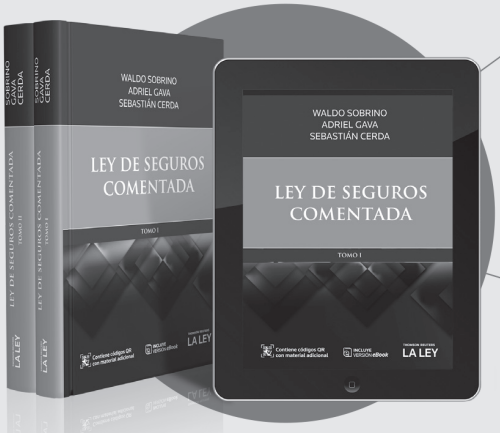
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

LEY DE SEGUROS COMENTADA

Waldo Sobrino • Adriel Gava • Sebastián Cerda

2021



Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

2 Tomos
Disponibles en papel y *eBook*.

El seguro es, sin duda, un instituto que se constituye como un resguardo económico para los asegurados y las víctimas/dañados, que tiene un aspecto social e incluso psicológico: brindar seguridad a la sociedad al permitir a los asegurados mantener una conducta de prevención en sus comportamientos.

Esta obra realiza un análisis interdisciplinario y humanístico con un enfoque novedoso donde el autor coloca sus posiciones doctrinarias, que en gran medida son coincidentes con el nuevo paradigma del Código Civil y Comercial. Cada comentario de la obra contiene no solo la doctrina que el autor desarrolla y analiza, sino también un importante y completo conjunto de citas doctrinarias y de antecedentes jurisprudenciales. Esta publicación está dirigida a todos los profesionales del Derecho, a los estudiosos del tema, aquellos que litigan y a los que administran Justicia, así como también a aquellas empresas que se dedican a la gestión de seguros.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página de **Linkedin** con contenido específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam