RCyS

REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

Año XXIII | Número 5 | Octubre 2021

DIRECTOR:

ALBERTO J. BUERES

ISSN 1666-4590

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 1666-4590
RNPI: En trámite

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

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

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

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de septiembre 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 5 | Octubre 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
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

El derecho de daños frente a la pandemia
Carlos A. Parellada 3

El anatocismo en las acciones de daños y perjuicios
Julián Emil Jalil 20

Sobre el destino de los daños punitivos: su asignación mixta
Marcelo C. Quaglia - Franco Raschetti 29

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

RESPONSABILIDAD MÉDICA
Muerte de una bebé nacida a los siete meses de gestación. Infección hospitalaria. Procedencia de la demanda de daños contra el galeno, la obra social y el instituto médico demandado. Pérdida de chance de sobrevivir. 47

Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias
Juan M. Papillú 49

EXPRESIONES CALUMNIOSAS
Utilización del término "terrorista". Derecho al honor. Extralimitación del derecho a expresarse. Disidencia. 57

Responsabilidad por los daños ocasionados por expresiones proferidas *animus jocandi*
María Jimena Cabanas 76

LESIONES EN CLUB POLIDEPORTIVO
Portón de polideportivo que cae sobre dos niñas. Riesgo de la cosa. Eximentes de responsabilidad. Deber de vigilancia de los padres 85

RESPONSABILIDAD DE BUSCADORES DE INTERNET
Vinculación de la imagen de una modelo y empresaria con páginas web de contenido sexual. Revocación de sentencia que admitió demanda de daños..... 95

INTOXICACIÓN CON MONÓXIDO DE CARBONO
Fallecimiento de inquilino. Responsabilidad del locador. Vicio oculto en el inmueble. Conexión antirreglamentaria de salida de gases del calefón. Responsabilidad del consorcio. Responsabilidad del distribuidor. Deber de supervisión y seguridad. Valor vida. Daño moral..... 99

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. PEATÓN EMBESTIDO
Cruce de calzada por lugar no habilitado. Deber de circular con atención y previsión. Responsabilidad concurrente 118

RESPONSABILIDAD MÉDICA. ERROR EXCUSABLE
Dolor abdominal que finalizó en peritonitis. Imposibilidad de anticipar la patología. Rechazo 129

MALA PRAXIS OBSTÉTRICA
Daño neurológico. Nudo de cordón umbilical. Hipoxia isquémica. Actitud pasiva frente a la disminución de los latidos del feto. Omisiones en la historia clínica. Procedencia 142

LESIONES SUFRIDAS EN LOCAL BAILABLE
Actor que sufrió lesiones al caer por una escalera que no respetaba las características constructivas exigidas para su habilitación. Responsabilidad del titular del establecimiento. Obligación de seguridad. Incumplimiento de las exigencias municipales. Responsabilidad de la municipalidad. Irregular ejercicio del poder de policía..... 157

CONTRATO DE EDICIÓN MUSICAL. INCUMPLIMIENTO
Falta de contrato escrito. Acreditación del pago. Buena fe. Daño moral. Legitimación pasiva 173

MALA PRAXIS MÉDICA
Muerte fetal. Prueba pericial. Sistema médico asistencial. Valor vida. Daño psíquico. Daño moral..... 181

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO
Mujer que cae de la silla de ruedas en la que era transportada por un empleado de una aerolínea. Procedencia de la excepción de prescripción. Ley especial que prima sobre la ley 24.240..... 191

ROBO DE AUTOMOTOR EN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL
Trabajadora de complejo comercial que sufrió el hurto del automotor en la playa de estacionamiento. Incumplimiento de la obligación de custodia 193

RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD
Existencia de una anomalía en el cordón de la vereda. Mujer que cae en un hueco. Acreditación del hecho. Relación de causalidad..... 200

PEATÓN LESIONADO POR CAÍDA EN VEREDA DEFECTUOSA
Caída de un peatón en la vía pública. Estado deficiente de las veredas. Cosas inertes. Carga de la prueba..... 207

RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN
Ruina parcial. Aplicación del art. 1646 del Cód. Civil derogado. Garantía de orden público. Procedencia de la acción de daños contra el vendedor. Extensión de responsabilidad al constructor y al director de obra. Sistema doble de protección al consumidor inmobiliario. Derecho común y ley 24.240 214

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

NULIDAD DE NOTIFICACIÓN
Domicilio corroborado por organismos públicos. Validez. 231

REVOCATORIA. AMPLIACIÓN DE PLAZO
Recurso de reposición. Inaplicabilidad 232

RESPONSABILIDAD POR COSTAS. PRORRATEO
Prorrateo cuando superan el 25% del monto de la demanda. Constitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Com. Aplicabilidad en los casos de rechazo de la demanda. Oportunidad del planteo..... 233

MEDIDAS CAUTELARES
Daños y perjuicios. Sustitución de embargo trabado sobre dinero existente en una cuenta de la demandada por un inmueble de su propiedad. Procedencia 247

DILIGENCIAS PRELIMINARES
Obras artísticas. Prueba anticipada. Secuestro. Rechazo. Procedencia de una medida de instrucción previa. Exhibición de la cosa mueble. 248

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS A PERSONA JURÍDICA
Procedencia parcial..... 251

SEGUROS

JURISPRUDENCIA

OPONIBILIDAD DE LA FRANQUICIA
Transporte de personas. Obligación de seguridad. Responsabilidad objetiva. Disidencia parcial..... 259

LÍMITE DE COBERTURA
Falta de realización de estudios complementarios. Diagnóstico erróneo. Ausencia de relación de causalidad con la atención médica. Obligación de la aseguradora. Extensión de la cobertura de la compañía de seguros. 271

SEGURO DE VIDA
Cobro de saldos intentado contra los sucesores del titular. Omisión de probar la existencia del seguro. Falla en la información. Deber de la emisora. Rechazo de la demanda..... 292

FINALIDAD DEL SEGURO. DEFENSA DEL CONSUMIDOR
Destrucción del vehículo. Falta de información sobre las modalidades del seguro. Falta de actualización de la suma asegurada. Daño punitivo. Desprecio por el consumidor ahorrista 296

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

La culpa como norma de clausura: ¿es un postulado verdadero?
Alberto J. Bueres 307

DOCTRINA ESENCIAL

El derecho de daños frente a la pandemia

Carlos A. Parellada (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los temas propuestos.— III. ¿Qué es la pandemia?— IV. Una distinción necesaria.— V. La particular situación en este hemisferio.— VI. Responsabilidad del Estado. Confluencia del derecho público y privado en la prevención de los daños y eventual responsabilidad resarcitoria.— VII. Implicancias de la declaración de emergencia.— VIII. La imposibilidad de cumplimiento provocada por el COVID-19.— IX. La responsabilidad individual y colectiva en la transmisión del COVID-19.— X. El caso particular de los geriátricos.— XI. El consejo anunciado.

I. Introducción

El derecho —todo él— ha recibido un fuerte impacto a raíz de la pandemia del COVID-19 **(1)**. Las reflexiones que siguen tienden a hacer un aporte "desafiante" al derecho de daños. Desafiante, pues se limita a proponer temas de reflexión, y conclusiones simplemente provisorias y sujetas a las múltiples contribuciones que hará la doctrina argentina en la XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se llevarán a cabo en la Ciudad de Mendoza, cuya organización está a cargo de las Universidades Nacionales de Cuyo y de Mendoza, entre los días 22 y 24 de setiembre de 2022 **(2)**. La finalidad de estas líneas es suscitar nuevas reflexiones, no sentar conclusiones, por ello no las formularemos y nos limitaremos a concluir con un consejo.

Las citadas Jornadas han propuesto dos temas que tienen una relación —más o menos directa— con la situación sanitaria que estamos viviendo: el de la Comisión N.º 2 - Derecho de Daños "Responsabilidad derivada en la Pandemia. Función preventiva de daños" y el de la Comisión N.º 3 de Contratos: "Cumplimiento e incumplimiento por frustración del fin del contrato e imposibilidad de cumplimiento".

II. Los temas propuestos

La propuesta para la Comisión N.º 2 se ha titulado "Responsabilidad derivada en la pandemia. Función preventiva de daños". La redacción impresa al título ha suscitado algunas dudas. La primera que nos llegó —a través de amigos— fue si la intención había sido tratar solamente la función preventiva o si comprendía también a la resarcitoria. Luego, surgía la duda respecto si se trataba de la responsabilidad derivada "de la pandemia" o "en la pandemia". Por su parte, la Comisión N.º 2 propone el tratamiento de algunas herramientas que en el contexto de pandemia pueden ser ampliamente utilizadas.

Sin que constituya una interpretación auténtica de la voluntad del Consejo Directivo de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil —que ya no integro—, me animo a interpretar libremen-

---

(*) Exprofesor de Derecho de las Obligaciones, Derecho de Daños e Informática Jurídica (UNCuyo y de Mendoza). Docente de Posgrado. Director de *La Ley Gran Cuyo*.

(1) Lo dicho en el texto puede apreciarse claramente en la excelente obra dirigida por los profesores PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2020, en los que se analizan las repercusiones de la pandemia en las diversas áreas del derecho y sus ciencias auxiliares.

(2) Precisamente, teniendo en cuenta la masiva convocatoria del evento y debido a la incerteza de la evolución de la pandemia, el 10 de marzo del 2021 la Comisión Directiva de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil ha resuelto —por unanimidad— la postergación. Originariamente se hubieran llevado a cabo en el año 2021.

te los temas y sintetizarlos —en conjunto— el "derecho de daños frente a la pandemia". Dicho giro lo entiendo comprensivo de la responsabilidad derivada de la pandemia y en la pandemia, y de las funciones resarcitoria y preventiva. De tal convicción se desprende el título de este artículo.

Lo que nos parece axiomático es que la pandemia nos ha colocado ante una tela en blanco y nos desafía dibujar entre abogados y magistrados una obra pictórica que aborde las soluciones a los múltiples conflictos que ella genera. El derecho nos otorga una serie de pinceles y la tabla de colores, como instrumentos con los que debemos encarar nuestra labor.

En este momento, recordamos que esa labor tiene un carácter mixto, ya que el derecho es una ciencia y, a la misma vez, un arte orientado a la justicia, en lugar de la belleza. Así lo han concebido grandes maestros del derecho, como Jorge Mosset Iturraspe **(3)** y Biondo Biondi **(4)**. Es sabido que la ciencia se estudia y el arte se practica. Nuestra labor para responder al desafío que proponen las próximas XXVIII Jornadas es que usemos las reglas del arte y, con los instrumentos que nos ofrece el derecho y las reglas de la ciencia, combinándolos, y mediante ellas nos orientemos a la obtención de un resultado justo. Tal combinación debe ser cuidadosa para que el arte no desconozca el rigor de la ciencia, y ese rigor científico no ahogue la creatividad del arte.

III. ¿Qué es la pandemia?

Aunque pueda resultar sobreabundante, me parece pertinente hacer algunas precisiones terminológicas que nos resulten útiles para centrar nuestra temática. Desde el punto de vista sanitario: se distinguen los términos: epidemia, endemia y pandemia.

Se entiende por *epidemia* el aumento temporal abrupto del número de casos de una patología en una región determinada. Así el invierno es propicio para una epidemia de gripe.

La *endemia*, en cambio, se da cuando una patología se presenta en una determinada región geográfica con carácter permanente; como sucede con el mal de Chagas en el Norte argentino.

La *pandemia* del COVID-19, que venimos transitando es una enfermedad epidémica —o sea, que ha crecido abruptamente—, pero no ya en una región determinada, sino en una gran cantidad de países y que ataca a un inmenso número de sus habitantes o casi la totalidad de ellos.

Si abordamos la naturaleza de la pandemia, desde el punto de vista jurídico y, especialmente, desde el derecho de daños y con las categorías tradicionales que utilizamos, advertimos que no es un hecho del hombre ni un hecho de las cosas. Es cierto que, al principio de su aparición, se sospechó que las cosas intervenían en su transmisión, pero en forma pasiva; el virus depositado en ellas podía contraerse tomando contacto por esas cosas. De modo que la intervención de las cosas era pasiva, no había una intervención activa. También es cierto que, a la luz de las teorías conspirativas, podría pensarse que es un hecho del hombre, pero ninguna prueba concluyente existe sobre el particular; en efecto, una serie de esas teorías niegan el origen natural y le atribuyen el carácter de un virus artificial concebido con propósitos malignos destinado a integrar un arsenal biológico o los efectos del 5G **(5)**.

En definitiva, la pandemia del COVID-19 es un hecho de la naturaleza, o sea, un hecho natural que —en principio— está sujeto a la ley natural, y que se produce con independencia de la intervención humana.

Ahora bien, si ello es así, las Jornadas nos convocan para reflexionar sobre la responsabilidad civil en torno a un caso fortuito **(6)**. Entonces, podemos esbozar una conclusión provisoria: los

(3) MOSSET ITURRASPE, "Las dificultades de la ciencia jurídica para concluir en la responsabilidad de quienes ejercen profesiones vinculadas a ellas", Rev. Der. Daños, 2005-1, Rubinzal-Culzoni, p. 7.

(4) BIONDO, "Arte y ciencia del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1953.

(5) Sobre esas teorías que habrían desinformado sobre la cuestión puede consultarse FRANCESCUTTI, Pablo, https://saludconlupa.com/comprueba/cuales-son-todas-las-teorias-conspirativas-sobre-el-coronavirus/; https://www.redaccionmedica.com/virico/noticias/teorias-del-coronavirus-arma-biologica-virus-remoto-con-5g--1369.

(6) El carácter de caso fortuito de la pandemia fue establecido —por primera vez— por la sala 6ª de la Cour de Colmar, el 12 de marzo de 2020. Véase https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2020/03/france-decision-declare-covid19-force-majeure.

daños derivados del caso fortuito no son prevenibles, ni indemnizables. No son prevenibles, pues son imprevisibles y no es posible prevenir —que es prever con anticipación— lo imprevisible. Tampoco es evitable, porque no se puede evitar lo inevitable.

Ello así, debemos reflexionar las implicancias que tiene el caso fortuito en el ámbito del derecho público y del derecho privado, para ver el modo en que opera en uno y otro ámbito.

El concepto del *caso fortuito* —común a uno y otro ámbito— lo encontramos en el art. 1730, Cód. Civ. y Com. de la Nación. Así las cosas, en el ámbito privado, encontramos una regla general: los daños derivados de la pandemia no generan responsabilidad civil, salvo disposición en contrario. Sin embargo, no es tan claro que esa regla sea trasladable, sin más, al ámbito público. Esa cuestión será analizable en adelante.

IV. Una distinción necesaria

Si atendemos a los daños que sufre un habitante de la República Argentina, parece necesario distinguir los que encuentran su causa en la pandemia —en su carácter de caso fortuito— de los que provocan las restricciones que el Estado dispone para evitar la propagación de la pandemia **(7)**. ¿El Estado puede invocar las medidas que adopta ante el caso fortuito para eximirse de toda responsabilidad?

En principio no puede invocar el caso fortuito, pues las medidas adoptadas le son atribuibles a su decisión. Obviamente, lo que no puede pretender es que esas medidas restrictivas encuadren en la categoría del caso fortuito. Lo que sí puede es invocar el estado de necesidad provocado por la pandemia, para adoptar medidas restrictivas.

Advertimos que la situación se corresponde con el presupuesto fáctico del art. 1718, inc. c), Cód. Civ. y Com. que establece: "Está justificado el hecho que causa un daño: ... para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo"; y continúa: "el hecho [dañoso] se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo".

No podemos ignorar que el argumento que hemos expuesto parece excluido por la norma prohibitiva del art. 1764, Cód. Civ. y Com. según el cual "[l]as disposiciones del cap. 1 de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria". Sin embargo, no impide acudir a ella analógicamente, según lo sostiene la doctrina administrativa. Pero, además, el estado de necesidad es el que fundamenta el derecho de la emergencia, al que ha dado lugar la pandemia. De modo tal que la situación de necesidad se constituye como la base común del derecho público y privado frente a la crisis que provoca el COVID-19.

Desde luego, la inquietud que puede plantearse es si el damnificado por la restricción —al que le ha provocado un daño— podría pretender ser indemnizado por razones de equidad, tal como lo establece la segunda parte del inc. c del art. 1718. La respuesta depende en buena parte de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del art. 1764, cuya última palabra dará la Corte nacional como último intérprete de la Constitución.

V. La particular situación en este hemisferio

Nuestra ubicación geográfica frente al origen de la pandemia nos ha permitido tener una mayor previsibilidad por el modo gradual —aunque muy acelerado— en que se ha difundido la pandemia. Ello nos ha colocado en una situación de cierta previsibilidad por la experiencia de otros países. Por ello, Galdós **(8)** evoca la ley 27.287 ya que esa particular situación nos ha dado "alarma" —art. 2º, inc. a) ley citada— que nos informó la existencia del peligro, "amenaza" —inc. b)— por la advertencia de que existía un factor

(7) OSSOLA, Federico A., "La protección del buen deudor y del buen acreedor" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, ob. cit., t. I, p. 411, cap. I y p. 417, cap. IV, ap. 4 a).

(8) GALDÓS, Jorge M., "La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, 2020-B p. 431 y AR/DOC/951/2020, especialmente, cap. VI. Concluye el autor en que "la ley especial 27.287 impone al Estado las obligaciones indeterminadas que contempla, las que luego de su especificación e individualización (al decretar la emergencia por la pandemia del COVID-19) están dirigidas a la población en general y también al propio Estado".

externo representado por la posibilidad de que ocurriera un fenómeno o evento adverso, o sea, una situación daño o que hecho que ha producido una alteración en la vida de las personas, economía, sistemas sociales o el ambiente, causado —en principio— por la naturaleza —inc. f)—.

Sin embargo, esa previsibilidad inminente ocurrida no desplaza por sí el carácter de caso fortuito **(9)**, pues la pandemia presenta el carácter de inevitable, tal como ha ocurrido, y nos ha llevado a la situación de emergencia —que el Poder Ejecutivo declaró a través del DNU 260/2020 **(10)**, que ha sido convalidada por la Corte Suprema en el caso "Maggi, Mariano" **(11)**.

En el caso mencionado, el tribunal reconoció la existencia de la emergencia sanitaria y reiteró el criterio tradicional acerca de sus límites, y así dijo: "Todas las medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".

En el caso se trataba de una persona —hijo de una paciente oncológica— que viajaba entre las ciudades de Resistencia —provincia del Chaco— y Corrientes —ubicada en la provincia homónima— a la que se negó el ingreso a la última ciudad nombrada para acompañar a su madre durante la recepción de las sesiones del tratamiento. Las autoridades alegaron que viajaba solo y no acompañado por su madre, ya que ella estaba en Corrientes.

La Corte entendió que la provincia de Corrientes había incurrido en un exceso, ya que impedirle el ingreso no resultaba razonable ni estrictamente necesario, ni exhibía proporcionalidad con el fin perseguido.

O sea, que el tribunal entendió que la negativa del ingreso era un proceder ilegítimo.

VI. Responsabilidad del Estado. Confluencia del derecho público y privado en la prevención de los daños y eventual responsabilidad resarcitoria

Nos parece una obviedad que el Estado no puede eximirse de su deber de prevención en relación con la pandemia. Además, lo ha asumido expresamente a través del art. 7º, inc. 1º, apart. e) del dec. 260/2020, que establece: "...con el fin de controlar la trasmisión del COVID-19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y el de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas". Parece claro que ha asumido el deber de prevención, cuando dice: "además de realizar las acciones preventivas generales".

Ahora bien, con independencia de esa asunción expresa, cabe recordar —como lo hemos hecho antes— que en el Código Civil y Comercial de la Nación hay una norma, el art. 1764, que excluye la aplicabilidad de sus normas a la responsabilidad estatal y que puede servir de base para sostener que el Estado no está obligado a prevenir; coincidimos con la enfática conclusión de Pizarro en el sentido que semejante opinión es "inadmisible, asistemática y ridícula".

Coincidimos con el maestro cordobés que desde el punto de vista valorativo es inadmisible, pues es manifiestamente injusto que se pretenda la justificación de la omisión del deber de prevenir frente a semejante riesgo a la salud, *so pretexto* de que se trata de un caso fortuito ajeno a la actividad estatal. Los arts. 1º y 2º del Título preliminar revelan claramente el carácter asistemático de dicha pretensión, pues el derecho a la salud

(9) Por ello, Ossola distingue entre las obligaciones nacidas antes o después del 20 de marzo y las diversas situaciones que se presentan en orden a la imposibilidad definitiva y provisoria de cumplimiento y la entidad cualitativa o cuantitativa de la incidencia causal. Véase, OSSOLA, Federico A., "La protección del buen deudor y del buen acreedor" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, cit., t. I, p. 459 cap. VII, apart. 3.a).

(10) El art. 1º de ese decreto, reza: "Amplíase la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un [1] año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto".

(11) CS, 10/09/2020 "Maggi, Mariano c. Corrientes, Provincia de s/ medida autosatisfactiva" Fallos 343:930 y CS, 10/09/2020 "Petcoff Naidenoff, Luis Carlos c. Provincia de Formosa s/ amparo - habeas corpus", AR/JUR/37058/2020.

es un derecho fundamental reconocido por los Tratados de Derechos Humanos **(12)** y nuestra Constitución nacional **(13)**. Por otro lado, omitir la prevención comprometería la responsabilidad internacional del Estado, tal como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "González, y otras (Campo Algodonero) vs. México" **(14)**. En dicho fallo, el tribunal internacional sostuvo que "...el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación".

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que "a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas..." **(15)**. Ese criterio ha inspirado, recientemente, el fallo de la CNTrab., sala I, en el que se sostiene: "...Debe remarcarse que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones que se orienten a asegurar la salud del colectivo laboral..." **(16)**.

Por lo tanto, en cuanto la pandemia amenaza un derecho fundamental como lo es la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— de la población, el Estado está obligado a prevenir esos daños, en virtud de su carácter de garante de ese derecho humano fundamental.

Además de haber asumido la prevención el Estado —como hemos señalado respecto del art. 7º, inc. 1º, apart. e)— ha establecido en el art. 21 del dec. 260/2020: "Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables. Las personas afectadas por dichas medidas tendrán asegurados sus derechos, en particular: I - el derecho a estar permanentemente informado sobre su estado de salud; II - el derecho a la atención sin discriminación; III - el derecho al trato digno. Dicha norma establece deberes determinados a los cuales se ha comprometido, cuyo incumplimiento compromete igualmente la responsabilidad estatal".

Lo expuesto nos lleva a concluir en que, en una comprensión sistemática del ordenamiento jurídico argentino, y a pesar de la norma del art. 1764, Cód. Civ. y Com., por imperio de las normas superiores a las que está sujeto el Estado nacional a él se le aplica la norma del art. 1710, que establece: "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".

(12) Derecho a la vida, garantido —entre otras— por la Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 3º—, el Pacto de San José de Costa Rica —art. 4º— y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 6º— y el derecho a la asistencia médica, conforme el art. 25 de la Declaración antes citada.

(13) CN, arts. 14 bis, 33, 41, 42, 75, incs. 18, 19 y 22.

(14) Trib. cit., 16/11/2009, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

(15) CS, 24/10/2000, "Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", Fallos 323:3229; e incluso, el Alto Tribunal, en la causa "Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional" resuelta el 1º de junio de 2000 —Fallos 323:1339— ha sostenido, con relación a un paciente de sida: "... resulta fundado el reproche que el a quo imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente precisamente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal...".

(16) CNTrab., sala I, 24/06/2020, "Monteagudo, Silvia y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ acción de amparo", AR/JUR/20135/2020.

Ello así, creemos que el incumplimiento o el irregular cumplimiento del deber de prevención en cuanto constituya una falta de servicio puede generar la responsabilidad estatal en el campo resarcitorio, no ya por el daño proveniente del caso fortuito —la pandemia— sino por los daños que encuentren su causa en la medidas adoptadas; si esas medidas son ilegítimas, como en el caso Maggi, siempre que se reúnan los requisitos del art. 3º de la ley 26.944 de Responsabilidad del Estado; pero aun siendo legítimas, cuando constituyan una distribución desigualitaria de las cargas pública que provoque un sacrificio especial para el administrado o un grupo de ellos, sujeto al art. 4º de ese mismo ordenamiento legal.

VII. Implicancias de la declaración de emergencia

Cabe recordar que la tradición jurídica argentina, expresada a través de la jurisprudencia de la Corte nacional y los tribunales inferiores y la doctrina publicista, ha sentado principios relevantes en torno a la emergencia **(17)**. Nos referiremos a los que consideramos más trascendentes a los fines de nuestra reflexión. Los abordaremos a continuación.

VII.1. La emergencia no crea poderes, pero obliga a los órganos estatales a ejercer los que tienen encomendados por la ley y las constituciones

Debe tenerse en cuenta que el dec. 260/2020 —sucesivamente prorrogado— ha estatuido deberes determinados en torno al seguimiento de la evolución de las personas enfermas y de las personas que hayan estado en contacto con ellas (art. 7º, inc. 1º, apart. e); que a las personas afectadas por las medidas preventivas se les haya asegurado sus derechos; y en particular el derecho a estar permanentemente informadas sobre su estado de salud, atendidas sin discriminación y tratadas dignamente (art. 21); Asimismo, por otras normas el Estado ha asumido con el compromiso de implementar protocolos de diagnóstico continuo y sistemático focalizado en el personal de salud que realice atención de casos sospechosos, estableciendo una prioridad absoluta en la realización de muestras o tests, atención y tratamiento de pacientes con COVID-19, o que se encuentren dentro de zonas de circulación comunitaria del virus (art. 6º, ley 27.548) y el aseguramiento del acceso a la información sobre donación de plasma de pacientes convalecientes recuperados de COVID-19 (art. 9º, ley 27.554) **(18)**.

VII.2. La omisión de ejercicio de deberes determinados compromete la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos

Tales deberes constituyen —*prima facie*— "mandatos expresos y determinados", cuya omisión de ejercicio, son omisiones antijurídicas y conforman una falta de servicio. En efecto, tal como lo expresa el voto del Dr. Lorenzetti en el pronunciamiento recaído los autos "Bea, Héctor" **(19)**, "Cuando hay una omisión relativa a un mandato expreso y determinado en una regla de derecho hay una clara falta de servicio. En cambio, cuando el Estado está obligado a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeterminado... debe realizarse un juicio estricto y basado en la consideración de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar ... Es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. No se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes, sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva".

En doctrina, se afirma que "toda vez que la administración debe ejercer su poder de policía en ámbitos establecidos; y siendo irregular, excesivo, insuficiente, o aparece omitido, se planteará el tema de su posible responsabilidad" **(20)**.

---

(17) Véase CASSAGNE, Juan C., "Los límites del estado de emergencia" en PIZARRO - VALLESPINOS (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, cit., t. III, p. 79.

(18) Para un análisis ampliado de las disposiciones de los decretos, sosteniendo la inconstitucionalidad sobreviniente, véase BUTELER, Alfonso, "Análisis constitucional de la emergencia sanitaria por el COVID-19" en PIZARRO - VALLESPINOS (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, ob. cit., t. III, p. 99.

(19) CS, 31/08/2010 "Bea, Héctor y ots. c. Estado Nacional-Secretaría de Turismo" (Fallos 333:1623) Voto del Dr. Lorenzetti (consid. 9º).

(20) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Cuestiones de responsabilidad civil en la época del COVID-19", JA supl. diario 06/052020, p. 3 y AR/DOC/1087/2020; PIZA-

Cabe destacar que, al respecto, no es necesario analizar la incidencia de las normas excluyentes de la aplicabilidad del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que el art. 3º de la ley 26.944, coincide con el criterio señalado, cuando establece en el inc. d) que la "[f]alta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado". Ello adquiere relevancia cuando ha existido una omisión o cuando se incurre en medidas excesivas —como en el caso "Maggi"—, o el exceso se presenta por el dictado de medidas para las que se carece de competencia, como ha ocurrido con los cierres de "límites provinciales o municipales", convirtiéndolos en fronteras.

En cuanto a la responsabilidad de los funcionarios públicos, el art. 9º de la ley 26.944, exige que hayan incurrido en culpa o dolo.

Por otro lado, y aunque se trate de actividad legítima del Estado, la obligación de resarcir limitadamente nace cuando el daño sufrido por los particulares impone a un "sacrificio especial en la persona dañada [o el grupo afectado] **(21)**, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido", como lo dispone el art. 4º de la ley 26.944 al reglar tal responsabilidad **(22)**.

VII.3. El ejercicio de los poderes estatales de emergencia resulta para las relaciones privadas un "hecho del príncipe"

Una situación que se presenta durante esta pandemia es que una de las medidas adoptadas para evitar la propagación del virus ha impuesto un "aislamiento social preventivo y obligatorio" **(23)** que impacta sobre las relaciones entre particulares impidiendo, a veces, al deudor cumplir con la prestación que conforma su objeto. Ello nos requiere incursionar en el tema de la imposibilidad de cumplimiento estrechamente ligada al caso fortuito, lo que haremos a continuación.

VIII. La imposibilidad de cumplimiento provocada por el COVID-19 (24)

La imposibilidad de cumplimiento es la proyección del caso fortuito sobre la prestación que constituye el objeto de un crédito-obligación que impide que el deudor pueda cumplir aquello a

RRO, Ramón D., "Anclao en París" en PIZARRO - VALLESPINOS (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, ob. cit., t. II, ps. 373 y ss.; respecto de esta temática puede consultarse provechosamente —especialmente, por ser un análisis detallado— RAMOS MARTÍNEZ, María F., "Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad ilegítima frente a la pandemia" en PIZARRO - VALLESPINOS (dirs.), Efectos jurídicos de la Pandemia COVID-19, ob. cit., t. III p. 291.

(21) Lo incluido entre corchetes nos pertenece.

(22) Puede ampliarse provechosamente consultando ARBERASTURY, Pedro, "La responsabilidad del Estado frente a la pandemia" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. III, ps. 268 y ss., cap. V.

(23) Dec. 297/2020, art. 1º reza: "A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de 'aislamiento social, preventivo y obligatorio' en los términos indicados en el presente decreto".

(24) Sobre esta temática se han publicado interesantes y provechosos trabajos doctrinales en los últimos tiempos, sin pretender exhaustividad, recordamos los siguientes: MEDINA, Graciela, "Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho comparado", LLSupl. "Contratos y Coronavirus, 22/04/2020, p. 2 y AR/DOC/934/2020; CALVO COSTA, Carlos A., "Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia" LA LEY 28/04/2020 p. 1 y AR/DOC/1193/2020: GONZÁLEZ FREIRE, Juan F., "Soluciones contractuales en situaciones excepcionales", LA LEY 22/04/2020, p. 1 y AR/DOC/936/2020; APARICIO, Juan M., "COVID-19 y contrato" y CORNET, Manuel - TINTI, Guillermo P. B., "Los contratos frente a la emergencia del COVID-19", p. 20, ambos en ANDREUT, A.S. (dir.), "Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19", Ed. La Ley, Buenos Aires, s/ f ed., p. 4; BUERES, Alberto J., "El caso fortuito y otros institutos jurídicos que poseen una específica fortuicidad pero que no configuran un caso fortuito (A propósito de la pandemia COVID-19", en Rev. Der. Priv. y Com. 2020-3, p. 45; DI CHIAZZA, Iván G., "El conflicto contractual ante la pandemia - Quinta Parte", Rubinzal Culzoni; OSSOLA, Federico A., "Dos eximentes del incumplimiento obligacional por la pandemia: Imposibilidad de cumplimiento (por hecho ajeno) y estado de necesidad (por impotencia patrimonial)", Rubinzal Culzoni; PICASSO, Sebastián, "El año que vivimos en peligro: efectos de la pandemia en los contratos y supuesta obligación de renegociar" RCyS 2021, p. 3 y AR/DOC/4039/2020; GARCÍA FUENTES, Mateo, "Soluciones contractuales en situaciones excepcionales", LA LEY, 2020-B, p. 986 y AR/DOC/936/2020.

los que obligó válidamente. Se trata una situación fáctica con trascendencia jurídica, en tanto está captada y reglada por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación. Ella consiste en que, como consecuencia o efecto del caso fortuito la prestación, se ha vuelto imposible de cumplir para el deudor. El caso fortuito ha vuelto imposible lo que antes —al momento del nacimiento de la obligación— era posible. El plan de prestación se frustra como consecuencia del caso fortuito. Por ejemplo, si una persona se obliga a entregar su computadora personal y esta es destruida por un incendio no intencional, se habrá vuelto imposible entregar esa cosa cierta; si un pintor se obliga a hacer un retrato y pierde la mano hábil, o la vista se vuelve imposible el cumplimiento; si el artista cómico debe realizar un espectáculo el día en que fallece su madre.

Teniendo en cuenta la distinción que hemos formulado *supra* **(25)**, se advierte que —en relación con la influencia de la pandemia— al caso fortuito impeditivo de la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones se puede llegar por el hecho de la naturaleza —la enfermedad— o por el hecho del príncipe. La una o el otro puede determinar que el deudor no pueda cumplir la obligación que pesa sobre él, dado que las autoridades públicas han dictado una serie de normas por las que se dispone el aislamiento social preventivo y obligatorio, que —por ejemplo— veda al profesor particular que se comprometió a dar apoyo escolar a un alumno que concurra a su casa o aquel al domicilio del alumno; o durante la *fase uno* al contratista de obra visitar el lugar en que debe realizarla.

Los efectos de la imposibilidad de cumplimiento pueden producirse conjuntamente: extinguir la obligación y eximir de responsabilidad (arts. 955 y 1730); o separadamente: solamente extinguir la obligación, sin eximir de responsabilidad (art. 1733). En efecto, del juego de los arts. 955, 1730, 1732 y 1733, que deben ser leídos como una norma única —que tienen una relación íntima, inseparable y recíproca—, resulta que la imposibilidad de cumplimiento extingue la obligación del deudor sin responsabilidad, salvo los supuestos previstos en el art. 1733.

(25) Véase cap. IV de estas líneas.

Los requisitos para que se configure la *imposibilidad de cumplimiento* surgen de los arts. 955 y 1732, y son los siguientes:

a) La imposibilidad de realizar la prestación debe estar causada por el hecho imprevisible o inevitable, o sea, por el caso fortuito

Así lo explicamos *supra,* cuando aludimos a que la imposibilidad es la proyección o el efecto del caso fortuito o fuerza mayor que impide la prestación a la que se encontraba obligado el deudor.

Cabe señalar que el contexto de pandemia no es por sí mismo una excusa para el cumplimiento de las obligaciones. Así, se ha resuelto: "La aplicación del derecho a las concretas situaciones generadas por la difusión del coronavirus tendrá diferentes consecuencias, según las particularidades de cada caso, por lo que este tribunal advierte adecuado el análisis particular de las relaciones contractuales y obligacionales; y de las restantes situaciones que se presenten, recurriendo a principios generales del derecho. Tal ejercicio de análisis ha de llevarse a cabo antes de aseverar, de manera general, que la pandemia debe ser considerada como un caso fortuito, cuya aplicación traería aparejada la eximición, temporal o definitiva, del cumplimiento amparado en lo normado por el art. 1730 del Cód. Civ. y Com." **(26)**. Por ello, no se acogió la petición de la aseguradora de suspender y diferir el pago de una condena a pagar daños y perjuicios fundado la circunstancia del contexto de pandemia,

(26) CNCiv., sala J., julio 30-2020 "Toledo, Victoria A. c. Línea de Microómnibus 47 SACFEI y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)", AR/JUR/28607/2020. El mismo criterio inspira la decisión de la sala I del mismo tribunal que confirmó la sanción aplicada por la Dirección General de Salud Mental por el incumplimiento de una orden judicial, a favor de un paciente A. E. G., de 22 años de edad, se encuentra internado en el Hospital de Emergencias Psiquiátricas T. de Alvear (en adelante HEPTA) desde el 20/01/2019, al que ingresó por una descompensación de su cuadro de base, pero en condiciones de ser externado desde hace más de un año. Para lo cual era necesario contar —así lo hizo saber su equipo tratante— con un dispositivo que pueda alojar a A. En particular, se valoró la situación de vulnerabilidad social y escaso continente familiar y que la orden cuyo incumplimiento motivó la multa databa de un momento muy anterior a la aparición de la pandemia. (CNCiv., sala I, 12/08/2020, "G. A. E. s/ evaluación art. 42, Cód. Civ. y Com." AR/JUR/30940/2020).

pues la obligación era exigible cuatro meses antes del decreto de emergencia sanitaria, y ya habían vencido los diez días que había otorgado el tribunal para hacer el pago, o sea, que se encontraba en mora.

b) La imposibilidad debe ser sobrevenida

Debe ser sobrevenida al nacimiento de la obligación. Si la imposibilidad estuviere presente desde el origen la obligación sería nula, en virtud de haber nacido en infracción al art. 725, Cód. Civ. y Com. de la Nación **(27)**, que impone que la prestación debe ser material y jurídicamente posible.

Una pregunta que cabe formularse es: ¿hasta qué momento puede sobrevenir la imposibilidad para que tenga por efecto la extinción de la obligación? Para que extinga sin responsabilidad, la imposibilidad debe sobrevenir entre el momento del nacimiento y el de la caída en mora del deudor. En tal supuesto y en caso de que se trate de un contrato bilateral que diera lugar a obligaciones recíprocas en el que no haya habido pago alguno del contratante frustrado, este puede suspender el cumplimiento de su prestación, fundado en la disposición del art. 1031; si el acreedor frustrado ha efectuado algún pago a raíz de un contrato bilateral —que no fuera de cumplimiento simultáneo o si lo hubiera anticipado—, el problema queda emplazado en las normas del pago indebido, ya que ese pago fue efectuado "en consideración a una causa futura, que no se va a producir", tal como lo prevé el art. 1796, inc. a).

Si el deudor ya estaba en mora al momento en que sobreviene la imposibilidad, la obligación se extingue —pues lo imposible es imposible—, pero subsiste la responsabilidad. Eso es lo que dispone el art. 1733, ya que la caída en mora del deudor es uno de los supuestos en que "aunque ocurra... la imposibilidad de cumplimiento..., el deudor es responsable... c) si está en mora...". Sin embargo, esa mora debe ser relevante en el sentido que haya sido tal que de no haber concurrido no hubiera afectado la posibilidad de cumplir. Por ello, la disposición continúa diciendo "a no ser que esta sea indiferente para producción de la imposibilidad de cumplimiento".

La jurisprudencia ya ha tenido oportunidad de decidir aplicando este criterio impediente de la eximición de responsabilidad, y así ha dicho que "es indubitable que la apelante se encontraba en mora al declararse el ASPO, hecho que obstaculiza la procedencia de la aplicación de la eximente de responsabilidad invocado; caso fortuito. Ello en tanto el Cód. Civ. y Com., art. 1733 señala que, aunque ocurra el caso fortuito, el deudor es responsable (inc. c) si está en mora **(28)**. En el caso se trató de una aseguradora que invocó la situación de pandemia para eximirse de la responsabilidad por su situación de mora.

c) La imposibilidad debe ser absoluta

El carácter *absoluto* significa que debe ser insuperable para cualquier persona, pues implica un impedimento que no es susceptible de ser superado por las fuerzas humanas **(29)**. El impedimento puede ser físico, jurídico, y para parte de la doctrina también moral **(30)**. Ejemplo de impedimento físico es la destrucción de la cosa objeto de la obligación de dar cosa cierta; del impedimento jurídico, la necesidad de cometer un acto antijurídico para poder cumplir; del impedimento moral, el caso de abogado defensor del victimario que se descubre que el dañado es un familiar del profesional.

La imposibilidad puede afectar la prestación en forma total o parcial. Cuando la afectación

(27) La norma citada dispone: "La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor".

(28) CNCom., sala B, 09/10/2020, "Elastom Ingeniería SA c. Servicios Vertua SA s/ ejecutivo", ob. cit. por MALUMIAN, Nicolás - SCROFINA, Mariana, "¿La pandemia trajo cambios en materia de ejecución de título valores y créditos?", Deconomi 5, año III en http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0010-N05-MALUMIAN-Y-SCROFINA.pdf (consulta 29/03/2021).

(29) OSTI, Giuseppe, "Revisione critica della teoria sulla imposibilità de la prestazione", Riv. Diritto Civile, 1918, p. 220; PICASSO, Sebastián - SAÉNZ, Luis R. J., "Tratado de derecho de daños", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 286, nro. 5.2.5.1.3.

(30) También se ha sostenido que en el supuesto de que exista un obstáculo moral al cumplimiento, se estaría ante un caso de inexigibilidad, más que de imposibilidad. Lo recuerda BUERES, Alberto J., "El caso fortuito y otros...", ob. cit. en Rev. Der. Priv. y Com. 2020-3, p. 45.

es total no se presentan mayores problemas. En cambio, la afectación parcial hace necesario apreciar cuidadosamente la utilidad de la parte posible de prestar para el acreedor. Para ello deberá analizarse, en primer término, la divisibilidad de la prestación de la obligación **(31)** y, además, la relevancia de ese residuo de prestación posible en el contexto del contrato.

Es cierto, como lo sostienen Bueres **(32)**, Picasso y Sáenz **(33)**, que la norma contenida en el art. 1732, segunda parte, puede significar un atajo que posiblemente se utilice para relativizar —en cierto modo— el carácter de absoluto, al indicarse al intérprete, que "[l]a existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos", considerando que la pretensión del acreedor podría constituir un *abuso de derecho*, cuando se prescinda del juicio concreto del negocio y la representación o presupuestos de las partes respecto de las medidas extraordinarias o anormales que requeriría ejecución de la prestación. Por ello, Bueres recuerda como ejemplo el caso del transportador que se encuentra a la vez con una huelga ferroviaria y una nevada que cierra el camino terrestre o el caso de buque bloqueado por el hielo, lo que le exigiría esfuerzos extraordinarios en relación con las previsiones contractuales.

d) La imposibilidad debe ser objetiva

El concepto de objetividad respecto a la imposibilidad se ha prestado a discusiones doctrinales, entendiendo que a veces se lo confunde con el carácter absoluto; cuando eso sucede, existiría una superposición con ese otro carácter, pues ambos se referirían a que la imposibilidad fuera insuperable para cualquier persona que estuviere en la situación del deudor.

Desde otro ángulo, se entiende que la objetividad debe relacionarse con el objeto, o sea, que se presenta cuando "el impedimento para cumplir va referido a la prestación en sí, y por sí considerada, mientras que la imposibilidad es subjetiva cuando concierne a las condiciones personales o patrimoniales propias del *solvens*" **(34)**. Cuando se lo concibe de esta manera, lo que se presenta como excepción, o sea, las prestaciones *intuitu personae* no son verdaderas excepciones, pues las condiciones personales del deudor en ese caso se encuentran integradas en la prestación.

e) La imposibilidad debe ser definitiva

La definitividad de la imposibilidad debe ser juzgada con relación a las circunstancias de la contratación y la utilidad de la prestación para satisfacer el interés lícito del acreedor. Las palabras que indiquen 'absolutos' como 'siempre y nunca' son muy difíciles de usar en los temas de derecho. Es cierto que si la obligación era de dar una cosa cierta y ella se ha destruido... no cabe duda, será imposible en forma definitiva.

En cambio, si se trata de un viaje de egresados del colegio secundario... la cuestión es más difícil, porque podrá hacerse el año próximo o en los próximos meses... pero al joven estudiante puede que no le resulte de utilidad, porque estará cursando en la universidad y no puede realizarlo sin perder la regularidad del curso de ingreso... allí la herramienta puede no ser útil y puede que sea mejor apelar a la frustración de la finalidad del contrato (art. 1090).

La inteligencia de esta exigencia —la definitividad de la imposibilidad— debe ser apreciada en función de lo dispuesto por el art. 956, que dispone: "La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible". No se trata de atender

(31) MAYO, Jorge A., "La imposibilidad de cumplimiento" en Rev. Der. Priv. y Com. 17-Responsabilidad contractual-I, p. 73, cap. VI.

(32) BUERES, Alberto J., "El caso fortuito y otros...", ob. cit., Rev. Der. Priv. y Com. 2020-3, p. 71, nro. 12.

(33) BUERES - PICASSO - SÁENZ, "Tratado de derecho de daños", ob. cit., t. I, p. 387, nro. 5.2.5.1.3.

(34) BUERES, Alberto J., "La buena fe y la imposibilidad de pago en la responsabilidad contractual" en CÓRDOBA, M. M. (dir.) - GARRIDO CORDOBERA, L. M. - KLUGER, V., "Tratado de la buena fe en el Derecho", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 289, Núm. 3; Idem, "El caso fortuito y otros institutos...", Rev. Der. Priv. y Com., 2020-3 "Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones contractuales", p. 64, nro. 11; CALVO COSTA, Carlos A., "Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia", AR/DOC/1187/2020, nro. II.2; PICASSO, Sebastián - SAÉNZ, Luis R. J., "Tratado de derecho de daños", ob. cit., t. I p. 286, nro. 5.2.5.1.2.

a la duración de la imposibilidad sino a todas las circunstancias que rodean el caso.

Por último, cabe señalar que la imposibilidad temporal no produce —como regla— efectos extintivos, sino que únicamente exime de la responsabilidad por mora. Produce efecto extintivo solo cuando el plazo es esencial o cuando su duración es tal que frustra el interés del acreedor de modo irreversible. En los demás supuestos, produce únicamente la eximición de la responsabilidad por los daños que cause la demora que no ha sido imputable al deudor, sino al caso fortuito.

En orden a la prueba, cabe señalar que —en principio— la prueba de los requisitos de la imposibilidad y su relación causal con el caso fortuito, están a cargo del deudor, pues se trata de elementos esenciales de esta causal de extinción de la obligación, siendo sabido que la acreditación de una causal de extinción se carga sobre quien la invoca (arts. 894, inc. a, 946 y 1734). Por supuesto, puede usarse cualquier medio de prueba.

Respecto a los efectos, en principio, la imposibilidad de cumplimiento puede tener doble efecto: extinguir la obligación y eximir de responsabilidad al deudor imposibilitado.

Sin embargo, en ciertos supuestos solo se produce el primer efecto, o sea, la extinción de la obligación, pero no la eximición de la responsabilidad. Así resulta de la norma contenida en el art. 1733, que establece: "Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito".

La previsión del inc. a) se refiere al caso de que el deudor haya asumido "válidamente" el caso fortuito. No sería válida la asunción pactada en un contrato de consumo (arts. 1117, Cód. Civ. y Com. de la Nación y 37, LDC) ni en un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 988, inc. b), pues tal pacto importa una restricción de los derechos del consumidor y amplía los derechos del proveedor o predisponente.

El inc. b) prevé el supuesto que una disposición legal disponga que no se libera de la responsabilidad por caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento. Ejemplos de aplicabilidad de esta previsión constituyen: el caso del art. 1273 que excluye la liberación del locador de obra en caso de que produjera ruina por vicio del suelo o de los materiales; las situaciones previstas en los incs. c y f del art. 1733. En el inc. c —cuando el deudor está en mora— por efecto del traslado de los riesgos al moroso; y en el f —referido a la obligación de restituir nacida de un hecho ilícito—, dado que el obligado no puede beneficiarse por la concurrencia del caso fortuito; y en la responsabilidad por daño ambiental, según lo establecido por el art. 29 de la ley general del ambiente (25.675).

El inc. c excluye la eximición de responsabilidad al deudor moroso, salvo que demuestre que la incidencia del caso fortuito hubiera ocurrido igual para el acreedor si se hubiera cumplido temporáneamente. Tal el caso en que entre vecinos —a quienes se le inundaron por crecidas o lluvias extraordinarias sus respectivos campos— se hubieran vendido y comprado una cantidad de hacienda que perecieron el campo del vendedor retrasado en el cumplimiento de su obligación, pero la hacienda hubiera perecido igualmente en el campo del comprador **(35)**.

El inc. d prevé el supuesto en que la imposibilidad de cumplimiento hubiera sobrevenido por la culpa del deudor. En este caso no existe ajenidad o exterioridad del caso fortuito, sino que es imputable al propio deudor **(36)**. Faltando la ex-

(35) CAZEAUX, Pedro N. en CAZEAUX, P. N. - TRIGO REPRESAS, F. A., Derecho de las obligaciones, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, 4ª ed. act. por José M. Cazeaux, t. I, p. 558, nro. 472, analizando la disposición del art. 892 del Código derogado.

(36) Ya en 1982 la Corte Suprema de la Nación había establecido esta regla en el caso "Blom, Juan Capitán de la barca 'Lennatin'", Fallos 11:193.

terioridad del hecho imprevisible o inevitable no puede hablarse de caso fortuito, pues como enseña Bueres "no existen *casus* internos" **(37)**, o sea, que provenga de la esfera de control del deudor.

La misma razón justifica la previsión del inc. e —cuando constituye una contingencia propia... del riesgo de actividad—, pues ese riesgo es interno y debe ser asumido por el deudor.

Por último, el inc. f prevé la responsabilidad del obligado a restituir —a pesar de la imposibilidad— de quien posee la cosa de mala fe, conforme lo dispuesto por el art. 1936. De acuerdo con la norma citada, el poseedor de mala fe es responsable, aunque la cosa se haya destruido por caso fortuito, con la misma excepción que el deudor moroso, o sea, que la cosa hubiere perecido de todos modos en poder del acreedor, en cuyo caso se exime de responsabilidad. Pero, el poseedor vicioso es responsable, aunque la cosa hubiere perecido en poder del acreedor **(38)**.

IX. La responsabilidad individual y colectiva en la transmisión del COVID-19 (39)

La cuestión que nos planteamos es la posible responsabilidad civil por el contagio de la enfermedad producida por el COVID-19. En primer lugar, la cuestión del deber de prevención; luego, analizaremos la responsabilidad civil individual, o sea, la de la persona que es portadora de la enfermedad; abordaremos la situación que puede dar lugar a una responsabilidad colectiva.

IX.1. El deber de prevención de los particulares

Una premisa para la consideración del tema de la prevención es el hecho de que una de las características del virus es la alta aptitud de contagio de una persona a otra **(40)**.

La responsabilidad preventiva, o sea, el deber preventivo pesa sobre toda persona, según el inc. a) del art. 1710, Cód. Civ. y Com. de la Nación. De modo tal que toda persona enferma o que abrigue la sospecha de ser portador del virus está gravada con el deber de evitación del daño a terceros. Destacada doctrina sostiene que "la conducta desaprensiva de un sujeto o no preventiva de su parte tiene aptitud para provocar en forma directa..., pero sobre todo en forma indirecta..." **(41)** para provocar una serie indefinida de contagios. Ciertamente, esa circunstancia lleva a Garrido Cordobera a advertir que la pandemia implica la amenaza de un "daño de incidencia colectiva, a la par que un daño individual" **(42)**.

Obviamente las circunstancias señaladas conducen indubitablemente a la responsabilidad preventiva, que tiene por efecto transformarse en una responsabilidad resarcitoria en caso de incumplimiento del deber de prevención. Así, enseña Zavala de González: "El obligado principal sobre quien pesa el deber preventivo será autor material de la conducta que provoca la acusación originaria de la amenaza o de su intensificación hacia el tercero, convirtiéndose en potencial dañador". Por su parte, Calvo Costa expresa que "la inobservancia del deber de prevención... acarrea la responsabilidad por la omisión" **(43)**.

---

(37) BUERES, Alberto J., "El caso fortuito y otros..." ob. cit., Rev. Der. Priv. y Com. 2020-3 p. 68, nro. 11.

(38) KIPER, Claudio en LORENZETTI, R. L. (dir.) - DE LORENZO, M. F. - LORENZETTI, P. (coords.) en Código civil y comercial de la Nación, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2015, t. IX, p. 185, nro. III.3) de la glosa al art. 1936; COSSARI, Nelson G. A. en ALTERINI, J. H. (dir. gral.) - ALTERINI, I. E. (coord.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IX, p. 309, nro. 1.b) de la glosa al art. 1936.

(39) MÜLLER, Enrique C., "Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II, p. 347. MÁRQUEZ, José F., "Responsabilidad en "COVID-19. Implicancias jurídicas y tributarias", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020 (puesto a nuestra disposición —en forma digital— amablemente por su autor).

(40) MARCELLINO, Leonardo, "El deber legal de prevención de daños ante la pandemia del COVID-19 y efectos jurídicos del incumplimiento" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II, p. 301, cap. IV.

(41) MARCELLINO, Leonardo, "El deber legal de prevención de daños ante la pandemia del COVID-19 y efectos jurídicos del incumplimiento" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II, p. 301, cap. IV.

(42) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., "Cuestiones de responsabilidad civil por contagio en la época del COVID-19", AR/DOC/1087/2020, cap. II.

(43) CALVO COSTA, Carlos A., "La prevención: la otra cara de la responsabilidad civil (o del Derecho de Daños)", RCyS 2018-II, p. 20; MÜLLER, Enrique C., "Responsabili-

En virtud de ello, concluimos que todas las personas tienen el deber de prevención impuesto por los incs. a) y b) el art. 1710 de evitar la propagación del virus, y por lo tanto están gravadas con el deber de evitación, cuyo incumplimiento puede llegar a comprometer su responsabilidad resarcitoria.

IX.2. Responsabilidad civil individual por la transmisión del COVID-19

La responsabilidad por la transmisión de la enfermedad se pondrá en acto, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1716, que establece: "Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión". Desde luego, para ello deben concurrir los presupuestos o requisitos de la responsabilidad civil, o sea, la acción u omisión antijurídica, el daño injustificado, el factor de atribución y la relación de causalidad entre el acto antijurídico y el daño injustificado.

La acción u omisión dañosa antijurídica se configura por la infracción a los deberes impuestos por los diversos decretos de emergencia de acuerdo con las diversas etapas de aislamiento social preventivo y obligatorio. Para configurar la antijuridicidad deberá tenerse en cuenta la no concurrencia de alguna causa de justificación de las previstas en el art. 1718, Cód. Civ. y Com. de la Nación. Una particularidad se presenta en el supuesto daños causados en estado de necesidad del trasmisor [inc. c) de la norma citada], o sea, cuando su acción está destinada a evitar un mal actual o inminente que amenaza y siempre que el mal que se evita sea mayor al que se causa. En ese caso, si bien no se produce el nacimiento de la obligación estricta de reparación, el juez está facultado a establecer una indemnización de equidad que deberá afrontar a quien ha actuado en estado de necesidad.

El daño injustificado debe —además—, para dar lugar a una indemnización, haber producido consecuencias inmediatas y mediatas, de acuerdo con los arts. 1726 y 1727, en el ámbito extracontractual. Si se tratase de un incumplimiento contractual —lo que difícilmente ocurra, pero no puede descartarse—, debe estarse a la previsibilidad en concreto al momento de la celebración, salvo que existiera dolo en cuyo caso debe también considerarse el momento del incumplimiento deberá estarse a la disposición del art. 1728.

El factor de atribución es subjetivo, ya sea dolo o culpa, ya que no existe norma que imponga responsabilidad objetiva, por lo que debemos ir a la norma de cierre del sistema (art. 1724) **(44)**. La prueba de la culpabilidad pesa sobre el damnificado de acuerdo con el art. 1734 y, eventualmente, el juez podría prevenir que ha de utilizar las cargas dinámicas probatorias, según lo dispuesto por el art. 1735. Pero, en principio, pesará sobre el damnificado la carga de probar los hechos demostrativos de que el transmisor conocía su situación de enfermo o que debía conocerla conforme las circunstancias del caso. Asimismo, de los hechos que importen la falta de observancia de los protocolos de cada actividad que importan la configuración de la culpa.

Por último, también la prueba de relación causal está a cargo del damnificado, ya que no existe norma legal que la presuma. Lo que puede suceder es que exista una presunción judicial emergente de las circunstancias particulares en que se produjo el contagio que se presenten como indicios **(45)**. He aquí una verdadera dificultad, en virtud de las incertezas que rodean al conocimiento de los mecanismos de contagio del virus, pues es sabido que la prueba de la causalidad no es la prueba de la mera posibilidad o

dad civil por de enfermedades" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II, p. 369, sostiene que se trata de una comisión por omisión.

(44) MÁRQUEZ, José F., "Responsabilidad en 'COVID-19. Implicancias jurídicas y tributarias'", ob. cit., p. 347, cap. 3; GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, "La valoración de la conducta hacia la configuración de la responsabilidad civil frente a la toma de medidas de emergencia nacional sanitaria ('COVID-19, coronavirus')", elDial.com; MÜLLER, Enrique C., "Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades" en PIZARRO, R. D. - VALLESPINOS, C. G. (dirs.), Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19, ob. cit., t. II p. 360, cap. 6. El autor se refiere a la responsabilidad profesional, pero creemos que es igual para todas las personas.

(45) PICASSO, Sebastián en LORENZETTI, R. L. (dir.) - DE LORENZO, M. F. - LORENZETTI, P. (coords.), Código Civil y Comercial de la Nación, ob. cit., t. VIII, p. 466, nro. III.2) de la glosa al art. 1736.

eventualidad de la relación causa, sino la seria probabilidad que supere el carácter de conjetura.

Un supuesto que lleva a abrigar dudas acerca de la responsabilidad del transmisor de la enfermedad se presenta cuando está desempeñando actividades que son susceptibles de provocar contagio, pero se hallan autorizadas por considerarse de las esenciales; por ejemplo, el verdulero del barrio o el miembro de las fuerzas de seguridad o el médico. Márquez califica —con razón— esta situación como "vidriosa", sin embargo, ponderando las circunstancias y las normas aplicables, se inclina provisoriamente porque es un supuesto que puede llevar a una solución en que las partes —transmisor y contagiado— compartan las pérdidas **(46)**.

Las posibles actitudes frente a ese conflicto dependen de la comprensión del supuesto fáctico de la "actividad riesgosa o peligrosa" y, consecuente, aplicabilidad de los arts. 1757 y 1758, Cód. Civ. y Com. de la Nación, que está lejos de ser pacífico. Ninguna duda nos cabe de la razonabilidad de la solución propuesta por Márquez, no obstante, proponemos otras miradas para la reflexión.

Un primer abordaje posible es que, si se entiende que las dos normas antes citadas son aplicables, porque tales actividades autorizadas son peligrosas, lleva a la responsabilidad objetiva y la consecuente indiferencia de la culpa (art. 1722). La existencia de la autorización administrativa y que el agente transmisor haya tomado las medidas de prevención (art. 1757, segundo párrafo) no constituyen eximentes. Consecuentemente, será el agente presuntamente transmisor quien deberá probar alguna de las eximentes: hecho del damnificado (art. 1729), hecho de un tercero (art. 1731) o el caso fortuito externo a la actividad que realiza, de la que se sirve u obtiene provecho (art. 1730). Debemos tener en cuenta que lo que presume la norma es la adecuación de la relación causal, no la relación causal misma, por lo que el damnificado deberá arrimar la prueba de la relación causal, cuya dificultad ya hemos señalado.

Si se trata de actividades —en principio— inocuas, en el sentido de que la transmisión de enfermedades no es una contingencia propia del riesgo de la actividad desarrollada (art. 1733, inc. e), nos parece que el transmisor debe ser eximido de responsabilidad por imperio de la norma citada **(47)**. En efecto, la interpretación *a contrario sensu* lleva a la irresponsabilidad.

Obviamente, la eximición por caso fortuito no será invocable por el transmisor que consciente de su padecimiento ha desplegado la actividad, pues en ese supuesto la eximente no funcionaría por aplicación del inc. d del art. 1733, ya que si bien su culpa no ha originado el caso fortuito —pandemia—, en el caso concreto su culpa ha posibilitado el contagio.

Desde otro ángulo de mira puede sostenerse que la actividad de esas personas no encuadra en el concepto de 'actividad peligrosa', dado que la previsión normativa del art. 1757 presupone un juicio similar al que se realiza en torno a 'la intervención activa' de la cosa peligrosa, o sea, que la actividad tiene que considerarse la "causa" del daño producido **(48)**. La apreciación judicial juega, en esta concepción, un papel de importancia, pues es el operador jurídico —abogado o juez— quien debe ponderar si las circunstancias del caso justifican considerar que ha sido la actividad la "causa" del daño, o si, por el contrario, la actividad ha tenido una simple "intervención pasiva" y, por tanto, la "causa" del daño ha sido en la pandemia. Si la actividad ha tenido una intervención meramente pasiva, no concurriría la razón o finalidad del régimen de las actividades peligrosas, que radica en que su desarrollo repotencia el riesgo de la actividad de que se trate. Faltando dicha finalidad, por aplicación del art. 2º del Título Preliminar Cód. Civ. y Com. de la Nación, que manda a tenerla en cuenta a los efectos interpretativos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico.

(46) MÁRQUEZ, José F., "Responsabilidad en 'COVID-19. Implicancias jurídicas y tributarias'", ob. cit., p. 350, cap. 4.

(47) La norma dispone: "Aunque ocurra el caso fortuito... el deudor es responsable en los siguientes casos: ... e) si el caso fortuito... constituye[n] una contingencia propia del riesgo... de la actividad".

(48) PARELLADA, Carlos A., "Responsabilidad civil por actividades riesgosas", LA LEY, 2019-E-734, RCyS 2019-XI, p. 3 y AR/DOC/2904/2019.

Por supuesto, admitimos la opinabilidad de este último criterio expuesto, pero creemos que esta interpretación impide el desborde conceptual temido por la doctrina, respecto de la previsión de las actividades riesgosas.

IX.3. Responsabilidad colectiva por contagio de COVID-19

La responsabilidad colectiva —regulada en la Sección 8 del título V— puede entrar en la consideración de este tema, sea por la vía de la autoría anónima —art. 1761— o de los grupos peligrosos (art. 1762). Además, hay una reflexión necesaria acerca de la "concurrencia ideal" del hecho del grupo peligroso con la realización de una actividad peligrosa (arts. 1757, 1758), que puede tener influencia en la legitimación pasiva de los presuntos responsables.

a. Autoría anónima. Esta responsabilidad nace cuando el damnificado sufre un daño cuyo autor no puede determinarse concretamente, aunque se sabe que está dentro de un grupo determinado. El art. 1761 establece: "Si el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción".

Nos parece muy difícil que la transmisión del COVID-19 pueda encauzarse a través de esta norma, pues ofrece para la víctima serias dificultades probatorias, aunque excepcionalmente puede ocurrir que en algún caso sean superables.

Un presupuesto ineludible de la aplicación de la responsabilidad por el daño anónimo es que el autor (o autores del daño) —en el caso, transmisor de la enfermedad— esté dentro de un grupo que no realice una actividad peligrosa. Si la actividad desplegada es peligrosa, se descarta la aplicación del art. 1761 y se reencauza el análisis al art. 1762 que es de mayor severidad, como veremos a continuación.

El grupo dentro del cual está el autor o autores indeterminados debe ser establecido considerando prudentemente la alta probabilidad de que efectivamente entre ellos se encuentre el o los autores probables del daño. En primer lugar, debe establecerse la relación causal que debe acreditar el damnificado, lo que es altamente dificultoso, pues el origen de la enfermedad puede deberse a múltiples relaciones causales, teniendo en cuenta la circulación comunitaria del virus. Para tener por acreditada la relación causal en forma inequívoca —como lo requiere la aplicación de la norma— debería probarse que el damnificado únicamente pudo ser contagiado en ese grupo, y no en los demás numerosos contactos que haya tenido con otras personas.

Si lograra probarse que solo pudo ser contagiado por el grupo, los componentes del grupo deberán acreditar que no han contribuido a su producción, en el supuesto de que no eran portadores del virus a la época del supuesto contagio; sin embargo, tampoco es fácil descartar que uno de los miembros haya sido un portador no sintomático, lo que obstará a la prueba inequívoca a la que antes aludimos.

b. Grupo que realiza una actividad peligrosa. Menos dificultoso es el caso en que resulte de aplicación el art. 1762, como sucede en el caso de las fiestas clandestinas o festejos no autorizados, que revisten la calidad de peligrosos para terceros. El artículo dispone: "Si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Solo se libera quien demuestra que no integraba el grupo". La norma es más severa que el art. 1761, pues compromete la responsabilidad de todos los partícipes del grupo, en forma solidaria.

Los protegidos por esta norma no son los miembros del grupo peligroso, sino los terceros; por ej., la persona que ha limpiado el salón en el cual se ha llevado a cabo la fiesta clandestina, los miembros de la fuerza de seguridad que intervinieron en su interrupción.

Si el accionante fuera uno de los participantes de la fiesta, el interrogante si su participación constituye el hecho de la víctima que interrumpe total o parcialmente el nexo causal (segunda parte del art. 1719), o si, por el contrario, su situación encuadra en la regla: la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso, ni exime de responsabilidad (primera parte de la norma citada) **(49)**.

(49) La disposición legal establece: "Art. 1719. Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima

En principio, nos parece que efectivamente encuadra en la segunda parte de la norma, y constituye un hecho de la víctima interruptivo del nexo causal.

La solución de los interrogantes planteados en torno a la responsabilidad colectiva son los que requerirán la utilización artística de las prescripciones legales, para obtener un resultado justo, que no implique responsabilizar por las consecuencias del caso fortuito: la pandemia. Esa prudencia impone tener en cuenta que el caso fortuito no puede ser fuente de responsabilidad sino en los casos del art. 1733, so peligro de desnaturalizarlo como genérico eximente de responsabilidad.

X. El caso particular de los geriátricos

Un supuesto particular se presenta en el caso de los geriátricos, cuyos servicios emergen de un contrato atípico mixto en el que se combinan prestaciones de la locación de servicios y del contrato de hospedaje **(50) (51)**. Es cierto que esa relación es de consumo, y, por lo tanto, el proveedor de dicho servicio asume una obligación de seguridad, en el marco de los arts. 42 de la CN y 52 de la ley de protección al consumidor.

Es sabido que sobre la naturaleza subjetiva u objetiva de la responsabilidad de la obligación de seguridad las opiniones están muy divididas **(52)**.

Pero también que aun para los criterios más severos, o sea, si se sostiene que se trata de una obligación de resultado, regida por la responsabilidad objetiva y fundada en la garantía **(53)**, la eximente está constituida por el caso fortuito o fuerza mayor externo y ajeno al ámbito de control de la empresa **(54)**. Precisamente, la pandemia y la circulación comunitaria del virus constituyen *casus* externo al servicio, por lo que —en principio— configuran la eximente.

Ello sin perjuicio de que las circunstancias del caso revelen que el caso fortuito ha incidido en el resultado dañoso —la enfermedad— por la culpa del responsable del establecimiento o de sus dependientes, conforme lo establecido por el art. 1733, inc. d.

En orden a la apreciación de tal culpa, y en la medida que concurra relación causal, la inobservancia de los protocolos de carácter administrativo **(55)** constituirán valiosos elementos para su determinación, teniendo en cuenta —asimismo— que los beneficiarios de tales servicios son

a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal".

(50) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Algunas cuestiones contractuales y de daños derivadas de la prestación de servicios geriátricos", RCyS 2005, p. 79, especialmente, cap. II; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?", Rev. Chilena de Derecho, 1, vol. 33, p. 37, especialmente nro. 18; CNCiv., sala C, 14/06/2004, "Didone, María c. Blesar SRL", JA 2004 p. 679 y SIL 20042821; CCiv. Com. Junín, 02/06/2020 "V., R. A. y otro/a c. G., C. y otro/a s/ daños y perjuicios extracontractual (exc. autom./estado)" AR/JUR/18272/2020.

(51) En el texto, decimos que es el servicio que prestan "generalmente", dado que, en ciertas oportunidades, la prestación principal es el hospedaje. Véase, por ejemplo, el caso resuelto por la CNCiv., sala D, 14/07/2010, "Russo, Norma E. y otro c. Círculo Mutual de Suboficiales de la Policía Federal Argentina" AR/JUR/41325/2010.

(52) Muestra de lo expresado en el texto fue la conclusión de la Comisión N.º 2 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se pronunciaron de la siguiente forma con respecto al factor de atribución: a) Es en principio objetivo y, por excepción, puede ser subjetivo (mayoría). b) Es siempre objetivo (primera minoría). c) Es subjetivo y, excepcionalmente, puede ser objetivo (segunda minoría).

(53) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A. en PICASSO, S. - VÁZQUEZ FERREYRA, R., Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I p. 96, ap. II.E) de la glosa a los arts. 5º y 6º; MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAINTRAUB, Javier H., "Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Santa Fe, 2008, p. 81, nro. 1 de la glosa al art. 5º.

(54) WEINGARTEN, Celia y ots., "Derecho del consumidor", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 249, nro. 10.b).

(55) En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/p.geriatricos-contingencia_1.pdf; Para la Provincia de Buenos Aires: https://portal-coronavirus.gba.gob.ar/sites/default/files/Protocolo%20para%20la%20prevencio%CC%81n%20y%20control%20de%20COVID-19%20en%20adultos%20mayores.%2060%20an%CC%83os%20o%20ma%CC%81s%2030.05.pdf.

personas hipervulnerables **(56)**, lo que convoca a la aplicabilidad del art. 1725, pues agrava el juzgamiento del deber de previsión **(57)** y obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

(56) Resolución 139/2020 del 27 de mayo de 2020, de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo. En su art. 1º, dispone: "Establécese que a los fines de lo previsto en el art. 1º de la Ley 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores" y el art. 2º, inc. c, menciona entre las personas mayores de setenta años, entre las que pueden ser consideradas hipervulnerables.

(57) STIGLITZ, Gabriel, "El deber de seguridad en el derecho del consumidor" en STIGLITZ, G. - HERNÁNDEZ, C. A. (dirs.), Tratado de derecho del consumidor, Ed. La Ley, 2015, t. III, cap. XVIII.2, nro. 1. La circunstancia destacada en el texto ha sido especialmente tenida en cuenta en el Anteproyecto de Ley de Protección al Consumidor, elevado el 6 de diciembre de 2018 a los Ministerios de Justicia y de Producción y Trabajo, en cuyo art. 5º, inc. 8º se establece —como principio— que "el Estado y los proveedores actúan preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores". Si bien no se trata de un texto normativo vigente, se trata de un principio que puede iluminar las decisiones judiciales.

XI. El consejo anunciado

Tal como nos propusimos en el inicio de estas líneas no formularemos conclusiones. Son tan provisorias que no vale la pena hacerlo.

Sustituimos las conclusiones por el consejo: aprovechemos la postergación de las Jornadas para setiembre de 2022, para continuar la reflexión y convocar amablemente a los lectores a concurrir y a aportar la pluralidad del pensamiento doctrinal en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Mendoza los espera.

El anatocismo en las acciones de daños y perjuicios

Julián Emil Jalil (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto.— III. Caracteres de los intereses.— IV. Clases de intereses.— V. Diferentes tipos de tasas de interés.— VI. El anatocismo.— VII. La posibilidad de capitalizar intereses ante la interposición de la demanda y ante la liquidación judicial.— VIII. Conclusión.

I. Introducción

Si viviésemos en un contexto económico y financiero similar al de muchos otros países, incluso vecinos, es probable que estas cuestiones no tuvieran mayor relevancia. Sin embargo, desde hace muchos años, la constante pérdida de valor adquisitivo de la moneda ha derivado en muy altas tasas de interés bancarias (aun las teóricas de descuento de la banca oficial). Tasas que, evidentemente, tienen un importante ingrediente que busca compensar la inflación **(1)**.

II. Concepto

La temática de los intereses reviste importancia capital en el derecho privado. Busso los definía como "[l]os aumentos que las deudas pecuniarias devengan en forma paulatina durante un tiempo dado, sea como precio por el uso de un dinero ajeno o como indemnización por un retardo en el cumplimiento" **(2)**.

Enseñan Pizarro y Vallespinos que "los intereses se generan en forma gradual y paulatina a través del tiempo, en función de un capital, de una tasa y (agregamos como dato relevante) de otros parámetros que, computados debidamente, pueden tener fuerte incidencia en la determinación del precio de la liquidez ajena" **(3)**.

III. Caracteres de los intereses

Los intereses son *pecuniarios*, pues se derivan necesariamente de la obligación dineraria a la que acceden. Participan de las notas informantes de las cosas accesorias (conf. art. 230, Cód. Civ. y Com.), en tanto su existencia y su naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen, lo cual se deriva de la identidad de naturalezas que lo igualan al capital. A mayor abundamiento, su régimen jurídico en sustancia es el del dinero, lo cual también es extremo informante en la norma citada anteriormente, v.gr., "su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario".

(*) Juez de segunda instancia en lo Civil, Comercial y Laboral; exjuez de primera instancia en lo Civil y Comercial; doctor en Derecho; especialista en Derecho Civil (U. de Salamanca); especialista en Derecho de Daños (UBA); posgraduado en Derecho Continental (U. de París); posgraduado en Derecho Constitucional (U. de Bologna); posgraduado en Derecho de los Contratos (UBA); posgraduado en Derecho de la Salud (UBA); profesor de grado y posgrado; investigador; autor de 15 obras jurídicas y de más de 150 artículos de doctrina.

(1) CNCiv., sala L, 30/10/2020, "F. R. E. c. C. A. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.", LA LEY online, AR/JUR/55015/2020.

(2) El autor recuerda, asimismo, otras definiciones. Así, por ejemplo, una atribuida a Messa, en los siguientes términos: "hay obligación de intereses cuando el deudor de una suma de dinero o de otra cantidad de cosas genéricamente designadas está obligado a pagar al acreedor, sobre aquella cantidad, una compensación por la privación de su uso, en cosas de igual género y calidad o en su equivalente pecuniario y en proporción a la cantidad debida principalmente y a lo que haya durado la privación de su uso"; así como otra de Ennecerus, que sostenía: "Se ha llamado interés a una cantidad de cosas fungibles que puede ser exigida como rendimiento de una obligación de capital, en proporción al importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización de él" (BUSSO, Eduardo, "Código Civil anotado", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1951, t. IV, p. 208).

(3) PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de derecho privado. Obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 397.

Son fijados en términos de *proporcionalidad* a la obligación principal y en función del tiempo, siendo esta característica la que suele diferenciarlos de otros frutos civiles, como el salario, las rentas de alquileres, los honorarios, etcétera **(4)**.

Por último, gozan de periodicidad, pues son abonados por el transcurso del tiempo. Empleando en otro sentido la metáfora luminosa de Rayces , las potestades sobre las cosas que constituyen la deuda de intereses nacen en el acreedor en forma paulatina, dada la naturaleza fluyente del derecho, que es abonado de continuo por el devenir del tiempo. Cuanto mayor es el lapso de tiempo, mayor es el interés.

IV. Clases de intereses

La clasificación de los intereses ha sido objeto de estudio tanto del derecho como de la economía.

Centrados en lo estrictamente jurídico, de acuerdo con su origen (es decir, la fuente de la cual emanan) pueden ser voluntarios **(5)** o legales **(6)**. De conformidad con su función económica (las miras o finalidad hacia la que se orientan) pueden ser compensatorios, moratorios o punitorios.

Pizarro y Vallespinos agregan un criterio de clasificación, distinguiéndolos en convencionales, legales y judiciales.

El correcto criterio de distinción ideado por los destacados maestros tiende a hacer lugar a la trascendente categoría de los intereses judiciales, que indefectiblemente serán legales o convencionales en su origen; no obstante, en esa puntual circunstancia, será la jurisdicción la que determine la tasa aplicable. Ello, dicho para dejar aclarado que en principio los jueces no pueden crear intereses allí donde la ley no los disponga ni las partes los hayan convenido.

Las clasificaciones son, en este supuesto, formas de delinear notas que constituyen la esencia de la figura, dando lugar a categorías complejas que participan de más de una de las variables, en función de las cuales son establecidas las distinciones. Por ejemplo: a) el interés inserto en una cláusula penal que fuese parte de un contrato de locación es convencional por su origen y punitorio por su función; b) el interés dispuesto en función del art. 1527 del Cód. Civ. y Com. en el contrato de mutuo, el cual se presume oneroso, es legal por su origen y compensatorio por su función, etcétera.

La ley no tiene por qué seguir los criterios clasificatorios de la doctrina de los autores, razón por la cual en esta materia diferencia entre intereses compensatorios, intereses moratorios e intereses punitorios **(7)**.

IV.1. Interés compensatorio

Es aquel que se adeuda en concepto de contraprestación o precio por el uso del capital ajeno. También es llamado lucrativo o retributivo, lo que resulta técnicamente más depurado, toda vez que refleja la idea de que quien lo adeuda mediante su pago retribuirá a quien le ha cedido el capital una suma equivalente al lucro que hubiese podido obtener de no haberse privado de él.

Se los asocia al "precio del dinero".

Constituyen la fibra más sensible de la noción de interés, pues se derivan del mero devenir temporal y, no obstante constituir un fenómeno propio del mundo de la cultura, visto que la es-

(4) PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 401.

(5) Son aquellos que tienen por fuente la voluntad de al menos una de las partes informantes de un acto jurídico. El interés voluntario suele ser convencional, dado que, de ordinario, las partes lo acuerdan en el ámbito de la autonomía de la voluntad propia de los contratos (conf. art. 958, Cód. Civ. y Com.). Sin perjuicio de ello, nada obsta a que surjan de una única voluntad generadora de un acto jurídico unilateral, por ejemplo "los podría instituir el testador en un legado" (OSSOLA, Federico A., "Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 324; PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 403).

(6) Son aquellos que reconocen su fuente directa en alguna disposición de la ley. El ordenamiento en múltiples oportunidades dispone que deben ser pagados intereses. Son intereses legales los consagrados en los arts. 133, 157, 1398 y 1570, Cód. Civ. y Com.

(7) JALIL, Julián E. – MAGRI, Eduardo, "Tratado de derecho de las obligaciones. Análisis exegético del sistema obligacional en el Código Civil y Comercial", Ed. 20XXI, Buenos Aires, 2020, ps. 511 y ss.

terilidad de las monedas impone que se erijan a partir de las potencias gestacionales del ingenio del hombre, su esencia es un reflejo genuino de la noción de los frutos, que por imperio de la dimensión temporal del existir ven la luz con naturalidad, constituyéndose en nuevas entidades sin necesidad de otro antecedente que no sea el capital les da la vida y el tiempo que les impone la dinámica propia del crecimiento.

Debemos decir que no existe interés compensatorio que no sea el acordado o el dispuesto por la ley. En este orden, el art. 767 del Cód. Civ. y Com. dispone que la obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

IV.2. Interés moratorio

También llamado resarcitorio o retributivo, se deriva de la mora del deudor en el cumplimiento de la obligación, razón por la cual, aun en ausencia de convención de parte, por principio general, su fuente es la norma; vale decir, son legales.

El incumplimiento priva al acreedor de su derecho a disponer en término del capital, lo cual, a partir de la constitución en mora, determina el nacimiento de una obligación de indemnizar el daño causado desde el momento en que su producción cobra entidad jurídica y se torna relevante.

Cuando derivan de actos ilícitos y no de acuerdo de partes, se los suele llamar indemnizatorios o resarcitorios.

Los intereses moratorios pueden ser tanto convencionales como legales. A los intereses moratorios convencionales se los denomina intereses punitorios.

Se deben desde la mora (conf. art. 768, Cód. Civ. y Com.) del deudor en el caso de las obligaciones convencionales (la mora es regulada por los arts. 886, 887 y 888, Cód. Civ. y Com.), rigiendo en nuestro ordenamiento, como principio, la mora automática. Cuando se trate de la obligación de reparar un daño, el curso de los intereses comienza desde que se produce el perjuicio (conf. arts. 1740 y 1748, Cód. Civ. y Com.).

El art. 768 dispone que a partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c) en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central **(8)**.

IV.3. Interés punitorio

El interés punitorio es el que se erige a modo de pena privada, cobrando el carácter de una verdadera sanción instrumentada mediante la fijación de accesorios gravosos al capital, con entidad suficiente como para inducir al cabal cumplimiento de la obligación, y en su defecto, escarmentarlo en modo contundente.

V. Diferentes tipos de tasas de interés

Las tasas de interés pueden ser clasificadas conforme a diversos criterios. Las categorías más frecuentemente usadas son:

- *Tasa activa y tasa pasiva.* La tasa activa es la que las entidades bancarias cobran a sus clientes por los créditos concedidos, mientras que la tasa pasiva es aquella que la entidad abona por las colocaciones dinerarias efectuadas por los ahorristas. La diferencia entre la tasa activa y la pasiva constituye lo que se llama *spread*, o ganancia.

- *Tasa fija y tasa variable.* La tasa de interés fija es aquella que permanece invariable durante el segmento temporal sobre el cual está destinada a regir. Es una tasa que funciona especialmente bien en marcos de estabilidad monetaria, previsibilidad en la evolución futura del costo del dinero y baja inflación. La tasa variable es aquella que puede modificarse tomando como referencia otras tasas representativas de la modificación del valor de otros bienes.

- *Tasa de interés simple y tasa de interés compuesto.* Tasa de interés simple es aquella en la cual el interés devengado por el capital no pasa a devengar intereses. Tasa de interés compuesto es aquella en la cual el interés devengado por el

(8) JALIL, Julián E. – MAGRI, Eduardo, ob. cit., ps. 515 y ss.

capital pasa a formar parte de este y genera intereses.

- *Tasa positiva y negativa*. Se denomina tasa de interés positiva aquella que se sitúa por encima del índice porcentual de depreciación monetaria. Por el contrario, cuando la tasa de interés es inferior al guarismo inflacionario, es denominada tasa negativa.

- *Tasa de interés nominal y tasa de interés real.* La tasa de interés nominal es el rendimiento monetario de la colocación dineraria, sin tener en consideración la variable inflacionaria o el rendimiento de otros activos. La tasa de interés real es el rendimiento efectivo, establecidas relaciones con otros bienes y servicios, esto es, teniendo en cuenta la inflación. Por ejemplo, si la tasa de interés nominal es del 15% y la inflación es del 5%, la tasa de interés real es del 10%.

- *Tasa de interés adelantado y tasa de interés vencido.* El interés vencido es aquel que se produce o paga una vez finalizado el plazo de la colocación. Por el contrario, el interés anticipado es el que es cobrado anticipadamente, al momento del otorgamiento del préstamo. Es la llamada tasa de descuento, situación que se da con frecuencia cuando un particular cambia títulos de crédito en el mercado. Por la entrega del cartular, suele recibir una suma inferior a la nominalmente consignada en el título. Ese es un interés cobrado anticipadamente.

- *Tasa de interés directo y tasa de interés sobre saldo.* Esta clasificación cobra importancia en las obligaciones pagaderas en cuotas. La tasa de interés directo se calcula sobre el total del capital, sin tener en cuenta la amortización que el pago de cada cuota efectúa sobre el capital. Por el contrario, la tasa de interés sobre saldo tiene en cuenta el impacto de los pagos efectuados en orden a la reducción del capital **(9)**.

VI. El anatocismo

Como con sencillez enseñaba Boffi Boggero, es anatocismo el interés del interés, es decir, la capitalización de los intereses. Los intereses ya vencidos se agregan al capital y producen a su vez, nuevos intereses **(10)**.

A renglón seguido el recordado maestro refiere citando la *Enciclopedia jurídica argentina* que el término derivaría del griego *anatokismos*, como conjunción de *ana* y *tokos*, vale decir, "repetición de la cosa producida" **(11)**. Sin poner en crisis ni mucho menos este criterio, otra explicación que preferimos podría ser que el término proviene de *αν* (en castellano "an") que literalmente es "por" o su derivación ανα (en castellano "ana") que en su función adverbial es "arriba" o "por encima" **(12)**, y *τοκος* (en castellano "tokos"), que puede se corresponde con "parto, nacimiento; época del parto; hijo; descendencia; producto, ganancia, interés" **(13)**. Ello así, la genealogía del término podría permitirnos sugerir que se trata de un interés "por encima" del interés en su manifestación simple. Un interés "potenciado", lo que se adapta plásticamente a la idea de "interés compuesto".

Por imperio del anatocismo, los intereses se acumulan al capital, constituyendo —al decir de Pizarro y Vallespinos— una nueva "unidad productiva de intereses" **(14)**.

Señala Wayar, en una afirmación que signa el derrotero del instituto: "El anatocismo acrecienta aceleradamente la deuda de dinero" **(15)**. Derivación frecuente de esta inteligencia es que se lo haya asociado casi automáticamente a la usura, habiendo entendido Llambías que la estructura negocial sobre la que reposa en el interés compuesto revela el apremiante estado de necesidad del deudor o la irrefragable ignorancia de la magnitud y las consecuencias del compromiso asumido, lo cual no puede sino traer aparejada la in-

(9) JALIL, Julián E. – MAGRI, Eduardo, ob. cit., ps. 519 y ss.

(10) BOFFI BOGGERO, Luis M., "Tratado de las obligaciones", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, t. 3, p. 403.

(11) CALANDRELLI, Matías, "Filología jurídica", en *Enciclopedia jurídica argentina*, II, año I, Buenos Aires, p. 6.

(12) PABON S. DE URBIBA, José, "Manual griego clásico-español", Ed. Vox, España, 2012, p. 37.

(13) *Ibid.*

(14) PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 430.

(15) WAYAR, Ernesto C., "Derecho civil. Obligaciones", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 533.

eficacia del acto **(16)**, algo que, conforme Barbero, luce al menos aventurado **(17)**.

El art. 770 del Cód. Civ. y Com. dispone: "No se deben intereses de intereses excepto que:

"a) Una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a seis meses;

"b) La obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de notificación de la demanda;

"c) La obligación se liquide judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo;

"d) Otras disposiciones legales prevean la acumulación".

El artículo ha merecido diversos comentarios que suelen confluir en la acertada idea de que el principio general continúa siendo el de la prohibición de la capitalización de intereses.

Esta afirmación luce más lógica que con la normativa anterior, pues el inc. a) consagra una limitación de carácter temporal, según la cual el plazo para la incorporación de los intereses al capital no puede ser menor a seis meses. Esto así, existe una declaración que proscribe el interés compuesto, con excepciones; y no obstante consagrar el inc. a) el acuerdo de partes, se establece una nueva restricción a la autonomía de la voluntad.

VII. La posibilidad de capitalizar intereses ante la interposición de la demanda y ante la liquidación judicial

VII.1. Posición que admite la capitalización de intereses solo cuando la obligación se haya liquidado judicialmente —art. 770, inc. c)—

Existe una posición que entiende que el anatocismo no debe ser aplicado desde la notificación de la demanda cuando la acción reposa sobre una obligación de las denominadas *deudas de valor*.

VII.1.a. Las deudas de valor

Las deudas de valor son aquellas en las que el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda (art. 772, Cód. Civ. y Com.).

Explica Pizarro que la obligación de valor tiene por objeto un valor abstracto o utilidad, constituido por bienes, que habrá de medirse necesariamente en dinero en el momento del pago. También se la denomina deuda de valor estable o deuda dineraria final. Lo adeudado no es una suma de dinero, sino un valor, que necesariamente habrá de medirse en dinero, en el momento del pago, dicen algunos, o cuando se practique la liquidación (convencional o judicial) de la deuda y se la traduzca en una suma de dinero, según otros **(18)**.

El Código las regula en el art. 772 en estos términos: "Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta sección".

La distinción entre deudas de dinero y de valor existe desde el punto de vista ontológico, porque hay una sustancial diferencia entre deber un *quantum* (deudas de dinero) y un *quid* (deudas de valor). En las primeras se debe una "cantidad de algo" que es dinero y en las segundas se debe otra cosa que es el "valor de algo".

La doctrina históricamente consideró deudas de valor las *indemnizaciones por daños y perjuicios*, como la que se presenta en este caso.

VII.1.b. Las indemnizaciones de daños y perjuicios como obligaciones de valor

Siguiendo este hilo argumental, se puede referenciar que en las XIX Jornadas Nacionales de

(16) LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II-A, nro. 931.

(17) BARBERO, Ariel E., "Intereses monetarios", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.

(18) PIZARRO, Ramón D., "Los intereses en el Código Civil y Comercial", LA LEY del 31/07/2017, 1, LA LEY 2017-D, 991, AR/DOC/1878/2017.

Derecho Civil, se concluyó que deben encuadrarse como obligaciones de valor las indemnizaciones de daños (mayoría: Bonino, Girotti, Salvatori, Compiani, Sagarna, Viale, Scotto Lavina, Castro, Márquez, Cornet, Borda, Cossari, Moia, Rey de Rinessi) y que el momento para la cuantificación de la deuda de valor es el determinado por las partes en el contrato, o la *sentencia* en el caso de deudas judiciales (unánime). Asimismo, se dijo que, al cuantificarse la deuda de valor, se aplican las disposiciones de las *obligaciones de dar dinero* (unánime) **(19)**.

VII.1.c. La inaplicabilidad del art. 770, inc. b), del Cód. Civ. y Com. a las deudas de valor

Entonces, cuando se persigue un resarcimiento *indemnizatorio*, puedo concluir que se trata de una *deuda de valor*. En este marco, el inc. b) del art. 770 del Cód. Civ. y Com., que admite la capitalización de intereses desde la notificación de la demanda, no debe ser aplicado, justamente por tratarse de una "deuda de valor".

Se arriba a esta conclusión por diversos motivos, entre los cuales puedo señalar:

- El art. 772 del Cód. Civ. y Com. establece, refiriéndose a las obligaciones de valor, que "[u]na vez que el valor es cuantificado en dinero se [les] aplican las disposiciones de esta Sección". Esa sección es en donde, justamente, está previsto el anatocismo y las excepciones a él, entre las que está el art. 770 del Cód. Civ. y Com. Vale decir que, al momento de interposición de la demanda, la deuda no era dineraria.

- Por otra parte, en los procesos judiciales por obligaciones de valor (como las indemnizaciones), no solamente se discute la existencia, vigencia y exigibilidad de la obligación, sino que también está controvertido el monto o extensión de ella. La extensión de la obligación, igual que su existencia, es de interpretación restrictiva (art. 727, Cód. Civ. y Com.).

- Muchas veces se llega al conflicto judicial, no porque el eventual deudor desconozca la existencia de la obligación, sino porque las partes no se ponen de acuerdo sobre el monto del crédito del acreedor. Sería injusto que el deudor sea penalizado con la capitalización de intereses cuando se niega a pagar la suma que el demandante pretende en forma unilateral.

- El anatocismo es regulado por el art. 770 del Cód. Civ. y Com., dentro de las normas que regulan las denominadas obligaciones dinerarias; mientas que las obligaciones de valor son incorporadas al Cód. Civ. y Com. en una norma (el art. 772, Cód. Civ. y Com.) que está ubicada posteriormente en el orden numérico ordinario de los artículos del Código. De tal forma, por la ubicación en el Código de las normas involucradas, el anatocismo permitido por demandas judiciales no debe comprender a las deudas de valor.

- Como regla general rige la prohibición del anatocismo, los supuestos excepcionales en que se permite la capitalización de intereses deben ser interpretados en forma estricta y restrictiva **(20)**.

- Una interpretación contraria provocaría que el inc. c) nunca fuera aplicable, pues como toda liquidación judicial se da, obviamente, en el marco de un proceso judicial. La aplicación literal del principio del inc. b), convertiría en letra muerta el inc. c).

En definitiva, no correspondería la aplicación del inc. c) del art. 770 del Cód. Civ. y Com., porque este se utiliza a una situación específica, como es la existencia de una "liquidación judicial" y no genérica como es una "demanda judicial".

Tal carácter de "específico" y "genérico" surge del hecho de que una liquidación judicial siempre ocurre dentro de una demanda judicial, pero una demanda judicial no siempre finaliza con una liquidación judicial. Es decir, aunque parezca una situación poco común, el inc. b) solo es

(19) XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Deudas de dinero y deudas de valor. Alcance de la distinción y posibilidad de suprimirla", LA LEY 149, 952; *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales*, t. III, 01/01/2009, 7; AR/DOC/3432/2009.

(20) GUFFANTI, Daniel B., "La demanda judicial como excepción a la prohibición del anatocismo; su inaplicabilidad a las obligaciones de valor", ponencia presentada en la JNDC, La Plata, 2015, *http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar.*

aplicable en los casos en que no haya una liquidación judicial **(21)**.

En este orden de ideas, se ha dicho que la exigibilidad del crédito está supeditada al reconocimiento judicial, de modo que al momento de interposición de la demanda el título de la obligación no contenía intereses previamente exigibles que razonablemente deban acumularse al capital para generar a su vez un interés compuesto **(22)**.

Desde esta perspectiva, las demandas de daños y perjuicios deben subsumirse en el art. 770, inc. c), del Cód. Civ. y Com., el cual autoriza la capitalización de intereses cuando la obligación se haya liquidado judicialmente, la que se producirá desde que el juez mande pagar la suma resultante, y el deudor sea moroso en hacerlo **(23)**.

VII.2. Posición que admite la capitalización de intereses desde la interposición de la demanda de daños —art. 770, inc. b)— y también desde la liquidación judicial

Esta posición, a la que adherimos, está sustentada en la letra de la ley que autoriza la capitalización desde la interposición de la demanda de daños y luego desde la liquidación. Explicaremos por qué procede el anatocismo ante la interposición de la demanda de daños y ante la liquidación y haremos referencia a la posibilidad de replicar en más de una oportunidad la capitalización de intereses en la liquidación judicial.

VII.2.a. La procedencia del anatocismo ante la interposición de la demanda de daños y ante la liquidación

Resulta evidente que el art. 770 en su redacción resulta confuso en los incs. b) y c) en torno a si se puede exigir en dos momentos del proceso la capitalización de intereses.

Al respecto, se pregunta Santarelli: "¿Procede el anatocismo en ambas oportunidades o bien una descarta a la otra?", y responde el jurista que, "en opinión de Pizarro, a partir del momento en que se notifica la demanda, opera la capitalización de intereses. De allí en adelante no hay más capitalización de intereses (...) hasta el momento en que se produzca la liquidación judicial de la deuda que pasamos a tratar (...). Cuando la deuda dineraria o de valor se liquide judicialmente, la capitalización de intereses procede a partir del momento en que el juez manda a pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo. En similar dirección se ha expedido Alferillo: (...) el monto original demandado puede sufrir al menos dos capitalizaciones: la primera, al notificar la demanda; la segunda, cuando se liquida la condena y el deudor, debidamente intimado no abona" **(24)**.

VII.2.b. Momento a partir del cual se pueden adunar intereses en la interposición de la demanda y en la liquidación

a) Interposición de la demanda. La capitalización que prescribe el art. 770, inc. b), del Cód. Civ. y Com. comprende el período que va desde la mora del deudor hasta la efectiva notificación de la demanda. En este sentido, la acumulación de los accesorios se produce desde la notificación de la demanda, lo que también equivale a sostener que es desde allí —traba de la litis— que los intereses se convierten en capital **(25)**.

b) Liquidación. En cuanto al momento en el cual pueden adunarse la capitalización, de intereses en la liquidación, algunos autores han considerado que basta la notificación en la que se corre vista de la liquidación al deudor para hacer

(21) PERUCCHI, Héctor, "El 'anatocismo' en el nuevo Código Civil y Comercial".

(22) CNTrab., sala X, 26/12/2019, "Peinado, Camilo E. D. c. Banco Patagonia SA s/ despido", RDLSS 2020-13, 58, AR/JUR/55369/2019.

(23) CNCom., sala C, 26/12/2019, "Marvocich, Miguel c. BBVA Consolidar Seguros SA s/ ordinario s/ inc. liquidación", AR/JUR/55887/2019.

(24) SANTARELLI, Fulvio G., "El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial", *Revista del Notariado*, 931 (ene.-mar. 2018), 12/07/2018; PIZARRO, Ramón D., ob. cit.; PIZARRO, Ramón – VALLESPINOS, Daniel, "Tratado de obligaciones", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. 1, p. 530; ALFERILLO, Pascual E., "Obligaciones", en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. 2, p. 118.

(25) C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala II, 13/08/2020, "Cooperativa de Trabajo La Hoja Ltda. c. Superclc SA s/ cobro ejecutivo", LA LEY online, AR/JUR/33197/2020.

nacer el derecho de capitalizar en la siguiente liquidación **(26)**.

Consideramos que es necesario que se haya cumplido con el recaudo vinculado con el requerimiento de pago al deudor, que es lo que en definitiva determina que se le imponga la obligación de abonar intereses sobre el monto total de la liquidación impaga.

Es que en el caso de la deuda liquidada judicialmente la capitalización solo procede cuando, aprobadas las cuentas, el juez manda a pagar la suma resultante y el deudor fuere moroso en hacerlo —art. 770, inc. c)—. Pero para que ello tenga lugar es menester que, una vez aceptada la cuenta por el juez, el deudor sea intimado al pago, pues solo si, entonces, este no lo efectiviza, cae en mora y, como consecuencia de la mora derivada de la nueva interpelación, debe intereses sobre el monto total de la liquidación impaga.

Es decir, ni esa comunicación ni la notificación de la resolución que aprueba los cálculos es hábil para encuadrar el caso en la excepción del art. 770 del Cód. Civ. y Com. ante los claros términos de las normas que requiere que el juez "manda pagar" **(27)**. En igual sentido, se ha dicho que el art. 770, inc. c) del Cód. Civ. y Comercial, autoriza la capitalización de intereses cuando la obligación se haya liquidado judicialmente, la que se producirá desde que el juez mande pagar la suma resultante, y el deudor sea moroso en hacerlo **(28)**.

Este criterio ha sido seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, al compartir el dictamen de la procuradora fiscal, calificó de arbitraria la sentencia que aprobaba una liquidación practicada con anatocismo si el juzgador no tuvo en cuenta que la capitalización judicial de accesorios solo procede cuando, liquidada la deuda el juez mandase pagar la suma resultante y el deudor fuese moroso en hacerlo. Según se dijo en el referido precedente, para que eso ocurra una vez aceptada la cuenta por el juez el deudor debe ser intimado al pago, pues solo si este no lo hace efectivo cae en mora y debe intereses sobre el monto total de la liquidación **(29)**.

VII.2.c. La posibilidad de replicar en más de una oportunidad la capitalización de intereses en la liquidación judicial

El art. 770 del Cód. Civ. y Com. se ha pronunciado a favor de la posibilidad de la reiteración de la capitalización en tanto se mantenga la contumacia del deudor, empero se ha señalado la posibilidad de llevar a resultados abusivos, por lo cual se propone, ante el silencio de la ley, aplicar análogamente la pauta del art. 770, inc. a). Sin embargo, cabe sustentar la veda a la reiteración del proceso acumulativo de intereses al capital, y ello así por razón de que o bien se está ante un insolvente, o bien el acreedor no es diligente al momento de ejecutar su crédito, con lo cual en la mayoría de los casos carece de sentido permitir mecanismos de engrosamiento de deudas sin utilidad **(30)**.

(26) JUÁREZ FERRER, Martín, "Capitalización de intereses en juicio", LA LEY online, AR/DOC/2519/2017; PIZARRO, Ramón D., ob. cit.; CNCiv., sala I, 20/11/2020, "Olivera, Marta y otros c. OSPERYH Obra Social de Personal de Edif. de Renta y Horiz. y otros s/ daños y perjuicios", LA LEY online, AR/JUR/63484/2020.

(27) TRIGO REPRESAS, Félix A., en ALTERINI, Jorge H. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 213; CNCiv., sala I, 20/11/2020, "Olivera, Marta", cit.

(28) CNCom., sala C, 26/12/2019, "Marvocich, Miguel", cit.

(29) CS, 20/12/2016, "Elena M. Aranda y otro c. Luis Á. Ferreyra y/o Batallón de Ingenieros de Combate 141", Fallos 339:1722.

(30) SANTARELLI, Fulvio G., ob. cit. Aduna el autor que la cuestión ya se discutía con el art. 623 del Cód. Civil, que establecía como excepción al principio que vedaba el anatocismo: "cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare, y el deudor fuese moroso en hacerlo". Ya entonces, se preguntaban los autores si los intereses posteriores a esta intimación se podían acumular. En tal sentido, Busso señalaba, con aquel texto legal, que la liquidación de deuda intimada judicialmente se practicaba con posterioridad a la sentencia que reconocía el crédito, y que era la última y única oportunidad de incorporar los intereses al capital; luego, los intereses se devengarían en forma simple. Llambías no compartía tal limitación, dejando a salvo la posibilidad de la reiteración del procedimiento de capitalización de los intereses devengados con posterioridad. Con cita en: BUSSO, Eduardo B. (colabs.: Acuña Anzorena, Guillermo et al.), comentario al art. 623, en *Código Civil anotado*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1951, t. 4, § 71, p. 333; OSSOLA, Federico A., ob. cit., p. 338; PIZARRO, Ramón D. – VALLESPINOS, Daniel, "Tratado…", ob. cit., p. 532.

Así lo ha entendido la jurisprudencia, al precisar que si bien en los casos de capitalización convencional la norma es clara en cuanto admite la acumulación con una periodicidad no inferior a seis meses, no surge expresamente del inc. b) bajo estudio si esta procede una sola vez o sucesivamente. Sin perjuicio de ello, es lo cierto que la notificación de la demanda se produce por una sola y única vez, pues el acto de notificar la demanda, también es único en el proceso ejecutivo. Por ello, desde la puesta en mora del deudor hasta la traba de la *litis*, se procederá capitalizar cada seis meses, salvo que exista abuso de este derecho (art. 10, Cód. Civ. y Com.). Los posteriores intereses durante el curso del proceso ya no se capitalizarán, sino que se irán devengando como interés simple **(31)**.

VII.2.d. La posibilidad de capitalizar de oficio

Los jueces pueden capitalizar de oficio y ello no menoscaba el principio de congruencia, pues los accesorios comprenden la reparación integral prevista en el art. 1740 del Cód. Civ. y Com. En este orden y con buen tino la magistrada Cordon Ferrando ha precisado que no se evidencia una violación evidente del principio de congruencia, conforme expone el apelante, derivada del hecho de que el *a quo* dispusiera la capitalización de intereses sin petición de la accionante. Ello, ya que, al demandar la actora el pago de intereses, tal reclamo global comprende en su seno el de aplicación de la totalidad del régimen legal que regla la aplicación de tales accesorios, hallándose entre tales normas el art. 770, Cód. Civ. y Com. **(32)**.

(31) C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala II, 13/08/2020, "Cooperativa de Trabajo La Hoja Ltda.", cit.

VIII. Conclusión

A modo conclusivo debemos precisar que en un país de arraigada inestabilidad monetaria la capitalización de intereses importa un mecanismo eficaz para evitar la especulación financiera. A través de ella se castiga al deudor remiso a hacer frente a su obligación legal, y constituye una recompensa para el acreedor que tuvo que transitar por un proceso judicial (incluida la liquidación judicial de la deuda), para poder efectivizar su crédito.

Desde nuestra perspectiva, la capitalización del art. 770, inc. b), opera desde la notificación de la demanda, y la capitalización del art. 770, inc. c), procede cuando, aprobadas las cuentas, el juez manda a pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo —art. 770, inc. c)—. Con relación a este último supuesto, como ya dijimos, es necesario que el deudor sea intimado al pago, una vez producida la mora ante el incumpliendo de esa manda se pueden adunar los intereses sobre la liquidación que aún no ha sido pagada.

(32) CApels. Trelew, sala A, 07/09/2020, "S., F. c. A., D. M. s/ cobro de pesos e indemnización de ley", LA LEY online, AR/JUR/47816/2020 (voto de la Dra. Cordón Ferrando).

Sobre el destino de los daños punitivos: su asignación mixta

Marcelo C. Quaglia (*)
Franco Raschetti (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Tesis que niega el destino de la multa civil al consumidor.— III. Tesis que destina la totalidad de la multa civil al consumidor.— IV. Tesis que propone la decisión judicial mediante resolución fundada.— V. Tesis del destino mixto de la multa civil.— VI. Nuestra postura.— VII. Breve colofón.

I. Introducción

Aun con anterioridad a su reconocimiento legislativo, el instituto del daño punitivo ha sido materia de arduos debates y planteos **(1)**. Lamentablemente, su consagración legislativa **(2)** no ha aportado mayor claridad en el tema, generando nuevos cuestionamientos e interrogantes que se han adicionado a los ya existentes **(3)**.

Hoy nos abocaremos a una cuestión en particular de los daños punitivos, que es materia de encendidos debates, como es el destino de la suma asignada en tal concepto y que, a nuestro entender, resulta de gran relevancia para determinar la eficacia de la institución jurídica, una eficacia que a través de una errónea mirada sobre la eventual potestad que detenta el juzgador al momento de determinar el destino del monto de la sanción que impone, queda soslayada. Es que, muchas veces y a partir del yerro de ponderar la situación desde una concepción resarcitoria, se considera que el daño y la reparación deben articularse en términos equivalentes, correspondiendo a aquel una indemnización resarcitoria que lo compense con plenitud y vuelva las cosas al estado anterior de la ocurrencia del nocimiento **(4)**, agotándose allí la satisfacción del interés del actor afectado.

(*) Juez Civil y Comercial; magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral); especialista en Derecho de Daños (UCA); director en la Carrera de Especialización en la Magistratura (UCA); director del Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santa Fe; miembro del Instituto Argentino de Defensa del Consumidor; profesor ordinario de Derecho del Consumidor y de Contratos Civiles y Comerciales - Parte General y Especial (UCA).

(**) Abogado graduado con diploma de honor (UCA Derecho, Rosario); especialista en Derecho de Daños (UCA Derecho, Rosario); profesor asistente interino de Contratos - Parte General, Contratos - Parte Especial y Derecho del Consumidor y del Usuario (UCA Derecho, Rosario); doctorando en Derecho (tesis doctoral presentada, UCA).

(1) Baste a título meramente ejemplificativo referir al debate que se generara en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Santa Fe en el año 1999. El debate que se generara en la comisión 10 ("Derecho privado comparado. Las penas privadas") evidenció diversas posiciones en nuestra doctrina vinculadas con el instituto en análisis cuyas conclusiones pueden consultarse en *https://jndcbahiablanca2015.com/?cat=17*.

(2) Regulando el daño punitivo en el ámbito de las relaciones de consumo en el año 2008 a través de una modificación de la ley 24.240 (ley 26.361), norma que, con bastantes similitudes, a pesar de las críticas que sufriera su redacción, se reitera en el ámbito de la defensa de la competencia en la ley 27.442, del año 2018.

(3) Memoramos que en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas 20 años después de las citadas y también en la ciudad de Santa Fe, volvió a analizarse el instituto, generando nuevos y enriquecedores debates en el ámbito de la comisión 4, "Daños punitivos" (cuyas conclusiones pueden consultarse en *http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/XXVII-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-2019.pdf*).

(4) SHINA, Fernando E., "Apuntes críticos al Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Los primeros diez años de los daños punitivos. No dejemos que sean los últimos", RCCyC 2019 (oct.), 218, AR/DOC/2580/2019.

Ante tal supuesto se evidencia cierta reticencia (que cabe destacar que lentamente comienza a superarse) a imponer sanciones de cierta relevancia, quizá bajo el reparo inconsciente de que dichas sumas incrementarán —en teoría— indebidamente el patrimonio de la víctima, patrimonio que se considera ya ha sido resarcido y, como consecuencia de ello, todo lo que supere la efectiva compensación trasuntará un enriquecimiento ilícito del legitimado activo.

Tenemos para nosotros que no es esta la respuesta que debe brindarse, ya que el análisis debe superar la óptica de una responsabilidad resarcitoria y adscribir a las finalidades que le son propias al instituto de los daños punitivos —a saber: sanción y prevención—. Justamente desde dicha visión es que puede además admitirse que la multa civil tenga diferentes destinos a aquel que se ha interpretado mayoritariamente en nuestro medio, a nuestro entender, de manera incorrecta, y que intentaremos reformular en estas líneas.

Pasemos entonces al análisis.

II. Tesis que niega el destino de la multa civil al consumidor

Una primera postura señala que el destinatario de la norma no puede ser el consumidor accionante. Se sustenta tal postulado en que este, al recibir un monto mayor al de la reparación plena, se estaría enriqueciendo sin causa **(5)**. Al respecto, señala Díez-Picazo que si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito conceptos que vayan más allá del importe del daño efectivamente causado y la medida de su reparación, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo, al Tesoro Público **(6)**. También Gregorini Clusellas se muestra cauteloso al respecto, aunque acercándose a la postura del destino mixto, arguyendo que las víctimas deberían ser destinatarias en forma parcial, pero tal vez no exclusiva **(7)**.

Conforme a esta tesitura, nos encontraríamos ante una variación en el patrimonio de una persona el cual no reconoce una causa jurídica; por lo tanto, el ordenamiento no puede aprobarla y el efecto jurídico consiguiente será la restitución por el beneficiado de lo mal habido **(8)**. Arraiga fuertemente en esta tesis la idea de que el interés privado del consumidor halla suficiente satisfacción con la reparación integral propia de la responsabilidad civil la cual encontraría su valladar en el resarcimiento del daño patrimonial y no patrimonial sufrido, proyectando el daño punitivo sus virtualidades hacia actores distintos de este, cuales serían el Estado, entidades de beneficencia y fondos especiales de garantía o de reparación para supuestos similares.

Se verifica entonces que cala hondo en esta postura una fuerte vinculación entre la imposición de la sanción punitiva con la reparación de los daños que pudieren haber tenido lugar como consecuencia del accionar del proveedor, incidiendo la extensión resarcitoria de modo central en el destino del daño punitivo ya que, cualquier asignación pecuniaria que excediere a dicha reparación, resultaría reñida con principios y garantías constitucionales. Y es que, en esta tónica, las únicas sumas de dinero que cabría destinar al consumidor habrán de resultar a título de indemnización y, por el contrario, las resultantes de la sanción a la inconducta del proveedor habrían de tener un destinatario diferente a los fines de evitar un enriquecimiento ilícito e indebido del consumidor que vulnere la garantía de la igualdad y propiedad consagradas en nuestra Carta Magna.

(5) MOISÁ, Benjamín, "Los llamados daños punitivos en la reforma de la ley 24.240", RCyS 2008-271, AR/DOC/1481/2008.

(6) Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, "Derecho de daños", Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 46.

(7) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "El daño punitivo y la sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada", RCyS 2013-X, 15, AR/DOC/3405/2013.

(8) Tal es la conceptualización del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones que se propone en ALTERINI, Atilio A. – AMEAL, Oscar J. – LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, 2ª ed., p. 740. Recordemos que en el Cód. Civ. y Com. el enriquecimiento sin causa se encuentra receptado en el art. 1794, el cual reza: "Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda".

El destino de la suma otorgada judicialmente se ve atado entonces a la naturaleza que ella reconoce: de ser resarcitoria se le asigna al consumidor y habrá de encontrar causa suficiente en un nocimiento cuya reparación se persigue para así justificarse adecuadamente el desplazamiento patrimonial; por el contrario, de tender a la sanción punitiva, se veda dicha opción por exceder el marco de asignación factible y el juzgador habrá de erigir otro sujeto como beneficiario de la suma definida.

El "camino" para efectivizar en la práctica esta tesis es que, el desplazamiento patrimonial infundado apareja la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240 en el entendimiento que establece el destino de la multa civil exclusivamente a favor del consumidor al permitir una irrazonable disminución del patrimonio del demandado violentando el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la CN **(9)**. A partir de dicha declaración de inconstitucionalidad de la norma, el intérprete se ve liberado de recurrir a la opción del destino exclusivo al consumidor del monto de la multa y, para integrar la norma tras la desestimación de su texto por la mentada inconstitucionalidad, podrá el juzgador decidir el destino de la condena en sujetos de derecho —personas humanas o jurídicas— diversos del consumidor reclamante.

Cabe destacar que este achaque de inconstitucionalidad difiere de aquellos de carácter general que se le endilgan a la figura, incluso obrantes en pronunciamientos judiciales **(10)**, y que se fundan en el hecho de que el art. 52 bis de la ley 24.240 es inconstitucional por tener naturaleza penal y por lo tanto no ser de aplicación en sede civil. Asimismo, en virtud de dicha naturaleza penal debe cumplirse con el principio de legalidad, que se ve vulnerado por una norma laxa que permite englobar conductas de la más diversa gravedad. Dicha postura no admite la procedencia de la figura en el entendimiento que desconoce las garantías constitucionales que en dicho ámbito rigen (principio de legalidad y reserva de ley, *non bis in idem*) como así también la violación de la garantía de la igualdad ante la ley por disponer el destino exclusivo al consumidor **(11)**. Este planteo se engloba en una discusión aun mayor como es la adecuación constitucional de la figura, polémica que excede el contenido de estas líneas y que se corresponde con otro debate que no pretendemos abordar aquí **(12)**.

En suma, el planteo que pretendemos explicitar en este acápite usualmente admite la constitucionalidad *in genere* del instituto del daño punitivo, pero adopta un enfoque restrictivo en orden al destino de la multa en donde sí entra a tallar un achaque de orden constitucional en relación con la asignación exclusiva al consumidor que parece determinar expresamente la norma.

III. Tesis que destina la totalidad de la multa civil al consumidor

Por el contrario, otros autores **(13)** se pronuncian por la factibilidad y conveniencia de que

(9) Ver lo ocurrido en el voto en disidencia del Dr. Moisá en autos: CCiv. Com., Tucumán, sala II, 27/07/2017, "Esteban, Noelia E. c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAG s/ daños y perjuicios", LA LEY online AR/JUR/44604/2017, en el cual se declara de oficio la inconstitucionalidad parcial del art. 52 bis, aunque al momento de fallar el vocal culmina otorgando parte de la condena punitiva al consumidor.

(10) Ver el voto del Dr. Picasso en CNCiv., sala A, 28/10/2019, "Grauberger, Claudio O. c. FEMSA de Buenos Aires SA s/ daños y perjuicios", LA LEY online AR/JUR/45953/2019.

(11) PICASSO, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor 2008 (abril), 123, AR/DOC/1018/2008; *id.*, "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado", DCCyE, 2012 (oct.), 82, AR/DOC/5132/2012; *id.*, "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCyS, 2015-IV, 5, AR/DOC/557/2015; *id.*, "Sobre los denominados 'daños punitivos'", LA LEY 2007-F, 1154, AR/DOC/3272/2007, entre otros.

(12) Disentimos con tal posición, para profundizar el tema puede consultarse: RASCHETTI, Franco, "Acerca de la constitucionalidad y el carácter autónomo de los daños punitivos", LA LEY 2020-A, 473, AR/DOC/4120/2019; CONDOMÍ, Alfredo M., "Acerca de la constitucionalidad del daño punitivo o multa civil en el derecho del consumo argentino", *www.saij.gob.ar* Id SAIJ: DACF170420, entre otros.

(13) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", ob. cit.; "Los daños punitivos", ob. cit.; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", LA LEY, 2010-F, 397, AR/DOC/7805/2010; COLOMBRES, Fernando M., "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2008-E, 1159, AR/DOC/2470/2008.

la totalidad del monto del daño punitivo le sea atribuido al consumidor. Quienes piensan en el damnificado como destinatario de este concepto hacen hincapié en los incentivos de conducta y en las ventajas de estimular a los consumidores a prevenir y sancionar el accionar ilícito de los proveedores.

En el año 2019, en el marco de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Santa Fe, se concluyó en la Comisión N° 4 en despacho mayoritario que "es adecuado que los daños punitivos sean destinados a favor del consumidor" (conclusión 18). Anteriormente, podemos recordar, como enmarcadas en esta corriente, las XXII Jornadas de Derecho Civil (Córdoba, 2009) en donde se concluyó que destinar la multa civil al consumidor no genera indebido enriquecimiento: la ley considera el grave ilícito del proveedor como justa causa —motivo legítimo— para el desplazamiento patrimonial, lo cual desecha el cuestionamiento de la tesis descripta previamente y autoriza al abono de la totalidad de la sanción al consumidor.

Sobre el particular se suelen citar las palabras de Pizarro **(14)**, para quien nada impide, técnicamente, que una pena civil pueda ser destinada a la víctima y adicionarse a la indemnización de daños y perjuicios dado que no existe obstáculo alguno para que una ley pueda autorizar puniciones pecuniarias en casos de graves inconductas, ni para que dichos montos se destinen a los propios damnificados. También se ha justificado esta tesis argumentando que, en la opción, es preferible enriquecer a quienes revelaron ser altruistas que dejar impunes conductas reprochables **(15)** y que la posibilidad de ser destinatario de la multa funcionaría como incentivo y estímulo que implica dicha solución para que los consumidores efectivamente planteen su procedencia **(16)**.

También se ha descartado el enriquecimiento ilícito generado por la asignación exclusiva al consumidor del daño punitivo en atención a que al proveedor sancionado le resulta totalmente indiferente cuál es el destino de la multa, de manera que su derecho de propiedad no estaría afectado; el consumidor en cuyo favor se fije la multa civil no obtiene un beneficio patrimonial injustificado, porque la elección hecha por el legislador (art. 52 bis, LDC, junto con los arts. 1711 y 1712, Cód. Civ. y Com., por la virtualidad preventiva del instituto) en el sentido que aquí se examina es suficiente antecedente **(17)**.

En adición a ello, se inclinan los autores en tren de colegir que esta es la tendencia que se desprende de la lectura textual del art. 52 bis de la LDC el cual norma que "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor", de idéntico modo a lo que acontece en el texto de la ley 27.442 de Defensa de la Competencia en su art. 64: "serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente", replicando casi de modo íntegro el texto de la norma consumeril —y a pesar de las críticas que sufriera su redacción **(18)**—.

Así, jurisprudencialmente se ha argüido que lo decisivo es que la norma vigente determina de modo cerrado el destino exclusivo para el consumidor apartándose de criterios mixtos **(19)** y

(14) PIZARRO, Ramón D., "Daño moral", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 535. Misma postura sostuvo el autor en "Daños punitivos", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) – PARELLADA, Carlos A. (coord.), "Derecho de daños. Segunda parte", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, ps. 334-336.

(15) SPROVIERI, Luis E., "La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino", JA 2011-IV, 930, 0003/015188.

(16) LÓPEZ HERRERA, Edgardo S., "Los daños punitivos", ob. cit., p. 319.

(17) BARREIRO, Rafael F., "La constitucionalidad del destino de la multa civil de la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2017-E, 125, AR/DOC/2299/2017. Asimismo: CNCom., sala F, 13/12/2018, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur (PROCONSUMER) c. OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) s/ Sumarísimo", AR/JUR/84822/2018.

(18) "La legislación vigente resulta insuficiente para brindar un marco jurídico adecuado a la regulación de los daños punitivos", conclusión unánime de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 4.

(19) CCiv. Com. Morón, sala II, 10/09/2020, "García, Hernán F. c. Frávega SACIEI y otro/a s/ daños y perj. incump. contractual (exc. estado)", RCyS, 2020-XI, 182, AR/JUR/36875/2020; *id.*, 03/09/2020, "Andino, Claudio E. c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ materia a categorizar s/ incidente del art. 250 del Cód. Proc. Civ. y Com.", LA LEY online AR/JUR/38077/2020; C1ª Civ. Com. Bahía Blanca, sala I, 20/04/2017, "P., D. A. c. Banco Supervielle SA y otro s/ daños y perjuicios", RCyS, 2017-VIII, 159, AR/JUR/9748/2017; CCiv. Com. Azul, sala II, 04/02/2021, "Cheves, José Cruz c. Frávega SACIEI s/ daños y perjuicios incump. contractual (exc. Estado)", causa 2-66398-2020.

que la determinación del destino es un aspecto librado esencialmente al arbitrio legislativo **(20)**. En tal sentido, "y por más críticas que se observen al art. 52 bis LDC, como a la deficiente técnica legislativa oportunamente denunciada (...), lo cierto es que la referida ley legitima y destina la multa civil a favor del damnificado-consumidor, que por más que resulte una solución sumamente cuestionable la misma es *de lege lata*" **(21)**. Asimismo, "la procedencia de la condena a favor del consumidor surge de la clara disposición del art. 52 bis LDC la ley es terminante al respecto, no obstante que existen posturas doctrinarias encontradas al respecto" **(22)**.

De este modo, la aparente claridad de la norma **(23)**, sumada a la exigencia de petición de parte por parte del damnificado, conllevarían para esta tendencia una definición rotunda del legislador en materia de destino de la multa civil, lo cual inhabilita mayores debates o dudas salvo que, en el caso particular, se presenten cuestionamientos de índole constitucional **(24)** que hagan que el articulado legal devenga en reñido con el texto constitucional nacional, lo que le imprime al juzgador el deber de expedirse sobre dicho desajuste y así ponderar, en definitiva, la adecuación constitucional de lo plasmado legislativamente.

Tampoco podemos dejar de reseñar que esta opción, amén de las precisiones que anteceden, facilita la distribución de la suma en caso de pluralidad de actores **(25)**, o la instancia de ejecución de sentencia excluyendo rendiciones de cuentas de sujetos que no han sido parte del proceso judicial y reduciéndose al abono de una suma de dinero que, las más de las veces, se aneja a una condena de resarcimiento de daños y perjuicios. Entonces aparece, en los hechos, como la opción más simple para los operadores jurídicos intervinientes ya que, por un lado, la actividad del accionante se endereza a lo largo de todo el proceso en miras de obtener *in totum* la suma solicitada en oportunidad de impetrar la demanda y, por el otro, la decisión jurisdiccional reposa en una directiva legal que —en apariencia— no logra ser conmovida por las desavenencias interpretativas que la doctrina ha esbozado a su derredor.

Siguen esta línea los actuales Proyectos de Código de Defensa del Consumidor —en trámite parlamentario **(26)**— los cuales, en un texto coincidente en materia de daño punitivo, determinan en su art. 118, inc. 3º, que cuando la sanción "sea solicitada por los consumidores, en acciones individuales o colectivas, la multa civil será aplicada a favor de estos. En el caso de los restantes legitimados activos **(27)**, se destinará

(20) CCiv. Com. Azul, sala II, 30/04/2020, "Martínez, Esteban c. Telecom Personal SA y otro/a s/ daños y perj. del./cuas. (Exc. uso aut. y Estado)", RCyS, 2020-VIII, 111, AR/JUR/15366/2020; *id.*, 28/08/2018, "O., M. del R. c. AMX Argentina (Claro) SA s/ daños y perjuicios", RCyS, 2018-X, 146, AR/JUR/46959/2018.

(21) C3ª Civ. Com. Min. Paz y Trib. Mendoza, 06/06/2012, "Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y otros c. Instituto Provincial de Juegos y Casinos s/ amparo", LA LEY online: AR/JUR/41938/2012.

(22) Juzg. Civ. Com. 5ª Nom. Córdoba, 23/03/2011, "Teijeiro o Teigeiro, Luis M. c. Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG", LA LEY, 2012-C, 64, AR/JUR/12898/2011. Ello, para el juzgador, da por tierra con el argumento de la generación de un enriquecimiento sin causa en favor del actor denunciado por la demandada.

(23) Otaola comenta que en el régimen vigente el destino es exclusivamente a favor del consumidor (OTAOLA, María A., "La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino", *Revista de la Facultad*, vol. V, nro. 1, Nueva Serie II, 2014, p. 145).

(24) Ver, p. ej., voto de la mayoría en el precitado CCiv. Com. Tucumán, sala II, 27/07/2017, "Esteban, Noelia E.", en donde puede leerse: "Sin embargo nuestra legislación ha definido la cuestión a favor del damnificado, solución que puede ser cuestionable o con la que puede no coincidirse, pero que no se presenta como incompatible con los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional".

(25) En un caso, en el cual los actores eran tres personas físicas se resolvió que "La suma mencionada será repartida entre los actores en partes iguales" (CApels. Comodoro Rivadavia, sala A, 15/09/2017, "Paz, Jorge A. c. Volkswagen de Argentina SA s/ sumarísimo", LA LEY online, AR/JUR/62506/2017).

(26) Exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020. En referencia a él, puede consultarse, HERNÁNDEZ, Carlos A. – JAPAZE, María B. – OSSOLA, Federico A. – SOZZO, Gonzalo – STIGLITZ, Gabriel A., "Hacia el Código de Defensa del Consumidor", LA LEY del 15/03/2021, 1, AR/DOC/592/2021.

(27) En las acciones individuales pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal, en las colectivas los afectados que demuestran un interés razonable, el defensor del Pueblo de la Nación y los defensores del Pueblo de las provincias y de los municipios, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores recono-

a un fondo especial que será administrado por la ANCON si la acción se sustancia en el Fuero Federal, o la Autoridad de Aplicación Provincial correspondiente si la acción se sustancia ante los Tribunales Provinciales, las que deberán implementar políticas de prevención en la comisión de conductas similares a las que dieron origen a la sanción, en un plazo de 90 días de percibido su importe, informando públicamente todo lo obrado al respecto".

Entendemos que, no obstante, lo dicho, los términos utilizados en la prematica consumeril autorizan hoy una nueva interpretación sistemática de ellos, integrándose con los demás cuerpos normativos y ponderando el plurijuridismo de este sistema en cuyo ámbito se produce el encuentro dialógico de sistemas jurídicos en un mismo lugar y tiempo **(28)**. Así el texto que en apariencia es unívoco, rotundo y definitivo en realidad no lo es tanto, sino que puede inferirse la posibilidad del destino mixto a través del articulado vigente lo cual resiente y hace mella en el fundamento esencial de esta postura que se apoya en la pretendida claridad del art. 52 bis. Volveremos sobre esta cuestión.

IV. Tesis que propone la decisión judicial mediante resolución fundada

Irrumpe esta posibilidad en nuestro medio a través del enriquecedor Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, el cual, en su extenso art. 1714, denominando al instituto sanción pecuniaria disuasiva y ampliando acertadamente su alcance más allá de las relaciones de consumo, determinaba que "la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada". Recordemos que además se propuso, muy atinadamente, el reemplazo del texto del art. 52 bis de la LDC por uno de similares características al del art. 1714, ponderándose al respecto que enervaría las críticas que se dirigen al enriquecimiento sin causa de la víctima a costa del sindicado responsable; y dejando en cabeza del juzgador la difícil tarea de decidir el destino que corresponda, atendiendo al caso concreto, aunque debiendo brindar fundadamente sus razones **(29)**.

Así, para esta corriente, se deja librado al arbitrio judicial la decisión sobre este aspecto, lo que permitiría una decisión "caso a caso" que tamice, en virtud las particularidades de cada uno de ellos, la conveniencia del destino que pudiere corresponder según a especiales finalidades que atiendan a la naturaleza del bien afectado, especialmente en materia de daños colectivos. Precisamente por dichas particularidades del caso concreto es que se barrunta la conveniencia de no precisar pautas rígidas por parte del legislador y diferir la ponderación de las distintas opciones posibles a manos de quien, en definitiva, debe decidir sobre la procedencia de la sanción a imponerse. Súmesele a ello que, en el seno de esta postura, hallan cobijo todas las tendencias que reseñamos en este opúsculo e incluso otras que puedan propiciarse en lo sucesivo siempre que, claro está, se fundamente adecuadamente la elección llevada adelante por el magistrado interviniente.

Sin embargo, ambos extremos —el art. 1714 del Cód. Civ. y Com. y la reforma al art. 52 bis de la LDC— fueron suprimidos en el dictamen de la Comisión Bicameral que examinó el Proyecto de Código, y tal supresión se mantuvo en la sanción de la norma por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores de nuestro Congreso Nacional **(30)** con una particularidad: no se incluyen en su texto a las sanciones pecuniarias disuasi-

---

cidas por la autoridad de aplicación, el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa y la autoridad nacional de aplicación y las locales.

(28) Se entiende por "plurijuridismo" o "pluralismo jurídico" "la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos" (NICOLAU, Noemí L., "El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización", en ALTERINI, Atilio A. – NICOLAU, Noemí L. [dir.], *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 423).

(29) OTAOLA, María A., "El régimen de responsabilidad civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la "sanción pecuniaria disuasiva", RCyS, 2015-I, 19, AR/DOC/4029/2014.

(30) Conforme reseña Picasso, las razones proporcionadas por la Comisión Bicameral para la supresión de la "sanción pecuniaria disuasiva" son —en el mejor de los casos— harto confusas. Ampliar en PICASSO, Sebastián, "Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial", RCyS, 2015-IV, 5, AR/DOC/557/2015.

vas **(31)** respetándose a pesar de ello el texto del proyectado art. 1715 pero dividido en dos artículos, 1714 y 1715 **(32)** con el objeto de evitar la tarea de numerar nuevamente todo el articulado del Código.

Esta posición nuevamente cobró actualidad gracias al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor **(33)** el cual, en su art. 118, pto. 3º prefijaba que "la sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada" **(34)**. Aunque, con una limitación en materia de prácticas abusivas ya que en el proyectado art. 27 determina que "en tal caso, el destino de la sanción punitiva deberá, al menos parcialmente beneficiar al consumidor afectado", adoptando un temperamento en materia de destino y prefijándolo cuando se verifique un supuesta de aplicabilidad de la sanción punitiva en materia de prácticas abusivas.

Tenemos para nosotros que la mención a la resolución fundada es, cuanto menos, superflua, siendo lo más relevante la opción decidida legislativamente de otorgarle al juez la posibilidad de asignar el destino de la sanción toda vez que mal podría existir una decisión jurisdiccional en tal sentido que no se halle debidamente fundada; ciertamente, todo decisorio judicial reconoce dicha exigencia sin necesidad de que en una norma de fondo se prefije tal requisito. No obstante, ello, podemos reconocer que la mención a la "resolución fundada" se explica desde las complejidades que el tópico del destino de la multa civil reconoce para sí con lo cual se pretende —creemos— que la facultad otorgada al juzgador vaya de la mano de una carga argumentativa calificada por la precitada dificultad del tema.

V. Tesis del destino mixto de la multa civil

Importante doctrina se ha inclinado por una tercera vía. Así, se ha considerado que lo axiológicamente correcto sería que el tribunal determine una porción que beneficie directamente al damnificado y que el resto se destinase a alguna organización de bien común o al propio Estado **(35)**. Zavala de González añade posibles destinatarios especiales como fondos de garantía, entidades u organizaciones con fines comunitarios o con finalidades vinculadas con el hecho lesivo **(36)**, entidades científicas, de bien público o fondos de garantías para víctimas de dañadores insolventes **(37)**, otros han propuesto que un cincuenta por ciento de la multa se asigne a un fondo estatal destinado a fines sociales —principalmente víctimas de violencia de género y asistencia para jóvenes sin cuidados parentales— **(38)** y hay quienes plantean que una parte se destine a solventar acciones de asociaciones de consumidores, a financiar programas de educación al consumidor o a fondos de garantía **(39)**.

Se razona que si el actor no recibe aunque sea un porcentaje de la multa, será muy difícil que

(31) Y he aquí otra particularidad, la ley 26.944 sobre Responsabilidad del Estado, determina en su art. 1º *in fine* que la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios, estableciendo una discutible exoneración sobre un instituto inexistente.

(32) COSSARI, Maximiliano N. G., en BUERES, Alberto J. (dir.), PICASSO, Sebastián – GEBHARDT, Marcelo (coords.), "Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 3-F, p. 114.

(33) Elaborado por una Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, creada en el marco de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, y del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Sobre él puede consultarse, con provecho: SANTARELI, Fulvio G. – CHAMATROPULOS, Demetrio A. (dirs.), "Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019.

(34) Se citan como fuentes que justifican la adscripción a esta postura el Proyecto de Código Civil y Comercial y el art. 1266-1 del Proyecto de Reforma de la Responsabilidad Civil presentado por el Ministerio de Justicia francés en marzo de 2017.

(35) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Derecho de consumo", Ed. Advocatus, Córdoba, 2008, p. 81.

(36) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Función preventiva de daños", LA LEY, 2011-E, 1116; "Relevancia cuantitativa del daño", RCyS 2012 (febrero), 95.

(37) CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Los daños punitivos en las normas de protección de la competencia y de los consumidores: análisis comparativo", Sup. Esp. Com. Ley de Defensa, 2018 (octubre), 457, AR/DOC/2121/2018, con cita de Zavala de González y González Zavala.

(38) TAGLIANI, María S., "Los daños punitivos en el derecho argentino", RCyS, 2016-X, 32, AR/DOC/2860/2016.

(39) BAROCELLI, Sergio S., "Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos", DCCyE, 2014 (feb.), 80, AR/DOC/4371/2013.

reclame ese rubro en su demanda, así como que desarrolle durante el proceso los esfuerzos probatorios necesarios para acreditar la configuración de la sanción. En tal sentido, se define que la mitad del monto vaya a quien solicitó la pena y la otra mitad se destine a engrosar las partidas presupuestarias correspondientes a educación, salud y justicia **(40)**.

Se ha ponderado que esta alternativa resulta valiosa porque le permite al juez compatibilizar el carácter sancionatorio y disuasorio de la indemnización punitiva sin perder de mira el incentivo que representa la percepción de una parte por el peticionante que promovió la demanda y arribó a la sentencia de condena, y que otra porción se destine a finalidades que atiendan a la naturaleza del bien afectado **(41)**. Irigoyen Testa barrunta que es aconsejable que, como mínimo, un porcentaje se destine a favor de la víctima, con el fin de crearle incentivos suficientes para que accione judicialmente y colabore en la producción de las pruebas conducentes a la condena por daños punitivos **(42)**.

A su turno, Chamatropulos advierte una interesante alternativa la cual contempla el supuesto de que los demandantes y sus abogados, ambos en su rol ciudadano y, por lo tanto, como agentes o motores del cambio social, tienen a disposición la alternativa de la oferta de donación de un porcentaje para garantizar el destino mixto de la condena por daños punitivos que obtengan **(43)** ocurriendo ello en un precedente jurisprudencial **(44)**.

Asimismo, recuerdan Junyent Bas y Garzino **(45)** institutos similares, teñidos de una visión solidarista y de destino mixto, por ejemplo, el art. 120 *in fine* de la ley 24.522, al consagrar una preferencia especial o el art. 224 de la ley concursal, cuando destina los dividendos caducos para la educación común. Dicho carácter solidarista-colectivo de la institución aparece como decisiva para autores como Brun quien justifica la pertinencia del destino mixto en que la finalidad de la sanción punitiva es solidarista y no individualista, pues persigue un ideal de justicia, a fin de desmantelar los efectos de ciertos ilícitos que por su grave antijuridicidad son intolerables para la sociedad, que es quien más interesada está en que dichos ilícitos no vuelvan a cometerse, paralelamente, si la totalidad del monto se destinara a entidades de bien común, esto desalentaría a los damnificados para demandar la multa civil **(46)**.

En las precitadas XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 2019) y, analizando el Anteproyecto en su primera versión, se concluyó en la comisión 4 por unanimidad que, en su texto, "contempla el destino mixto, explícito en el art. 27, e implícito en el art. 118" para luego sugerir distintas conclusiones —reiteramos, siempre en materia de Anteproyecto— dependiendo de la acción individual o colectiva que pudiere plantearse en el caso. Así, en cuanto a acciones individuales puede leerse que se "debería contemplar solamente el destino de los daños punitivos a favor del consumidor, de manera exclusiva" (mayoría); que se "debe contemplar expresamente un destino mixto, esto es, en parte debe beneficiar al consumidor y el juez debe decidir fundadamente el destino de otra parte de la sanción" (primera minoría) y que se "debe contemplar expresamente un destino mixto, esto es, en parte debe beneficiar al consumidor, y la ley debe fijar

(40) SOBRINO, Augusto R., "Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad", JA 1996-III, 976, AR/DOC/131/2009.

(41) GALDÓS, Jorge M., "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", en STIGLITZ, Gabriel E. – HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, ob. cit., t. III, p. 259 y ss; GALDÓS, Jorge M. – BLANCO, Gustavo H. – VENIER, María E., "Otra vez sobre los daños punitivos", JA del 08/06/2016, 1, AP/DOC/310/2016.

(42) IRIGOYEN TESTA, Matías, "Daños punitivos. Análisis económico del derecho y teoría de juegos", LA LEY 0003/012583.

(43) CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Soluciones posibles para la escasa aplicación de los daños punitivos en Argentina", LA LEY, 2013-D, 1079, AR/DOC/2780/2013.

(44) CCiv. Com. Azul, sala II, 28/08/2018, "O., M. del R. c. AMX Argentina (Claro) SA s/ daños y perjuicios", RCyS, 2018-X, 146, AR/JUR/46959/2018.

(45) JUNYENT BAS, Francisco – GARZINO, María C., "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", LA LEY, 2011-F, 1300, AR/DOC/5622/2011.

(46) BRUN, Carlos A., "Sobre los daños punitivos: a propósito del destino de la multa", LA LEY 2017-E, 367, AR/DOC/2572/2017.

las pautas del destino de lo restante, sea en función del objeto del proceso o de los sujetos beneficiarios de la suma de dinero" (segunda minoría). En orden a las acciones colectivas: "Se deben fijar las pautas del destino de la sanción" (mayoría) y "El juez debe tener facultades para decidir fundadamente el destino de la sanción" (minoría).

VI. Nuestra postura

Ahora bien, aun cuando la doctrina entiende que el art. 52 bis determina que la multa debe abonarse al actor, intentamos proponer una nueva lectura del texto normativo. En efecto, la disposición legal establece textualmente que "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor", pero no aclara si este necesariamente debe ser el actor. Incluso se ha denunciado la "imprecisión terminológica" del art. 52 bis que "habla primero de consumidor y luego de damnificado, cuando pueden resultar distintos" **(47)** y, así, la sanción puede solicitarla el damnificado, pero su destino puede ser el del consumidor. Concordantemente, se enseña que los daños punitivos deben abonarse a la "víctima del evento dañoso" **(48)** figura que, reiteramos, puede exceder a la del actor.

En esta línea, para poder interpretar quién es consumidor, debemos remitirnos al art. 1º de la ley 24.240 y al 1092 del Cód. Civ. y Com., los cuales adhieren a un criterio amplio de consumidor con dos elementos tipificantes: la adquisición o utilización de bienes o servicios por parte de una persona física o jurídica como destinatario final y que el fin de dicha operación sea ajeno al ámbito de su competencia profesional **(49)**.

Conforme con este razonamiento, el concepto de destinatario de la multa civil adquiere una nueva apertura y relevancia en línea con lo dispuesto por los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. y el llamado diálogo de fuentes **(50)**. Ciertamente, la correcta amplitud que preside la caracterización de una relación o contrato de consumo **(51)**, reforzada por la orientación de la jurisprudencia nacional al respecto **(52)**, conlleva necesariamente una mayor extensión en el catálogo de posibles destinatarios de la multa civil más allá de quien incoe la demanda judicial, aunque siempre respetando los presupuestos subjetivos y objetivos que reclama para sí la figura del consumidor. Ello ha quedado plasmado en despacho de segunda minoría en la comisión 4 de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Ciudad de Santa Fe en el año 2019: "La ley vigente permite el destino mixto de los daños punitivos" (conclusión 18).

Como destaca Japaze, el sistema de protección del consumidor se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte —en particular, las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos—, la LDC, el Cód. Civ. y Com. y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo **(53)**. De tal forma, en la normativa proyectada puede leerse: "Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armonizándolas con el fin de maximizar los derechos

(47) C3ª Civ. Com. Min. Paz y Trib. Mendoza, 06/06/2012, "Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y otros c. Instituto Provincial de Juegos y Casinos s/ amparo", LA LEY online AR/JUR/41938/2012.

(48) SHINA, Fernando E., "Sistema legal para la defensa del consumidor", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 193.

(49) STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A., "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, 2ª ed., ps. 207-208. Ver, en idéntico sentido, el despacho I de la comisión 8 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011).

(50) JAYME, Erick, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, Leiden, vol. 251, 1995, ps. 60 y 251.

(51) La noción de consumidor debe ampliarse necesariamente para proteger a la persona en las diversas situaciones de vulnerabilidad que la realidad del mercado demuestra a diario. Para profundizar sobre los debates doctrinarios en orden a la construcción de este concepto remitimos a HERNÁNDEZ, Carlos A., "Relación de consumo" en STIGLITZ, Gabriel A. – HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), ob. cit., t. I, ps. 402 y ss.

(52) P. ej., el recordado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Ferreyra, Víctor D. y Ferreyra, Ramón c. VICOV SA", RCyS, 2006, 379.

(53) JAPAZE, María B., "La figura del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor. Un aporte para la inagotable polémica sobre los requisitos de procedencia y su valoración judicial", ED del 16/07/2021, p. 3, ED-MDXXII-61.

humanos y fundamentales en juego y de acuerdo con los principios que lo rigen" **(54)**.

Ya hemos tenido oportunidad de proponer y defender esta solución **(55)**, advirtiéndose cierta recepción de esta en el ámbito jurisprudencial a través de sendos fallos de primera instancia **(56)**. No obstante ello, en el entendimiento de que se trata de la propuesta que brindaría la respuesta más justa, continuaremos precisando en las líneas subsiguientes algunas especificidades que pudiere generar, sobre todo en el ámbito de un proceso judicial.

VI.1. Las proporciones que se destinan a cada uno

En primer lugar, deberá definirse qué porcentaje de la sanción se otorga al actor y qué parte al tercero. Entendemos que la cuestión resulta más bien fáctica, correspondiendo en el caso ponderar las numerosas variables que entran en juego, por ejemplo si efectivamente se han lesionado derechos del actor o estos solo han sido amenazados **(57)** y, en caso de lesión, la entidad y naturaleza de los derechos afectados —v.gr., no es idéntico que se perjudique la salud de la persona a que se afecte un bien material integrado a su patrimonio—; ponderar el esfuerzo probatorio del actor a los fines de acreditar la procedencia de la inconducta que hace al proveedor pasible de la sanción; determinar los alcances de la inconducta sancionada verificando si ella lesiona intereses particulares o generales y considerar si el planteo se da dentro del marco de una acción colectiva o una acción individual, entre otras posibilidades.

De esta forma la cantidad que se asigne a la parte o a otro destino quedará sujeta a múltiples variables, siendo necesario que el juzgador de razones debidamente fundadas de su decisión, conforme a algunos de los parámetros enunciados o aquellos que él entienda pertinentes en el caso concreto pero que, todos ellos, permitan definir la especial manifestación de la conducta que justifica la sanción, cuestión que no puede quedar desapegada del destino de esta. Esta vinculación habrá de ser expresada y razonablemente argumentada en la sentencia de marras.

La única salvedad que corresponde establecer con relación a esta cuestión es que, aun cuando a norma no lo establece, un porcentaje —aunque sea mínimo— deberá asignarse ineludiblemente al actor, ya que es este quien ha tenido que solicitar la sanción y ha incurrido en el esfuerzo probatorio necesario para tener por acreditada su aplicación, aspectos cuya ventaja ya hemos desbrozado con anterioridad y que revisten de fundamentación suficiente a la decisión de asignarle un porcentaje de la sanción a quien ha propiciado, a través de su desempeño procesal, la imposición de la condena.

VI.2. La definición del tercero beneficiario y del destino de la sanción impuesta

Otra cuestión es definir a quién se destina el porcentaje que no se otorga a favor del actor. En este aspecto se advierten distintas posibilidades: que sea el juez quien decide fundadamente no solo el porcentaje sino también el destinatario de las sumas impuestas usualmente relacionando la misma con el sujeto pasivo o activo y/o con el hecho debido al cual se impuso la multa), o bien, permitir al actor decidir a quién beneficiar. Por supuesto que una tercera opción —*de lege ferenda*— sería que la norma imponga quién es el destinatario final de las sumas impuestas, aspec-

(54) Art. 28 de los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor con actual estado parlamentario en el Congreso Nacional, identificados como Expedientes 3143-D-2020 y 5156-D-2020.

(55) QUAGLIA, Marcelo C. – RASCHETTI, Franco, "El destino de los daños punitivos. El pronunciamiento en el caso 'Esteban' y sus implicancias", LA LEY, 2017-E, 163, AR/DOC/2278/2017.

(56) Juzg. Civ. y Com. 6ª Nom. Santa Fe, 05/04/2021, "López, Mariana B. c. Telecom Argentina SA s/ daños y perjuicios", CUIJ 21-01972019-2, Res. 132; Juzg. Civ. y Com. 9ª Nom. Rosario, 28/03/2019, "Palavecino, Marcelo A. c. Volkswagen Argentina SA y otro s/ sumarísimo", CUIJ 21-02898210-8, res. 416; Juzg. Civ. y Com. 14ª Nom. Rosario, 26/06/2019, "Torres, María A. c. Telecom Argentina SA s/ daños y perjuicios", CUIJ 21-02878033-5, res. 1183, MJ-JU-M-122480-AR; *id.*, 28/02/2019, "Caggiano, Gustavo A. y otros c. Tierra de Sueños SRL y otros s/ daños y perjuicios", CUIJ 21-02837833-2, res. 315, MJ-JU-M-122761-AR; íd., 13/04/2018, "Jurun, Esteban c. Banco Patagonia SA s/ medida autosatisfactiva", CUIJ 21-02845348-2, Res. 724, MJ-JU-M-110640-AR.

(57) Naturalmente, somos conscientes de que la sanción no compone parte de los rubros correspondientes a indemnización, pero ello no implica que se tome en cuenta a referida circunstancia para determinar los porcentajes a asignar.

to que, de momento, no se avizora en el derecho vigente o proyectado.

Consideramos que la solución más plausible es que sea el juzgador quien determine y defina al tercero beneficiario de la sanción, conforme a las circunstancias particulares de cada caso y privilegiando los valores y principios en que se sustenta el derecho del consumo y echando mano a las pautas que propiciáramos en el acápite anterior a los fines de discernir entre los porcentajes atribuidos al actor y el tercero dado que, las particularidades del caso que ellas contemplan están llamadas a dotar de base justificatoria la decisión judicial correspondiente no solo en orden a la certeza de los porcentajes a distribuir sino también entre quiénes habrá de hacerse ello.

Y es que, como señala Frustagli, mientras los cambios normativos se gestan, urge que el derecho del consumidor construya las respuestas jurídicas desde la fuerza normativa que ofrece la textura abierta y flexible de los principios generales de la disciplina; de esta manera, hoy, junto al principio protectorio del consumidor (arts. 1094 y 1095, Cód. Civ. y Com., y 3º y 37, ley 24.240), se presenta un robusto entramado valorativo donde convergen otros principios igual de significativos y vinculados de manera directa con las premisas del art. 1º del Cód. Civ. y Com. **(58)**. Dichos principios, cuentan hoy con reconocimiento en nuestro derecho positivo a través de la sanción de la Resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior **(59)**, norma que incorpora a nuestro ordenamiento interno la res. 36 del Grupo Mercado Común, aprobada en julio de 2019 **(60)**.

Asimismo, definido el tercero beneficiario, cabe preguntarse si la sentencia debe imponer un destino específico a los fondos asignados o no. Entendemos que ello también obedecerá a una cuestión casuística que, en el caso concreto, también deberá vincularse con la función u objeto que detente el tercero beneficiario **(61)**. Sin perjuicio de ello, y en principio, resulta recomendable establecer cuál será el destino de las sumas —sin llegar a una especificidad que implique involucrar al juez en el gobierno o funcionamiento interno de la entidad a la que se asignan los fondos, pero que brinde certeza sobre el modo en el cual habrán de imponerse los activos destinados al tercero—.

En esta línea consideramos que hoy en día un valor relevante en esta materia es la educación para el consumo, herramienta fundamental en este ámbito. Como señalaba Alterini con referencia a la educación del consumidor: "tenga conciencia de que esto es muy peligroso. Cuando la gente conoce sus derechos, los reclama, los exige" **(62)**. Comoquiera que sea, el juzgador habrá de establecer directrices y objetivos claros que el beneficiario habrá de observar y cumplimentar juzgándose tal observancia en oportunidad de la rendición de cuentas correspondiente, obligación insoslayable de este sobre la que nos expediremos seguidamente.

VI.3. Algunas consideraciones procesales

Somos conscientes de que la solución que se propugna implica incorporar un nuevo sujeto a un pleito que no lo tenía como parte integrante: el tercero beneficiario de la sanción. Como consecuencia en ello, corresponde en este punto efectuar una diferenciación sobre la oportunidad en que dicho tercero toma intervención en

(58) FRUSTAGLI, Sandra A., "Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo", JA del 14/07/2021, 19, AR/DOC/1670/2021.

(59) BO del 11/09/2020.

(60) Dicha resolución, además de reconocer expresamente la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado, determina que el sistema de protección del consumidor se rige por los siguientes principios: 1. Principios de progresividad y no regresión; 2. Principio de orden público de protección; 3. Principio de acceso al consumo; 4. Principio de transparencia de los mercados; 5. Principio de consumo sustentable; 6. Principio de protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja; 7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana; 8. Principio de prevención de riesgos; 9. Principio antidiscriminatorio; 10. Principio de buena fe; 11. Principio de información; 12. Principio de armonización; 13. Principio de reparación integral y; 14. Principio de equiparación de derechos.

(61) Así, si los fondos se destinan a una fundación cuyo único objeto es, por ejemplo, asistir a personas con discapacidad motriz el destino de los fondos asignados resultará más que evidente. Diferente será la situación si las sumas se asignan a una asociación cuyo objeto es la tutela general de los consumidores.

(62) ALTERINI, Atilio A., "Cómo desbaratar la protección del consumidor", LA LEY, 1999-A, 783, AR/DOC/3254/2001.

el pleito ya que tal virtualidad podría tener lugar, al menos teóricamente, en dos momentos diferentes: a) luego de dictada la sentencia, pero antes de que esta cobre firmeza, atento contar con un interés legítimo en el resultado de la eventual instancia recursiva; b) una vez que ella ha sido consentida quedando, en consecuencia, firme para los sujetos contendientes.

Entendemos recomendable propugnar que el tercero no intervenga en el proceso antes de su finalización mediante el dictado de sentencia firme ya que ello muchas veces puede atentar contra la economía procesal, la celeridad que demanda la justicia consumeril y, en suma, la eficacia de la instancia judicial —art. 42, párr. 3º, CN **(63)**—, a menos que el consumidor lo requiera o dé su expreso consentimiento en tal sentido **(64)**.

Y es que la intervención de terceros en el proceso muchas veces responde a complejos procedimientos los que, a mayor abundamiento, pueden suspenden el trámite de la causa principal y/o conllevan su paralización. También cabría la posibilidad de que el procedimiento se vea entorpecido dado que el tercero pretenda impugnar la resolución judicial, considerando, por ejemplo, que el porcentaje asignado no es suficiente o que los montos de la sanción deben elevarse, entrando a tallar consideraciones sobre el fondo de la decisión jurisdiccional.

De esta manera, la solución planteada no hace más que ponderar los derechos constitucionales en juego, de tutela preferida al consumidor, en función del interés eventual que tendrá dicho tercero con base en un derecho aún no consolidado —pero reconocido previamente en la sentencia— que en principio lo beneficiará y que, a mayor abundamiento, no está obligado a aceptar. Así, lo planteado no implica desconocer que muchas veces el argumento sobre el cual se fundamenta la incorporación del tercero al proceso no es otro que, justamente, la economía procesal **(65)**; sin embargo, en el presente supuesto la tendencia —que compartimos— procura evitar incorporar terceros al proceso de consumo en un estadio que podría entorpecer el desenvolvimiento de la causa, a fin de allanar así el procedimiento al consumidor actor en aras de una tutela judicial efectiva conjurando posibles dilaciones o complicaciones del trámite por motivaciones procesales ajenas al régimen de tutela constitucional de este **(66)**.

Diferente será la situación una vez que el proceso se haya extinguido, como decíamos, debido a contarse con una sentencia firme. En tal supuesto el tercero deberá intervenir, pero ante la finalización del proceso ya no será necesario atenerse a los recaudos procedimentales que exijan los códigos de rito según las distintas categorías de tercerías, resultando suficiente que el tercero

(63) El texto citado plantea expresamente que "la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos". Entendemos que, a pesar de los términos de su redacción, la norma debe considerarse como inmediatamente operativa, al igual que los derechos que se consagran en el primer párrafo de este mismo artículo (así se estableció en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 2: Responsabilidad por la Actividad Industrial en relación con el derecho de seguridad, afirmación que, como vemos, nos permitimos hacer extensiva a los demás derechos consagrados, inclusive el del tercer párrafo.

(64) Tal es la solución que propugnan los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor en relación con la intervención de terceros en general: "Art. 166. Intervención de terceros. En las acciones individuales promovidas por consumidores, la intervención de terceros no procede sin pedido o consentimiento expreso del actor, salvo la citación en garantía de la aseguradora o que el único demandado sea un pequeño comerciante o una PYME, caso en el cual estos podrán pedir la citación de otros legitimados pasivos, en tanto no se genere una situación jurídica abusiva en perjuicio del consumidor" (con actual estado parlamentario en el Congreso Nacional, identificados como exptes. 3143-D-2020 y 5156-D-2020).

(65) ALSINA, Hugo, "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial", Buenos Aires, 1963, t. I, 2ª ed., ps. 363-364; ARAZI, Roland, "Derecho procesal civil y comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. I, 4ª ed., p. 143.

(66) En esta tónica, en un proceso de consumo fue rechazada una pretensión de reconvención por reconocer esta contenido amparado por el microsistema de las relaciones de consumo —estribaba en una acción de repetición que se regiría por el derecho común—, y su admisión podría llevar a desnaturalizar el especial régimen de tutela que se establece en relación con los consumidores y usuarios (cuya piedra fundamental estriba en el art. 42, CN), instando a la codemandada a iniciar la acción que por derecho corresponda en forma autónoma. Ver Juzg. Civ. Com. Nº 14 Rosario, 31/12/2011, "Abraham, Federico c. Productora Alimentaria SRL y otra s/ ordinario", expte. 41/11, CUIJ 21-01559381-1, auto 3054.

acepte el beneficio otorgado, perciba el monto de la sanción impuesta a su favor y, eventualmente, de así disponerse —lo que aconsejamos—, rinda cuentas de la gestión que se le encomendara desarrolle con dichos fondos.

En esta última línea, entendemos que en el seguimiento y contralor sobre la eventual rendición de cuentas que deba prestarse deberá intervenir el Ministerio Público Fiscal, en su condición de fiscal de ley (art. 52, LDC), correspondiendo que el juzgado que impuso la sanción y destino defina cualquier controversia que se genere en tal sentido **(67)** y de finiquito en suma, a la documentada, oportuna y completa rendición de cuentas que habrá de practicarse.

Entendemos que la solución propuesta logra una amalgama razonable entre la tutela y defensa de los intereses del consumidor y el interés pecuniario obtenido por el tercero. De esta manera la ejecución de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada reconocerá distintas etapas o tramos paralelos e independientes, sin que la eventualidad que sufra una parte de esta —vinculada con la asignación de fondos al tercero, su aceptación, la ejecución de lo que la sentencia disponga y la eventual rendición de cuentas que se demande— afecte a la otra.

En tal sentido, mejores voces que las nuestras ya han destacado la existencia de efectos colaterales o reflejos de la sentencia que si bien afectan a terceros no demandan su presencia en el proceso **(68)**, debiendo distinguirse la cosa juzgada de la eficacia de la sentencia **(69)**, cuyos efectos pueden trascender el principio de la *res iudicata inter partes* y no encuentran un límite subjetivo determinado **(70)**. Esto, en definitiva, no es más que una derivación específica y particular de tal entendimiento.

VI.4. La no aceptación del beneficio otorgado

Ahora bien, la decisión del juez no puede imponerse unilateralmente al tercero, quien cuenta con la facultad de aceptar el beneficio otorgado, así como las cargas que este conlleva —v.gr. la posterior rendición de cuentas—. Esta última consideración nos impone el análisis de otra cuestión: la eventualidad de que el tercero no acepte el beneficio otorgado tanto sea negándose de modo expreso y categórico o verificándose una negatoria tácita al mismo por no pronunciarse en tiempo o modo oportuno.

Ante dicho supuesto consideramos que pueden generarse dos situaciones diferentes: a) que la propia sentencia establezca el camino a seguir, designando eventuales terceros beneficiarios en subsidio o que la suma sea en este supuesto otorgada al consumidor como último destino; b) que la sentencia no haya previsto tal eventualidad. En este último caso entendemos que lo recomendable es que ante la noticia de la negativa del tercero —probada indubitablemente— el juez sea quien resuelva cómo proceder por tratarse de una consecuencia derivada de la sentencia que previamente este ha dictado.

Y si bien una eventual opción sería que las sumas sean asignadas al actor en una analogía con la estipulación a favor de terceros y el art. 1028, inc. a), del Cód. Civ. y Com. en virtud del cual, recordemos, si el tercero rechaza el beneficio o el estipulante lo revocó (cuando ello sea posible) este último tiene el derecho de exigir al promitente que lo pague a él **(71)**, consideramos que es recomendable que este resuelva nuevamente qué destino darle a esos fondos —sin perjuicio de que podrá asignarlos, claro está, al actor de así considerarlo—.

Como podrá advertirse, el rechazo del tercero de la asignación de fondos puede generar cierta problemática. En este sentido nos permitimos sugerir que, si el destino de la multa puede ser definido por el juez en cabeza de un tercero —y

(67) En este supuesto, si el destino de la multa ha sido elegido por el damnificado, podrá este intervenir en el conflicto en su, ahora, condición de tercero.

(68) CALAMANDREI, Pietro, "Appunti sulla sentenza come fatto giuridico", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932, ps. 15 y ss.

(69) LIEBMAN, E. T., "Eficacia y autoridad de la sentencia" Ed. Ediar, Buenos Aires, 1946, trad. Sentís Melendo, ps. 19-20.

(70) ROSENDE VILLAR, Cecilia, "Efectos directos y reflejos de la sentencia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, nro. 3 (2001), ps. 489-507.

(71) BORDA, Alejandro, en BORDA, Alejandro (dir.), "Derecho civil y comercial. Contratos", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, 3ª ed., p. 176.

la norma no determine quién es tal tercero—, el juzgador, al momento de definir dicha persona deberá ponderar debidamente sus características, procurando asignar el monto de la multa a quien efectivamente asuma la función social que se pretende que la misma cumplimente (v.gr., asociaciones de consumidores, el propio Estado en sus niveles nacional, provincial o municipal en alguna de sus dependencias vinculadas al ámbito consumeril, la autoridad de aplicación nacional o provincial de la normativa, entre otras).

Asimismo, no puede en modo alguno presuponerse la aceptación del beneficio por parte del tercero de modo que deberá ser especialmente considerado por el juez interviniente las modalidades que esta aceptación deba reconocer y, en particular, las opciones que puedan derivarse de un eventual rechazo del destinatario de la multa estableciéndose a tales efectos mecanismos que suplan la esta decisión y que permitan, en definitiva, mantener la eficacia del pronunciamiento judicial dictado.

VII. Breve colofón

Conforme al desarrollo efectuado, y sin perjuicio de las diferentes problemáticas que ello conlleva las cuales hemos procurado analizar sucintamente en estas líneas, consideramos que la solución jurídica más adecuada, así como la que mejor responde a los intereses en juego en el ámbito de las relaciones de consumo, impone la necesidad de otorgar un destino mixto al daño punitivo que se imponga no solo desde una mirada eminentemente teórica sino basando esta en la factibilidad de inferir tal posibilidad del ordenamiento jurídico vigente lo cual viene a dotar de trascendencia práctica al postulado para obtener, en definitiva, la tan ansiada efectividad de la tutela de los consumidores que goza de raigambre constitucional en nuestro medio.

Tal es el desafío que proponemos al operador jurídico, entendiendo que, a través de la debida interpretación e integración de normas vigentes, y teniendo como objetivo final la tutela de los principios constitucionales y los tratados de Derechos Humanos a los que nuestro país ha adherido (art. 1º, Cód. Civ. y Com.), puede llegarse a tal solución.

Es que, así como las deficiencias técnicas de la norma —a las que ya hemos referido— exigen un debate y un esfuerzo de "interpretación correctora", virtuosa, proceso en el que asume particular relevancia el rol de los jueces en esa indispensable construcción **(72)**, la definición del destino de la multa también demanda un esfuerzo, tanto por parte de quienes plantean la aplicación del instituto, como de quienes deben definir su procedencia y aplicación.

Esperamos que, a través de estas líneas se inicie un sendero que nuevas y mejores voces estén dispuestas a transitar, o que al menos a través de la lectura de este trabajo se planten nuevas y mejores soluciones a una problemática actual y vigente en nuestro derecho. Si hemos logrado al menos plantear el interrogante en el lector, nos damos por satisfechos.

(72) HERNÁNDEZ, Carlos A. – SOZZO, Gonzalo, "La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina", *Revista de Derecho de Daños*, 2011-2, "Daños punitivos", Ed. Rubinzal-Culzoni Santa Fe, 2011, p. 361.

DERECHO PRÁCTICO

Comentarios Jurisprudenciales

RESPONSABILIDAD MÉDICA

Muerte de una bebé nacida a los siete meses de gestación. Infección hospitalaria. Procedencia de la demanda de daños contra el galeno, la obra social y el instituto médico demandado. Pérdida de chance de sobrevivir.

Con nota de Juan M. Papillú

1. — No hay duda alguna de que la infección fue contraída por la niña estando internada en la Unidad de Cuidados Intensivos del instituto médico demandado, a poco que se repare en que el germen fue detectado luego de un primer informe de laboratorio negativo, estando ya la niña en aquella unidad desde su nacimiento. Si es el único centro médico en que estuvo internada la niña desde que nació hasta que contrajo la sepsis, la circunstancia de que se haya producido el contagio por un germen que se determinó que es intrahospitalario y exógeno al paciente, sumado a que no se acreditó la existencia de un plan de control de infecciones hospitalarias, permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia ello podría haberse evitado **[1]**.

2. — No será necesario probar la culpa del médico en todos los casos para que las empresas de salud, obras sociales y sanatorios respondan, pues también deberán hacerlo al incumplir otras obligaciones que integran el plan prestacional, como sucedió en el caso al no haber demostrado que el instituto demandado contara con un programa de vigilancia epidemiológica y control de infecciones y un comité de control de infecciones hospitalarias, para evitar la infección hospitalaria que sufriera la niña recién nacida, que fue una de las causas que, junto a su condición de prematura, coadyuvó a su muerte.

3. — Aun cuando no puede afirmarse sin hesitar que el obrar de los demandados desencadenara la muerte de la niña, a poco que se repare en que se trataba de un embarazo de riesgo con antecedentes de parto prematuro, lo cierto es que las pruebas producidas generan convicción en punto a que la realización intempestiva de la cesárea por parte del galeno —sin la suficiente maduración pulmonar del feto, sin verificar que se presentaba una concreta situación de riesgo de rotura uterina en la madre que la justificase y sin suministrar una dosis de rescate de corticoides— colocó a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad que, al concurrir causalmente con la posterior infección hospitalaria, privó a la recién nacida de una chance cierta de sobrevida.

4. — Tanto la obra social como su prestadora son responsables directas de garantizar el cuidado y seguridad de la actora y su hija, finalmente fallecida, aun cuando se hubiesen valido de terceros para el cumplimiento de la prestación comprometida.

5. — Las máximas de experiencia y la lógica que integran la sana crítica permiten afirmar que la sola rotura prematura de las membranas (RPM) no es signo suficiente para concluir en que la cesárea debe realizarse en forma inmediata, como lo hiciera el juez de grado. Además, en el caso se trataba de una gestación de 28 semanas, lo cual imponía intentar prolongar al máximo el período de latencia, es decir, el transcurrido entre la rotura prematura de las membranas y el nacimiento. Frente a esa cesárea intempestiva, cobra relevancia el hecho también atribuido al galeno de no haber suministrado corticoides a la actora para favorecer la maduración pulmonar del feto.

6. — Que los demás médicos obstetras que atendieron a la actora y que no han sido demandados hayan incumplido con lo que resultaba exigible solo muestra un eslabón más de la errática y mala atención sanitaria brindada a la actora por su obra social a través del instituto médico demandado, pero no libera al profesional demandado de la responsabilidad que le cabe.

7. — Si las omisiones que se imputaron al galeno aparecen probadas y colocaron a la niña en una situación de mayor vulnerabilidad física, que luego se agravó con la infección y derivó en su muerte, no sucede lo mismo con el codemandado, pues en su caso es cierto que no hay precisiones sobre los actos médicos que se le objetan tanto en la atención de la actora, como en su carácter de director médico, por lo que respecto de este corresponde confirmar el rechazo de la demanda.

8. — La obstetricia es una especialidad médica que involucra la vida y la salud, tanto de la madre como del niño por nacer, por lo que el problema relativo a si la administración de corticoides favorece la maduración pulmonar del niño por nacer, en tanto se relaciona con la salud de aquel, no le resulta ajeno.

9. — Según la Organización Mundial de la Salud, las infecciones asociadas a la atención sanitaria (IAAS), también denominadas infecciones "nosocomiales" u "hospitalarias", son aquellas contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que aquel no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso. Las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria; y pueden aparecer también después de que el paciente reciba el alta.

10. — Si la responsabilidad que se delinea respecto a los médicos demandados impone la necesidad de probar un factor subjetivo de atribución, no sucede lo mismo con la obra social y con el instituto médico demandado. Es que entre dichas entidades y la accionante se configuró una relación de consumo (art. 3 de la ley 24.240) que hace aplicable el estatuto del consumidor, aun cuando no haya sido invocado por la demandante.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte de una niña nacida prematura

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $500.000

Daño patrimonial

Valor vida: $200.000

Daños varios: Tratamiento psicológico $70.000

CNCiv., sala B, 03/03/2021. - C., E. B. M. c. Instituto Médico de Obstetricia SA (IMO) y otros s/ daños y perjuicios - Resp. prof. médicos y aux. - Ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1022/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala III, "Leithold, José María y Molicia, Inés c. Sanatorio Quintar y otro s/ ordinario por daños y perjuicios", 23/10/2012, RCyS 2013-V, 27, con nota de Roberto A. Meneghini, AR/JUR/64639/2012.

COSTAS

A las demandadas vencidas.

El fallo se puede consultar a texto completo en RCyS 2021-III, en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com.

Responsabilidad civil por infecciones hospitalarias

Juan M. Papillú (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto de infecciones hospitalarias.— III. Clasificación de las infecciones.— IV. La relación de consumo.— V. Obligación de medios y obligación de resultado.— VI. La prevención.— VII. La infección hospitalaria, ¿puede ser considerada un caso fortuito?— VIII. La prueba de la relación de causalidad.— IX. Conclusión.

I. Introducción

Existe consenso respecto de que el titular de un establecimiento asistencial asume una obligación de seguridad respecto de los pacientes, con relación a los daños que estos puedan sufrir por situaciones ajenas al acto médico **(1)**.

Entre el paciente y el ente de salud, la obra social y/o la prepaga se configura una relación de consumo y, por ello, no caben dudas de la plena vigencia de la obligación de seguridad (art. 42, CN, ley 24.240 y art. 1092 del Cód. Civ. y Com.).

El prestador de salud se obliga a proporcionar, no solo asistencia médica adecuada, sino también a hacerlo en condiciones tales para que el paciente no sufra daños en bienes distintos a los que se encuentran dentro del negocio jurídico **(2)**.

La existencia de esta obligación de seguridad tiene especial relevancia en la problemática de las infecciones intrahospitalarias. En efecto, el ente de salud debe garantizar al paciente —luego veremos con qué alcance— que durante su permanencia en el lugar no contraerá infecciones exógenas.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han discutido respecto de si dicha obligación de seguridad es de medios o de resultado. Esta discusión existió durante la vigencia del Código derogado y se mantiene actualmente **(3)**. Esta cues-

---

(*) Docente de grado y posgrado en Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UBA.

(1) PIZARRO, Ramón — VALLESPINOS, Carlos, "Tratado de responsabilidad civil", Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, p. 592; TRIGO REPRESAS, Félix — LÓPEZ MESA, Marcelo, "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. IV, ps. 1284-1285; CNCiv., sala E, 13/10/2020, "A. G., J. c. Administración Sanatorial Metropolitana SA y otros s/ daños y perjuicios (resp. prof. médicos y aux.)", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/56080/2020; CNCiv., sala C, 26/09/2020, "B., R. C. c. Clínica de la Microcirugía y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/47619/2020; CNCiv., sala H, 29/03/2019, "R. S., S. A. c. S. I. B. B. A. y otro s/ daños y perj. resp. médica", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11753/2019.

(2) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, La obligación de seguridad", suplem. especial La Ley, septiembre de 2005, p. 4 y en "Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias", RCyS 2002-350; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, 9ª ed., p. 539, nro. 1431; CNCiv., Sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma B. c. Sanatorio Quintana SA"; C. 5ª de Apel. Civ. y Com. Córdoba, 30/08/2017, "H., E. N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y otros s/ ordinario - daños y perj. - mala praxis", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61055/2017.

(3) En el marco del Código Civil derogado consideran que la responsabilidad era subjetiva: BUERES, Alberto, "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 3ª ed., ps. 552-553; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias", RCyS 2002-350 y en "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, 2ª ed.,

tión tiene una gran trascendencia práctica que se proyecta respecto de la determinación del factor de atribución aplicable que sería subjetivo en el primer supuesto, y objetivo en el segundo.

Esta distinción también se proyecta sobre el plano de las eximentes de responsabilidad. De este modo, acaecido el daño concreto —la infección que padece el damnificado y sus consecuencias— si se considera que el ente de salud asumió una obligación de medios las demandadas podrán liberarse de responsabilidad acreditando que de su parte no hubo culpa; en cambio, si se considera que han asumido una obligación de resultado para eximirse de responsabilidad deben probar el *casus* **(4)** (arts. 1721, 1722 y 1723, Cód. Civ. y Com.).

II. Concepto de infecciones hospitalarias

De conformidad con lo expuesto por la Organización Mundial de la Salud, se define a las "infecciones asociadas a la atención sanitaria" (IAAS), o infecciones "nosocomiales" u "hospitalarias" como aquellas contraídas por un paciente durante su tratamiento en un hospital u otro centro sanitario y que dicho paciente no tenía ni estaba incubando en el momento de su ingreso.

Cabe aclarar, tal como se expone en la sentencia, que las IAAS pueden afectar a pacientes en cualquier tipo de entorno en el que reciban atención sanitaria, y que pueden aparecer también después de que el paciente recibe el alta.

III. Clasificación de las infecciones

Según su origen, desde el punto de vista del paciente a las infecciones se las clasifica en endógenas y exógenas. En las endógenas (propias del paciente o autoinfecciones) es el propio paciente quien porta el germen infeccioso, sea porque existía antes de su ingreso al ente hospitalario, sea porque habiendo ingresado ya al nosocomio, la infección fue generada por el propio organismo del paciente, sin intervención de causa externa. En principio, entrañan una causa ajena. En las exógenas (nosocomiales o ambientales) los gérmenes proceden de una fuente exterior al enfermo **(5)**.

Como puede advertirse, la referida distinción emplaza el problema en el plano causal **(6)**.

Para poder valorar la responsabilidad del médico o del centro asistencial es imprescindible que la infección haya sido contraída en el ente asistencial (infección exógena); o sea que no debe existir al momento de admitir el ingreso del paciente al nosocomio **(7)**. Sin embargo, puede

ps. 151 y ss.; CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870; Kemelmajer de Carlucci, su voto en SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", del 27/12/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007; CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351. En cambio, consideraban que la responsabilidad era objetiva: PREVOT, Juan Manuel, "Obligación de seguridad, infecciones hospitalarias y responsabilidad medico asistencial", LA LEY 2006-F, 699; Jorge Alterini su voto en CNCiv., sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c. G., J. M.", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7792/2000; C. 5º de Apel. Civ. y Com. Córdoba, 30/08/2017, "H., E. N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y otros s/ ordinario - daños y perj. - mala praxis", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61055/2017.

(4) SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", del 27/12/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007.

(5) CALVO COSTA, Carlos, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870, y en "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 2ª ed., ps. 317 y ss.; SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007; CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351; C. 5ª de Apel. Civ. y Com. Córdoba, 30/08/2017, "H., E. N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y otros s/ ordinario - daños y perj. - mala praxis", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61055/2017.

(6) BUERES, "Responsabilidad civil de los médicos", ob. cit., p. 552; CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351.

(7) PREVOT, Juan Manuel, "Infecciones intrahospitalarias", LLLitoral 2011 (septiembre), 931, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2620/2011 y en "Obligación de seguridad, infecciones hospitalarias y responsabilidad medico

suceder que el germen se encuentre en la piel del paciente, previo al ingreso, y que la infección sea considerada como hospitalaria porque el desencadenamiento del proceso infeccioso opera a partir del incumplimiento de las medidas de asepsia exigible a los profesionales que se desempeñan en el centro de salud **(8)**. Pero como se advierte, en todos los casos el paciente ingresa al centro de salud sin haber iniciado el proceso infeccioso.

En cambio, si el paciente ya portaba el cuadro infeccioso al momento de ingresar al nosocomio (infección endógena), ningún reproche podrá hacerse al ente hospitalario **(9)**. Ello es así porque en tales casos no se configura la necesaria relación causal entre el hecho del ente de salud y el daño que experimenta el paciente. Sin embargo, puede existir responsabilidad médica si frente al cuadro de infección existe una deficiente atención médica.

IV. La relación de consumo

Antes de avanzar en el estudio respecto de si la obligación de seguridad asumida por el ente de salud está referida a una obligación de medios o de resultado, cabe recordar que tiempo atrás no se vinculaba la responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos hospitalarios al estatuto del consumidor, entre otras, por dos cuestiones fundamentales: 1) no se consideraba apropiado que la ley 24.240 fuera aplicable a la comercialización de servicios —en sus orígenes se la consideraba aplicable únicamente a la comercialización de bienes—, 2) el art. 2º de la referida ley excluye expresamente como proveedores a los profesionales liberales (entre quienes, obviamente, se encuentran los médicos). Sin embargo, los tiempos han cambiado y si bien se acepta que los profesionales liberales se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la ley 24.240, no ocurre lo mismo con los contratos celebrados entre los pacientes y las clínicas que, en tanto importan la prestación del servicio de salud para el consumo final de los pacientes, deben regirse por dicha normativa **(10)**.

No puede perderse de vista que el derecho a la salud, y a la integridad psicofísica, gozan de tutela constitucional y convencional, al igual que los derechos de los consumidores (art. 42, CN) **(11)**. Se trata de derechos humanos fundamentales.

La sentencia que se comenta sigue la corriente de opinión que sostiene que la relación entre el paciente, el sanatorio donde se atendió y su obra social se emplaza en el ámbito de una relación de consumo.

La noción de relación de consumo es introducida en nuestro medio en el art. 42 de la CN, y es definida por los arts. 3º de la ley 24.240 y 1092 del Cód. Civ. y Com. Se la define como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

En apoyo de esta postura la doctrina sostiene que es notorio el crecimiento y propagación que ha tenido el estatuto del consumidor en nuestro país en los últimos años, el que se consolida definitivamente en el ámbito del derecho privado con la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, que brinda

asistencial", LA LEY 2006-F, 699; CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870.

(8) Galmarini, su voto en CNCiv., sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c. G., J. M.", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7792/2000.

(9) PREVOT, Juan Manuel, "Infecciones intrahospitalarias", LLLitoral 2011 (septiembre), 931, Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2620/2011; CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870.

(10) CALVO COSTA, Carlos, "Responsabilidad civil médica. Aspectos relevantes", en Tratado de derecho de daños, Sebastián Picasso — Luis Sáenz (dirs.), Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019, t. III, p. 465.

(11) Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, arts. I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 3º y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 4º, 5º, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —con jerarquía constitucional mediante la ley 27.044—.

tratamiento expreso a los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122) **(12)**.

Además, la forma en la cual el paciente accede, en la mayoría de los casos, a la prestación de los servicios de salud es a través de la contratación con un sanatorio, o a través de una obra social o de una empresa de medicina prepaga. Son pocos los casos en que el paciente accede a la prestación contratando directamente con el galeno. Así, se evidencia que el vínculo contractual se establece con las personas jurídicas referidas, y no directamente con el profesional.

De este modo, se deja atrás el fundamento de la responsabilidad de los establecimientos médicos, empresas de medicina prepaga u obras sociales en la estipulación a favor de terceros (arts. 504, Cód. Civil y art. 1027, Cód. Civ. y Com.), para encuadrarla definitivamente en el régimen de defensa del consumidor **(13)**.

Los establecimientos asistenciales, las empresas de medicina prepaga y las obras sociales son proveedores de servicios de salud puesto que se trata de personas jurídicas que desarrollan profesionalmente servicios de atención médica en sus más variadas facetas **(14)**. Y, por ende, reitero, quedan incorporadas al régimen de defensa del consumidor.

Emplazada la cuestión en este ámbito, debe recordarse que el art. 5º de la ley 24.240 establece: "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". Por su lado, el art. 6º de la misma ley determina: "Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos".

De este modo, los servicios médicos comprometidos deben ser prestados de modo 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. 5º, ley 24.240).

V. Obligación de medios y obligación de resultado

En este punto, corresponde determinar si la obligación de seguridad contenida en los arts. 5º y 6º de la ley 24.240, en el caso de las infecciones hospitalarias, está referida a una obligación de medios o de resultado.

Un sector doctrinario y jurisprudencial **(15)** sostiene que, salvo previsión normativa en contrario —como la contenida en el art. 1756—, en principio la obligación de seguridad que pesa sobre el establecimiento asistencial, incluido el caso de las infecciones hospitalarias, es de resultado. Sostiene que, en todos estos casos, el establecimiento —con independencia del acto médico— responde directamente por deficiencias propias en su organización que causen daños **(16)**. Algunos consideran que su responsa-

(12) CALVO COSTA, "Responsabilidad civil médica. Aspectos relevantes", en Tratado de derecho de daños, Picasso — Sáenz (dir.), ob. cit., t. III, p. 462.

(13) CALVO COSTA, Carlos, "Responsabilidad de los establecimientos asistenciales, empresas de medicina prepaga y obras sociales. Un cambio de paradigma", LA LEY 2016-C, 974; LÓPEZ MESA, Marcelo, "Curso de derecho de obligaciones", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, t. 2, p. 241.

(14) SÁENZ, Luis, "La responsabilidad de las clínicas, hospitales y demás establecimientos asistenciales en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor", en Ley de Defensa del Consumidor, comentada y anotada, Sebastián Picasso - Roberto Vázquez Ferreyra (dirs.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. III, ps. 626 y ss.

(15) Se ha dicho que "El establecimiento médico es responsable por la infección intrahospitalaria que padeció una paciente mientras era intervenida quirúrgicamente, dado que aquello determina el incumplimiento de la obligación de seguridad a su cargo; máxime cuando no se ha acreditado ninguna causa de eximición que haga cesar la responsabilidad objetiva del centro asistencial demandado" (C. 5ª de Apel. Civ. y Com. Córdoba, 30/08/2017, "H., E. N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano y otros s/ ordinario - daños y perj. - mala praxis", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/61055/2017).

(16) OSSOLA, Federico, "Responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 352; PIZARRO — VALLESPINOS, "Tratado de responsabilidad civil", ob. cit., t. II, p. 592.

bilidad es objetiva con basamento en el riesgo creado **(17)**.

Otros autores afirman que desde hace tiempo se sabe que la obligación de los establecimientos de salud, de las obras sociales o de las empresas de medicina prepaga, va más allá de la mera provisión al paciente de los profesionales necesarios para su atención. Se requiere de ellas que presten al paciente un servicio médico en su totalidad, desarrollando un plan de conducta diligente a fin de obtener el resultado perseguido por el acreedor, el cual no se encuentra garantizado, dado que —según esta opinión— se trata de una obligación de medios. Quienes sostienen esta postura reconocen que gran parte de la doctrina nacional considera que las obligaciones a cargo de proveedor son de resultado, no pudiendo eximirse, por lo tanto, acreditando su falta de culpa. Sin embargo, consideran que el art. 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor —que alude a la responsabilidad del deudor por el incumplimiento— debe ser interpretado correctamente, que, según esta corriente, no debe interpretarse como generador únicamente de responsabilidad objetiva. Por el contrario, estiman que ella admite algunas excepciones como aquella en la cual el proveedor (en el caso, el establecimiento asistencial) se compromete a cumplir con una obligación de medios **(18)**.

En este sentido cabe recordar que, en las Sextas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, realizadas en Junín (provincia de Buenos Aires) en octubre de 1994, se firmó un despacho en el seno de la Comisión II en el cual se dijo: "En principio, en materia de obligación de seguridad existe un deber de resultado, aunque en casos excepcionales puede ser de medios" **(19)**. Aunque también debe destacarse que existió un despacho minoritario que determinaba: "La obligación de seguridad es siempre de resultado" **(20)**.

Creemos que aun cuando en la generalidad de los casos la obligación de seguridad está referida a una obligación de resultado —más aun en los casos de las relaciones de consumo— excepcionalmente existen determinadas situaciones en las cuales la aleatoriedad y la incerteza en la obtención del resultado (p. ej., que un paciente no sufra una infección con posterioridad a una intervención quirúrgica) torna insostenible hacer pesar sobre el ente de salud o del profesional una obligación de resultado **(21)**.

El art. 1723 del Cód. Civ. y Com. determina que cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva. Entonces, a contrario sensu, cuando el deudor no se compromete a obtener un resultado determinado la responsabilidad es subjetiva.

Existe gran cantidad de jurisprudencia que destaca que las infecciones que se evidencian en un hospital no son absolutamente evitables, aun usando los parámetros de diligencia más rigurosos y elevados, incluso en las entidades dotadas de todos los elementos técnicos e infraestructura que serían deseables. De allí que no parece justo atribuir responsabilidad al ente de salud si este acredita que empleó todos los medios aconsejados por la *lex artis* para combatir la eventualidad de una infección **(22)**.

---

(17) PIZARRO — VALLESPINOS, "Tratado de responsabilidad civil", ob. cit., t. II, p. 592.

(18) CALVO COSTA, "Responsabilidad civil médica. Aspectos relevantes", en Tratado de derecho de daños, Picasso — Sáenz (dir.), ob. cit., t. III, ps. 467 y ss. En este sentido, ver el voto de los Dres. Posse Saguier y Galmarini en CNCiv., sala F, 02/09/2019, "Gonceski, Ariel A. c. Celso SRL y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27672/2019.

(19) Suscripto por Bueres, Goldemberg, A. Alterini, Zago, Gesualdi, López Cabana, Compagnucci de Caso, Vázquez Ferreyra, Pizarro, Vallespinos, Lloveras de Resk, entre otros.

(20) Suscripto entre otros por Agoglia, Boragina y Meza.

(21) CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870, y en "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", ob. cit., p. 328.

(22) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias", RCyS 2002, 350; SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007; CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351.

Antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., Bueres sostenía que dado que el establecimiento sanitario no pone en este caso un riesgo en acción —de forma absoluta— puesto que el paciente se interna en dicho establecimiento por una necesidad propia, y que no es posible evitar algunas infecciones pese al empleo de la más exquisita diligencia, sin contar con las propias infecciones que el paciente genera aún dentro del ámbito hospitalario, parece más justo dejar de lado la obligación de seguridad de resultado y ubicar la cuestión en el campo de la responsabilidad subjetiva **(23)**.

No obstante, parece justo que la carga de acreditar la diligencia respecto de la observancia de las normas de seguridad e higiene tendiente a evitar la infección pese sobre el ente de salud, ya que, está en mejores condiciones para hacerlo. Esto ya era sostenido por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia **(24)**, y creemos que se mantiene así aun hoy. Más aun, esta tesis se consolida a la luz de la expresa recepción legislativa de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (art. 1735 del Cód. Civ. y Com.). Así se produce lo que el profesor Bueres denomina "el justo reparto del alea" **(25)**.

Cabe agregar que la prueba de la diligencia del ente de salud debe ser valorada con criterio riguroso y severo.

Además, en este punto resulta de aplicable el principio que establece que cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias (art. 1725 del Cód. Civ. y Com.).

Para eximirse de responsabilidad el ente de salud debe acreditar que ha desplegado la más elevada diligencia para evitar que se produzca la infección.

Cabe recordar que en algún precedente jurisprudencial se sostuvo la inversión de la carga de la prueba a partir de la comprobación de la existencia de una infección. En tal sentido se dijo que "probada la infección hospitalaria, cabe presumir la culpa del médico u hospital en la producción de aquella, pero estos se liberarán si demuestran haber actuado con diligencia" **(26)**.

La entidad de salud también puede eximirse de responsabilidad si acredita que el paciente ha adquirido la infección fuera de las instalaciones. Es decir, si acredita que no existe relación causal entre la atención dispensada en el lugar y la infección que contrae el paciente.

VI. La prevención

Todo establecimiento sanitario debe cuidar celosamente la asepsia destinada a preservar a los pacientes de la acción infecciosa de elementos contaminantes o de la presencia de otros peligros **(27)**. La omisión de tal conducta tiene entidad para evidenciar el incumplimiento del deber de prevención.

VII. La infección hospitalaria, ¿puede ser considerada un caso fortuito?

Algún sector de la jurisprudencia —que sostiene la responsabilidad objetiva del ente de salud en los casos de infecciones hospitalarias— se ha preguntado si las infecciones hospitalarias pueden o no configurar un caso fortuito, más aún si consideramos que existen algunas infecciones que no son evitables, incluso usando los parámetros de diligencia más elevados en clínicas dotadas de todos los elementos técnicos e infraestructuras que serían de desear **(28)**.

---

(23) BUERES, "Responsabilidad civil de los médicos", ob. cit., ps. 552-553.

(24) SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", del 27/12/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007.

(25) CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351.

(26) CNCiv., sala D, 16/07/2001, "F., A. c. Centro Ortopedia Traumatología", JA 2001-IV, 580, RCyS 2002, 351.

(27) LÓPEZ MESA, "Curso de derecho de obligaciones", ob. cit., t. 2, p. 244.

(28) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "Un criterio justo en materia de responsabilidad civil médica por infecciones hospitalarias", RCyS 2002-350 y en "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002, 2ª ed., ps. 151 y ss.; SC de Mendoza, 27/12/2007, "Triunfo Coop. de Seg. Ltda. y Sociedad de Beneficencia

La cuestión fue abordada por el jurista Jorge H. Alterini, como integrante de la sala C, quien razonó que la infección hospitalaria, cuando se convierte en irresistible, puede importar un caso fortuito, pero en todo caso "interno" a aquella actividad, por lo cual no puede liberar a la empresa titular del hospital. Por ello, aunque la infección fuere en abstracto previsible no puede ser encuadrada como un *casus* porque tal *casus* no es "extraño" al riesgo inherente a la actividad hospitalaria **(29)**.

En este sentido se ha sostenido que los centros de salud con internación de pacientes —hospitales, clínicas, sanatorios— no pueden liberarse de responsabilidad con el argumento de que, quien contrajo una infección intrahospitalaria —en el caso, durante una cirugía—, no acreditó negligencia en el cumplimiento de las normas de higiene, pues la presencia de tal dolencia constituye, *res ipsa loquitur*, evidencia de la presencia de los gérmenes que la provocan, que es, a la vez, manifestación de un riesgo al que quedan sometidos los pacientes, de manera que no puede considerársela como un caso fortuito extraño o externo a la actividad **(30)**.

VIII. La prueba de la relación de causalidad

Es sabido que en los casos de infecciones hospitalarias la acreditación de la relación de causalidad puede ser sumamente difícil y compleja **(31)**. En efecto, en la sentencia se destaca que la prueba del origen del contagio en una infección intrahospitalaria puede llegar a ser diabólica.

Ello es así porque las infecciones pueden ser provocadas por múltiples causas. Y en muchas ocasiones resulta dificultoso identificar a una sola de ellas como la causa exclusiva y adecuada de la infección **(32)**.

En algunas ocasiones son provocadas por la creciente resistencia microbiana a medicamentos utilizados para combatir las infecciones más comunes, a veces por estar los pacientes hospitalizados expuestos a un descenso de su resistencia natural a las infecciones, o en otras ocasiones debido al creciente número de procedimientos quirúrgicos y médicos —como también a las técnicas invasivas— que aumentan el riesgo de infección **(33)**.

Otras causas de la infección hospitalaria son la infraestructura, los métodos de limpieza, de asepsia y antisepsia, esterilización, conducta del personal, tipos de cirugías, vías de abordajes, tejidos mortificados o coágulos, duración de la intervención, condiciones del paciente, uso de antibioticoterapia, coordinación de las tereas con el fin de evitar el menor descuido, etc. **(34)**.

En este entendimiento, el fallo sigue la línea jurisprudencial que sostiene que si se prueba el contacto físico entre el actuar y el menoscabo

y Mutualidad Hospital Española de Mendoza en: Vila, Pablo Julio c. Hospital Español de Mendoza", del 27/12/2007, Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9063/2007.

(29) Alterini, Jorge, su voto en CNCiv., sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c. G., J. M.", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7792/2000; asimismo, ver Zannoni su voto en CNCiv., sala F, 02/09/2019, "Gonceski, Ariel A. c. Celso SRL y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27672/2019.

(30) Zannoni su voto en CNCiv., sala F, 02/09/2019, "Gonceski, Ariel A. c. Celso SRL y otros s/ daños y perjuicios", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/27672/2019. Los Dres. Posse Saguier y Galmarini sostienen que, en supuestos de indemnizaciones relacionadas con infecciones hospitalarias, la responsabilidad de los establecimientos asistenciales no siempre ha de sustentarse en el factor de atribución objetivo.

(31) En este sentido, CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870, y en "Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 2ª ed., p. 320; CNCiv., sala E, 13/10/2020, "A. G., J. c. Administración Sanatorial Metropolitana SA y otros s/ daños y perjuicios (resp. prof. médicos y aux.)", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/56080/2020.

(32) CALVO COSTA, "Responsabilidad civil de los médicos. Infección intrahospitalaria y falta de infraestructura necesaria del hospital", LA LEY 2005-F 860 y en "Responsabilidad Civil, doctrinas esenciales", Ed. La Ley, t. V, ps. 859-870.

(33) WEINGARTEN, Celia, "La hotelería en el hospital público y la responsabilidad por infecciones", en obra colectiva Responsabilidad del Estado y del hospital público, Carlos Ghersi — Celia Weingarten (dirs.), Ed. Nova Tesis, 2005, p. 63.

(34) Galmarini, su voto en CNCiv., sala C, 05/09/2000, "P., R. J. c. G., J. M.", Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7792/2000.

que presenta el paciente, y no se puede conocer a ciencia cierta cuál fue la causa del daño, ello no es obstáculo para que los magistrados, a tenor de los elementos de convicción aportados y las circunstancias del caso, puedan tener por cierta la existencia de la relación causal. Ello porque al ser extremadamente dificultosa la demostración de la relación causal corresponde aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias **(35)**.

Sin embargo, creemos que este razonamiento debe sustentarse en datos fácticos que permitan aligerar o flexibilizar las exigencias probatorias en la materia.

En este caso, se razona que si el sanatorio demandado es el único centro médico en que estuvo internada la niña fallecida desde que nació hasta que contrajo la sepsis, sumado a la circunstancia de que se haya producido el contagio por un germen que se determinó que es intrahospitalario y exógeno al paciente —*staphylococcus epidermidis*—, además, de que no se acreditó que existiera un plan de control de infecciones hospitalarias, permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia ello podría haberse evitado. La Cámara funda esta solución en lo dispuesto por los arts. 5º, 40 y 40 bis de la ley 24.240.

(35) CNCiv., sala M, 18/12/2000, "Recamato de Mina, Norma c. Sanatorio Quintana", JA 2001-IV-591.

Nótese que la Cámara destaca que no se acreditó que existiera un plan de control de infecciones hospitalarias y estima que ello permite inferir el incumplimiento de las medidas de seguridad necesarias y que con la debida asepsia la infección podría haberse evitado.

IX. Conclusión

En resumen, la relación entre los pacientes y los establecimientos asistenciales, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga configura una relación de consumo (arts. 42, CN, 3º, ley 24.240, 1092, Cód. Civ. y Com.).

Las deudoras responden de manera directa por el incumplimiento de las obligaciones que asumieron. Entre estos deberes específicos se encuentra la obligación de seguridad (arts. 5º y 6º, ley 24.240) que, en los casos de infecciones hospitalarias, se encuentra referida a una obligación de medios (art. 1723, Cód. Civ. y Com., *a contrario sensu*).

La demandada es quien tiene que acreditar que ha desplegado una conducta diligente en la prevención de la infección. En este punto es aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas (art. 1735, Cód. Civ. y Com.). Es de aplicación lo dispuesto en el art. 1725 del Cód. Civ. y Com.

EXPRESIONES CALUMNIOSAS

Utilización del término "terrorista". Derecho al honor. Extralimitación del derecho a expresarse. Disidencia.

Con nota de María Jimena Cabanas

1. — Emplear el término "terrorista" para referirse al periodista es un insulto de inusitada gravedad, altamente injuriante, con aptitud causal para ocasionar un daño al demandante, que debe ser resarcido, por imperio de los arts. 1716, 1722, 1726, 1737, 1740, 1741, 1745, 1768, correlativos y concs. del Cód. Civ. y Com.

2. — Las expresiones del demandado adjetivando de embustero y terrorista al actor no están centradas en criticar la falsedad de la información, ni siquiera en desmentirla.

3. — La imprecisión, la inexactitud, o aun la falsedad de la narración hecha por el cronista podrían en todo caso ser fácilmente rebatidas o desacreditadas, pero en modo alguno pueden emplearse términos como "terrorista" para denostar a un periodista con cuya crónica no se está de acuerdo. El término sin duda es bajo y especialmente insultante.

4. — Del análisis de las expresiones y frases usadas se infiere que ha existido agresión al honor y a la intimidad del actor, a partir quizá de un ejercicio extralimitado del derecho de expresarse, porque en el desarrollo y descripción de hechos conducentes el demandado acudió a locuciones, frases o giros verbales que descalificaron a la parte actora, presentándola como una persona malintencionada, intrigante y de dudosa moralidad con la consiguiente carga negativa en el ámbito de sus relaciones sociales, familiares y profesionales. Es que aun para poner en tela de juicio su idoneidad profesional como periodista, era absolutamente innecesario e improcedente describirlo como "terrorista".

5. — Esgrimir que fueron utilizadas las palabras embustero y terrorista, con ánimo de broma, sin intención de ofender, no constituye una razón que permita afirmar que estamos en presencia de una causa de justificación, más allá de que estas causas no forman un número cerrado de ellas (del voto del Dr. Sánchez Torres).

6. — La errónea información que brindó el periodista por un medio radial masivo, dada el mismo día de la marcha y mientras esta se desarrollaba, legítimamente generó el derecho del demandado de responder y criticarlo directa y personalmente, en el marco del ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión, ya que se trataba de una cuestión de interés público y el demandado había hecho pública su postura luego de la crónica y contemporáneamente al avance de la movilización. No surge la intención de perjudicar a la persona del actor, de calumniarla o injuriarla, sino únicamente expresar una crítica de las expresiones públicas que el actor había realizado con motivo de la marcha (del voto en disidencia del Dr. González Zamar).

7. — En el caso concreto las expresiones del humorista se centraron especialmente en criticar la falsedad de la información que estaba dando el periodista sobre el desarrollo de la marcha en curso en el centro de la ciudad, tanto en lo que se refiere a la cantidad de personas asistentes como en relación con su modalidad de desarrollo (del voto en disidencia del Dr. González Zamar).

8. — Afirmar livianamente que habían concurrido solo 300 personas y reprocharles públicamente haber creado un caos en el tránsito vehicular sin ningún objetivo justifica claramente no solo el adjetivo utilizado por el demandado —embustero—, sino esencialmente la respuesta de quien tuvo un protagonismo especial tanto en la convocatoria previa como en el desarrollo y culminación de la marcha (del voto en disidencia del Dr. González Zamar).

9. — Dado que el comentario radial fue hecho en el mismo momento en el cual se estaba desarrollando la marcha, la inexactitud sobre la cantidad de asistentes como especialmente la referencia a la existencia de un caos en el centro pudo ser interpretado por los que lo escucharon y estaban participando, como un modo directo de desalentar la concurrencia masiva y espontánea de los posibles interesados, con el riesgo de hacer fracasar la movilización como metodología de presión a las autoridades públicas, en perjuicio de los intereses públicos que se buscaban proteger (del voto en disidencia del Dr. González Zamar).

10. — Ninguna prueba de la diligenciada por el actor permite tener por comprobada la intención deliberada del demandado de agraviar el honor del actor o su imagen pública; por el contrario, todo indica que lo criticó públicamente por haber dado una información falsa y por los comentarios previos del propio actor quien, a

su vez, criticaba públicamente la razón de la marcha popular (del voto en disidencia del Dr. González Zamar).

11. — Si la imagen pública del accionante se vio ensombrecida por la respuesta crítica a sus dichos y hecha pública en las redes sociales, no fue en razón de lo que el demandado dijo, sino en función de lo que el propio periodista expresó públicamente (del voto en disidencia del Dr. González Zamar).

12. — Las partes son figuras públicas y, como tales, se encuentran expuestas a que su actuación sea objeto de particular escrutinio con relación a los asuntos públicos que las involucren, con el consiguiente mayor riesgo de que sus derechos de la personalidad puedan verse atacados (del voto en disidencia del Dr. González Zamar).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Expresiones injuriosas.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Actividad: Periodista.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $46.000

CCiv. y Com. 1a Nom., Córdoba, 10/12/2020. - C., A. A. c. G., J. L. s/ ordinario - Daños y perj. - Otras formas de respons. extracontractual.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/76947/2020]

COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

INTERESES

Se aplica la tasa pasiva con más el 2% mensual.

Expediente 6596730

2ª Instancia.- Córdoba, diciembre 10 de 2020.

1ª ¿Procede el recurso de apelación planteado? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *González Zamar* dijo:

I. En contra de la sentencia relacionada, cuya parte resolutiva ha sido transcripta, el actor dedujo recurso de apelación, que fue concedido a fs. 455.

Radicada la causa en esta Sede e impreso el trámite de ley, el apelante expresó sus agravios (cfr. fs. 483/486), que fueron contestados por el demandado (cfr. fs. 501/513), quien solicitó el rechazo del recurso.

Dictado y firme el decreto de autos, quedó la causa en condiciones de estudio y resolución.

II. La sentencia apelada contiene una adecuada relación de causa que satisface las exigencias del art. 329 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, por lo que a ella me remito.

III.1.- En prieta síntesis, el Sr. A. A. C. promovió demandada en contra del Sr. J. L. G., quien encarna el personaje de "Doña Jovita" interpretada por José Luis Serrano, nombre artístico del accionado, persiguiendo que se condenara a este último a abonarle la suma de trescientos mil pesos ($300.000) a título de indemnización de daño moral, por las expresiones que el accionado realizara llamándolo "terrorista" y "embustero" con motivo de los comentarios periodísticos efectuados por el actor periodista en la emisora radial local, en ocasión de la marcha en defensa del Bosque Nativo realizada en esta ciudad de Córdoba el día 28 de diciembre de 2016, que habían afectado su dignidad y honor (cfr. fs. 1/5 y 27).

III.2.- El demandado solicitó el rechazo de la acción intentada.

Manifestó que esas expresiones fueron sacadas de contexto, endilgándole una connotación injuriante que no se corresponde con el "*animus jocandi*" con que el personaje "Doña Jovita" expresó el malestar y repudio social generalizado que provocaron los comentarios que el periodista realizó a través de la cadena radial aludida, criticando la marcha y faltando a la verdad al informar que habían concurrido solo unas 300 personas, generando caos en el centro de la ciudad, cuando en realidad, se había tratado de una marcha multitudinaria y pacífica que buscaba evitar que la Unicameral de la Provincia sancionara el proyecto de reforma a la Ley de Bosques (cfr. fs. 37/58).

III.3.- Luego de un extenso análisis de la prueba colectada en la causa, el tribunal de primera instancia concluyó que la actuación del demandado no fue antijurídica y que tampoco hubo de su parte intención

de injuriar al criticar la crónica radial que había realizado el Sr. C. sobre la mencionada marcha.

En consecuencia, desestimó la demanda, con costas a cargo del accionante vencido.

IV. Por intermedio de sus apoderados, los abogados Carlos Raúl Nayi y José Amado Nayi, el actor interpone apelación en contra de la sentencia de grado (cfr. fs. 483/486).

IV.1.- En primer término, los letrados de mención plantean que dicha resolución es nula porque "omite el consignar el número de protocolización", lo que "constituye un vicio formal insalvable, no susceptible de confirmación", por afectarse "el principio de competitividad de la sentencia en su aspecto formal" y transgredir "el debido proceso, la defensa en juicio y de igualdad de partes".

IV.2.- Luego afirman que la sentencia es también nula "porque en la parte dispositiva —que es propiamente lo que constituye el fallo— la sentenciante ordena el rechazo de la demanda, empero omite completar como estaba obligada, que la inadmisibilidad de la demanda lleva por consiguiente el rechazo del daño moral que impetró el actor como demandante, punto del litigio crucial, porque, cuando hay imposición de costas como en la especie, obedeciendo al principio de especificidad procesal, es la base económica y las pautas para la regulación por el rubro honorarios".

IV.3.- Seguidamente, ponen de relieve que, pese a la omisión consignada, "la juzgadora formula liquidación por el rubro de daño moral y el detalle de los intereses calculados que hacen que el monto reclamado de $300.000 arribe a la suma de $756.848,73, monto este determinante que le posibilitó a la juez ordenar una regulación de los letrados intervinientes de $170.290,96 que claramente no solo es un monto excesivo, sino que el resolutorio no especifica si la regulación es por el juicio ordinario por daños o solo por petición del rubro daño moral. La incertidumbre jurídica emerge toda vez que además de las motivaciones que precede, la juez no ha fundado la regulación conforme las pautas inmediatas y mediatas del art. 39 de la ley 9459, por lo que la sentencia a todas luces resulta anulable por su incongruencia".

IV.4.- En subsidio de lo anterior, "pasan a enumerar los errores" que, a su juicio, contiene la sentencia y agravian a su representado.

Concluyen que el tribunal no advirtió que, aun cuando el número de real de personas que participaron en la marcha era distinto (superior) al informado por el actor, ello en modo alguno justificaba las ofensas proferidas a su honor, que se replicaron en redes sociales y diversos portales.

Peticionan, en definitiva, que se declare la nulidad de la sentencia o, en subsidio, que sea revocada y declarada procedente la demanda, con costas e intereses.

V. Previo a iniciar el tratamiento de la impugnación ensayada, toca referirme al planteo de deserción recursiva formulado por el demandado.

Sobre el punto, adelanto conclusión en orden a que el escrito de expresión de agravios, con las salvedades puntuales que luego serán explicitadas, reúne los elementos necesarios para tener por fundado el embate contra la sentencia apelada, por cuanto el apelante expone los motivos por los cuales pretende que se declare la nulidad de la sentencia o, en su caso, la revocación, y consiguiente admisión del reclamo resarcitorio incoado.

Sobre el punto, la doctrina ha dicho: "...se debe privilegiar la composición de la causa con justicia, antes que una fría legalidad, decidiendo el pleito de un modo real y profundo. Es por ello que se ha declarado que la brevedad o laconismo de la expresión de agravios no constituye razón suficiente para sentar la deserción del recurso en el supuesto que el apelante individualice, aún en mínima medida, los motivos de su disconformidad con la sentencia impugnada, por cuanto la gravedad de los efectos que la ley imputa a la insuficiencia del mencionado acto procesal aconseja aplicarla con criterio amplio, favorable a la admisibilidad del recurso" (Azpelicueta, Juan J. - Tessone, A.: *La Alzada, Poderes y Deberes*, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1993, p. 30).

Descartada, entonces, la deserción del recurso, deviene inaplazable ingresar a su examen.

VI. Nulidad de la sentencia de primera instancia. Puesto en tal labor, se advierte que la sentencia de grado llena las formalidades extrínsecas legalmente requeridas para ser un acto jurisdiccional válido, dado que satisface su expresión por escrito en idioma nacional, contiene la indicación de lugar y fecha de su dictado, la firma digital de la Sra. Jueza que suscribió el pronunciamiento y los datos relativos a su protocolización, que individualiza a este último como la sentencia número "tres" del año en curso, correspondiente al "Tomo 1" y "Folio 14-19" (cfr. fs. 418).

Por otra parte, conteniendo la demanda que dio origen al pleito, una solo pretensión (indemnizatoria), el expreso rechazo de aquella agotaba el fondo del asunto litigioso, de modo que la parte resolutiva no resultaba incompleta por carecer de una referen-

cia explícita a la desestimación del reclamo resarcitorio del daño moral.

En consecuencia, no se configuran los motivos en que el recurrente ha fundamentado la invocada nulidad de la sentencia de primera instancia.

En consonancia con ello, por razones de orden lógico y jurídico, procede invertir el orden de los agravios expuestos, avocándome, en primer término, a analizar el mérito de la queja vinculada al rechazo de la demanda y luego tratar, si así correspondiera, la impugnación de la regulación de los honorarios fijados a favor de los letrados del demandado.

VII. En esta línea de razonamiento, cuadra poner de relieve que el recurso de apelación atribuye a este Tribunal de Alzada "el conocimiento de los puntos de la resolución a que se refieren los agravios" (art. 356 Cód. Proc. Civ. y Comercial). En esos términos, la ley procesal consagra el adagio "tantum devolutum quantum apellatum" que demarca —junto a otras directrices— el perímetro de la facultad revisora de esta Cámara.

Esto significa que la labor de la Alzada no consiste en una revisión "ex novo" del proceso, sino que su competencia se abre al solo efecto de conocer los puntos de la resolución a que se refiere la impugnación planteada. Y ello es así, en virtud de que los "agravios" son el fundamento y la medida de los recursos, y han de conformar una posición clara y concreta de los litigantes, que no coloque al Tribunal en la necesidad de proceder a una revisión indiscriminada, con riesgo no solo de suplir la actividad crítica del impugnante, sino —incluso— de hallar agravios donde aquel no los hubiera señalado.

A partir de una atenta lectura del memorial de expresión de agravios, resulta que el apelante no atribuye yerro alguno al tribunal *a quo* sobre determinados puntos litigiosos considerados y resueltos en la sentencia, a saber:

a) Intercambio epistolar extrajudicial. Sostuvo la *Iudex* que las partes no discrepaban acerca de la fecha en la cual se ubicaban las expresiones de "Doña Jovita" y que dieron cuenta de la intimación realizada por el Sr. C. el 3 de enero del año 2017, a la que se refiere la carta documento agregada a fs. 13. Ambos reconocen que las expresiones de "Doña Jovita" fueron realizadas en razón de lo que previamente había informado el actor en la radio respecto de la marcha realizada el 28 de diciembre del año 2016, en esta ciudad de Córdoba, movilización vinculada con el proyecto de Ley de Bosques.

Adujo que no se encontraba discutido que tanto el Sr. C., periodista de Cad 3, una de las emisoras radiales de mayor audiencia de esta ciudad, como "Doña Jovita", personaje que encarna el Sr. J. L. G., conocido artísticamente como José Luis Serrano, actor y músico, eran figuras conocidas públicamente en la provincia de Córdoba.

Añadió que tampoco se encontraba controvertido que las expresiones de la demandada habían sido en respuesta a lo que había dicho el actor sobre la marcha en defensa del Bosque Nativo.

En efecto, se lee en la carta documento del 3 de enero de 2017 (fs. 13), es decir, a pocos días de los acontecimientos, remitida por el actor al Sr. José Luis Serrano "por medio de la presente intimo término cuarenta y ocho horas…ratificar o rectificar las expresiones vertidas por usted en forma pública y dirigida a mi persona, altamente agraviantes y calumniantes, las que han afectado mi buen nombre y honor, generando angustia, desasosiego y desconcierto. El requerimiento que se formula responde a las graves aseveraciones efectuadas por usted en distintos medios y que replica en página 'encordoba.com.ar' al explicitar, enfundado en el personaje de Doña Jovita, lo siguiente: "Ehhh, A. C., mijo, qué le paaasa…un humorista cheee Eh, un humorista ahora terrorista…qué le pasa que está tan embustero…". Agregando: "Concretamente usted me atribuye ser terrorista y embustero, entendiendo (que) su ira nace desde que no se comparte la crónica efectuada por este profesional en el marco de la marcha vinculada a la Ley de Bosques y su convocatoria…".

En la respuesta extrajudicial remitida al actor del 9 de enero de 2017 (fs. 14), el demandado expuso: "niego por falsos y maliciosos todos los términos de su misiva…la intimación por Ud. impuesta resulta absolutamente improcedente e inoficiosa, dado que Ud. no puede intimarme a que ratifique o rectifique términos expresados por el que suscribe en relación a Ud. como persona pública de Córdoba en el personaje ficcionado y de humor Doña Jovita —cuya trayectoria (30 años) acaba de ser reconocida mediante una mención otorgada por la Legislatura de la Provincia de Córdoba —que encarna la figura de una 'anciana, costumbrista, promotora y desde hace tiempo una acérrima defensora de la vida, la flora y la fauna de traslasierra', siendo la exageración una de las características del personaje aceptado popularmente, por lo que en tal sentido, no existe ofensa posible porque nos encontramos ante la presencia de la concurrencia del *animus jocandi* (ánimo de broma), y no —como Ud. lo pretende a los fines de colocarse en el rol de ofendido— frente a la configuración del *animus injuriandi*", y agrega "más allá de la cuestión de técnica jurídica, niego terminantemente haber proferido contra su persona términos que importen la tipificación de

los delitos que Ud. refiere. Sin perjuicio de ello, debo señalarle que en el carácter de personaje de 'Doña Jovita' también ejerzo —desde el humor— un derecho de informar, opinar y denunciar sobre asuntos de 'interés público', tal como resultó del caso la denominada 'Marcha en Defensa de los Bosques Nativos'...en el que participaron una diez mil personas, manifestando su rechazo al proyecto de ley de ordenamiento territorial de los bosques nativos de la Provincia de Córdoba, donde Ud. en ocasión de participar de la cobertura periodística refirió que solo concurrieron 300 personas —causando gracia y bronca a la vez en millones de cordobeses— por lo cual desde mi personaje continué la parodia desde el humor, es decir, que mis expresiones, como ya referí, tienen un claro *animus jocandi* no son asertivas, y su contexto es un hecho público en relación a una persona pública como Ud., por lo tanto no se configura delito alguno".

Continúa expresando luego de referir la inexistencia de un delito de calumnia e injuria, que "los términos terrorista y/o embustero empleados en la alocución humorística, lo fueron en *animus jocandi* y no constituyen ninguna afirmación asertiva sobre un hecho deshonroso a su persona como así también en una descripción de una descripción de una característica de la personalidad...fueron realizadas con ánimo de broma por el personaje Doña Jovita, en el ejercicio de la libertad de opinión y de informar —desde el humor— y es claro que los términos carecen de 'aptitud o idoneidad' para ofender ya que no se correlacionan con algún hecho de su vida privada o sobre su persona, sino una parodia sobre su burda y falsa apreciación en relación a una marcha de más de 10 mil personas y donde Ud. refirió que tan solo eran 300 personas...". Luego concluye "...lo intimo se abstenga de atentar o intentar limitar mis derechos a opinar libremente en el personaje de Doña Jovita...".

Ese descargo fue contestado por el actor el 20 de enero de 2017 (fs. 17) emplazando a la demandada a aceptar o rechazar el requerimiento de publicar su retractación, explicitando que sus expresiones fueron efectuadas en tono de broma sin intención de ofender ni afectar el buen nombre y honor del actor.

A lo que respondió el demandado negando haber realizado expresiones calumniosas o injuriosas en contra del actor, como que las expresiones de humor del personaje hayan sido arrogantes, irrespetuosas y contrarias a la ley o la moral. Reitera que su proceder ha sido ajustado a derecho en una sociedad democrática, "...ejerciendo con humor su derecho a opinar sobre un asunto público y de suma relevancia social y que sus quejas de falta de respeto y supuesta arrogancia....obedecen —en realidad— a una inocultable persecución sistemática realizada en forma orgánica por algunos sectores oficialistas y afines al gobierno de turno, con el claro objetivo de acallar las voces disonantes de varios artistas cordobeses y demás, que hemos salido a defender el bosque nativo de la Provincia de Córdoba".

Finalmente agrega que "las expresiones humorísticas —carentes de materia ofensiva...del personaje... refieren a un reporte periodístico sobre la 'Marcha en Defensa del Bosque Nativo' (28/12/2016) donde concurrieron más de 10 mil personas y Ud. informó descarada y desvergonzadamente, a la importante audiencia de la radio

-Cadena 3— que eran solo unas 300 personas, mintiendo —de este modo— con alevosía, a toda la sociedad cordobesa. Esa información absolutamente falsa —brindada con real malicia— motivó un fuerte rechazo de varias organizaciones sociales y ambientales cordobesas, y del personaje 'Doña Jovita' que también no pudo dejar de expresar su opinión con humor, frente a lo burdo de su reporte. De modo que las expresiones se dieron en un contexto, de un hecho público relevante, sin imputaciones asertivas... que Ud...termina reconociendo...como arrogantes e irrespetuosas...".

b) La crónica periodística del actor y la respuesta del demandado. Toda la prueba recogida en autos permitía verosímilmente atribuirle al actor la información que contiene el Audio identificado como "Audio A. C.", transcripto a fs. 205/206 y reproducido en la audiencia de reconocimiento de fs. 276.

El Sr. C. dijo en la radio: "...300 personas comenzaron a marchar aproximadamente a las cinco y media de la tarde por Av. Colón hasta General Paz; para aquellos que no conocen Córdoba, es el centro neurálgico que tenemos en el microcentro de Córdoba, Av. Colón y Gral. Paz; ahí se detuvieron unos 15 o 20 minutos los manifestantes y posteriormente continuaron por Gral. Paz doblaron área peatonal Deán Funes hasta llegar a la Legislatura Provincial; claro la policía, las vallas, ya son tradicionales no las sacan nunca, porque las dejan para todas las protestas, en ese lugar, leyeron un documento, una especie de audiencia pública, en este lugar frente a la Legislatura y se produce la desconcentración; qué reclaman, por la Ley de Bosques...".

Ha sido acreditado en autos que la información brindada por el periodista era falsa, ya que no se correspondía con lo que realmente había sucedido, tanto en lo referido a la cantidad de personas que participaron de la marcha, como también respecto del recorrido y su pacífico desarrollo y la terminación del evento. Así, de la prueba producida surgía que la cantidad de participantes en la movilización superaba notoriamente con creces el número informado por

el periodista , el punto de encuentro no había sido la legislatura sino la Plazoleta del Fundador y la desconcentración de gente había tenido lugar en horas de la noche, al finalizar el espectáculo musical montado al efecto.

Por otra parte, el actor no se había limitado a dar la información sobre la marcha, sino que también había opinado sobre ella.

En efecto, expresó "Pero digo: ¿ no escucharon la Cadena 3 estos 300 que hoy crearon un caos en el tránsito vehicular y la gente que no sabe a dónde tomar el ómnibus para volver a casa, que se va a tratar el año que viene la ley de bosques? que la justicia suspendió la audiencia pública, que en un principio estaba programada para hacerla aquí en la Legislatura y posteriormente decidió hacerla en Villa de María de Río Seco 170 km al Norte de la Capital y también la Justicia dijo no, a la audiencia pública en aquel lugar...".

Culmina el comentario —ya no la información periodística— señalando: "Es increíble, hoy protestaron por nada, por algo que se va a tratar el año que viene, en (el) cual el oficialismo en un momento dijo a pesar de tener los votos, pero no hay consenso, la pasamos para el año que viene...".

Por su parte, "Doña Jovita" respondió: "Eh, A. C., mijo, ¿Qué le pasa? un humorista che, un humorista ahora terrorista, ¿Qué le pasa A. C., A., que está tan incordio?, ¿Qué le pasa que está tan embustero, ¡Cómo va a decir que hubo 300 personas!...se ve que ni estuvo usted, se ve que ni jué...y encima ni ha visto...por ¿Qué le pasa bonito, que se me está arruinando?... está traicionando su esencia,...hermano brasilero, acuerde que esta tierra lo ha recibido y lo acoge...no se venda...no se traicione, ¿A qué responde bonito? ¿Qué le pasa A. C. y a qué se debe esa inquina, ese encono? ¿Por qué nos odia, si no nos conoce? ¡A. C., sosegate!".

VIII. Ahora bien, es sabido que existe una íntima ligazón entre el deber del juez de dar los motivos en los que basa cada uno de los tramos del itinerario de su decisión, la carga del recurrente de detenerse también así para refutar las razones dadas por el juez y, por fin, el deber de la Cámara de explicitar los fundamentos por los que considera que las refutaciones del apelante son o no son atinadas (cfr. Quadri, Gabriel H.- Rosales Cuello, Ramiro - Sosa, Toribio E.: Tratado de los recursos, Astrea, 2019, T. I, p. 96).

Entonces, para fundar idóneamente su recurso, el impugnante debe controvertir los fundamentos recaídos sobre cuestiones o puntos dirimentes; es decir, sobre aquellos cuya remoción habrá de determinar la revocación de la decisión que le causa perjuicio.

VIII.1.- En su escrito de expresión de agravios, el actor sostiene: "[...] la juzgadora se explaya en forma profusa y centra toda su atención respecto de la marcha multitudinaria que se estaba tratando en la legislatura sobre la ley de bosques, que no es, precisamente el tema decidendum' que motivo el demandante en la acción entablada y en el reclamo de sus derechos, en razón que como lo puntualizo en su demanda sino que, como consecuencia de la marcha, por internet y otros medios de difusión escudado en la persona de 'Doña Jovita' le dio un tinte jocoso a las ofensas, que por su naturaleza, no eran jocosas sino más bien reprochables, porque afectaban la intimidad del actor como periodista, su espíritu, la de su familia, y de todo su entorno laboral... Las expresiones ofensivas que aprovechando su personaje de 'Doña Jovita' profirió agravios tendientes a descalificar, ofender y reprochar la información oral del actor en su labor como periodista, que tuvieron difusión pública, como estas: "como un humorista ahora terrorista - 'que le pasa que esta tan embustero' justificando las agresiones publicas ofensivas con la expresión fueron '*animus jocandi*'... La jueza incurriendo nuevamente en un error puntual concluye afirmando —fs. 446— que ha quedado debidamente acreditado que no fue una marcha pequeña de escasa convocatoria (la convocada con motivo del tratamiento de la ley de bosques) sino todo lo contrario; la inexactitud de la información producida por el periodista, afirmo la sentenciante, fueron las que provocaron las expresiones de la parte demandada. Es decir, Excma. Cámara, que siendo distinto el número de los convocados para la defensa de la ley de bosques que divulgo el actor C. en su calidad de periodista, afirmó la sentenciante, justifica las ofensas vertidas en su contra por el demandado. El yerro de la jueza es manifiesto, porque soslaya y justifica los términos ofensivos porque el actor divulgo un numero distinto eventualmente al real, lo que implica sin hesitación que la Jueza no motivó debidamente su sentencia incurriendo en discrecionalidad y en el abuso del derecho, incumpliendo con la correcta actividad funcional en la jurisdicción a que está obligada por normas formales, sustanciales y constitucionales. En efecto; obra a fs. 239/240, el testimonio que consigna la sentencia de Leonardo Javier Rossi, periodista colaborador del diario 'Pagina 12', y otros medios alternativos, quien asevera que la marcha por la defensa de la ley de bosques la conformaban unas 1000 personas, y que el periodista C., en su difusión oral, aseveraba que eran cientos de personas. La pregunta que se impone es la siguiente (no la consigna la Jueza incurriendo en incongruencia). Esa diferencia de personas que constituían la marcha para la defensa de la ley de bosques, es motivo justificado para que la parte demandada ofenda en forma pública reiterada en diversos medios que era un terrorista y un embustero. La respuesta es negativa, no es motivo de justificación para ofender públicamente a un periodista por una

diferencia en el número de personas que integraban la marcha, máxime cuando no hay nada que habilite tener en cuenta que el conteo de personas que integraban la marcha. Por tanto esta prueba resulta inidónea porque no se condice con documentación fehaciente a ese respecto, y reiteran no es causal para que la demandada ofenda al periodista y actor C. por divulgar que el número que conformaba la marcha era menor. La jueza consigna el testimonio de F. d. P. que obra a fs. 241 que no resulta dirimente a la postre porque concluye que la información que proporcionaba públicamente el periodista y actor C. respecto al número de los participantes de la marcha, no era dirimente, porque el testigo nada afirmo sobre expresiones injuriosas de la demandada hacia el actor guardando silencio a ese respecto. Entonces, en relación a ese punto, se impone ser reiterativo, en el sentido que la cantidad de manifestantes que divulgaba el periodista y actor C. no justificaba de ninguna manera ninguna de las expresiones ofensivas, agraviantes y gratuitas del demandado... Se impone poner de resalto, por razones de brevedad, que los testigos analizados por la Jueza en la sentencia, critican la difusión que hizo el periodista y actor C. sobre la cantidad de personas que constituían la marcha, cuando era mayor el número que el que había divulgado el nombrado. Reiteran no es causal para el ataque ofensivo que produjo el demandado al actor con expresiones injuriosas a título gratuito" (sic, fs. 484/485).

VIII.2.- Sin embargo, surge con meridiana claridad que el tribunal *a quo* efectuó una serie de afirmaciones trascendentes para la resolución del pleito que el apelante no ha intentado siquiera mínimamente rebatir, a saber:

a) En el caso concreto las expresiones del humorista se centraron especialmente en criticar la falsedad de la información que estaba dando el periodista sobre el desarrollo de la marcha que estaba teniendo lugar en el centro de la ciudad, tanto en lo que se refiere a la cantidad de personas asistentes como en relación a su modalidad de desarrollo.

b) La informativa del periódico de La Voz (fs. 303/311) refiere que la marcha fue convocada por la Coordinadora en Defensa del Bosque Nativo, partió a las 15 de Colón y Cañada y realizaron un festival en la Plazoleta del Fundador, partieron llevando banderas y pancartas con consignas en defensa del bosque nativo, agregando "durante la semana, hasta la propia Doña Jovita...convocó a la manifestación a través de un video difundido por YouTube....entre las pancartas destacaron aquellas que mostraban los rostros de los legisladores que impulsan la reforma";

c) La errónea información que brindó el periodista por un medio radial masivo, dada el mismo día de la marcha y mientras esta se desarrollaba, legítimamente generó el derecho del demandado de responder y criticarlo directa y personalmente, en el marco del ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión, ya que se trataba de una cuestión de interés público y el demandado había hecho pública su postura luego de la crónica y contemporáneamente al avance de la movilización.

d) Si "Doña Jovita" había convocado a la marcha, era razonable que, frente a una información falsa sobre el éxito de la convocatoria, aclarara la situación del modo en que ese personaje se dirige a su público, es decir, en los dichos del personaje que encarna el demandado y como lo hace habitualmente en esa condición, con humor y picardía utilizando vocablos que rimen, recurriendo a expresiones que buscan provocar la risa.

e) La crítica del demandado fue dirigida a la persona del Sr. C. porque fue él quien emitió la información errada. Fue oportuna porque se emitió ese mismo día y con motivo de lo que aquel refirió erradamente, por lo que se descartaba que hubiera habido la intención de agraviar gratuitamente a su persona, sino más bien criticar lo que había dicho en ese momento. Si el actor no hubiera faltado a la verdad, no hubiera habido ninguna reacción por parte de quienes participaron de la manifestación.

f) Las expresiones del demandado, analizadas en conjunto y el contexto ya señalado, no eran susceptibles de lesionar el honor el honor y reputación del actor.

Al respecto, en primer lugar, el demandado se pregunta qué le pasa al actor, es decir, manifiesta sorpresa por el comentario radial, que no se correspondía con lo que estaba realmente ocurriendo.

El personaje pregunta nuevamente y se advierte con claridad cierta desilusión con la persona del periodista, cuando refiere que se está "arruinando", "traicionando su esencia", por lo que es válido presumir por un lado, que el demandado esperaba otra actitud por parte del periodista, sea porque lo reconoce como un colega suyo ya que lo llama también humorista, o sea porque conoce su trayectoria o su vida personal ya que refiere su origen extranjero, o por las razones que fueran, lo que resulta fundamental es que la respuesta del demandado iba especialmente dirigida por un lado, a señalar la falsedad de la información radial difundida por el Sr. C., y por el otro, a criticar el comentario descalificante que este había realizado sobre la marcha.

Seguidamente le cuestiona por qué está molesto o enojado con la marcha, por qué los odia, rematando

finalmente la frase invitándolo a calmarse, a tranquilizarse.

g) No surge la intención de perjudicar la persona del actor, de calumniarlo o injuriarlo, sino únicamente expresar una crítica de las expresiones públicas que el actor había realizado con motivo de la marcha.

h) En lo que se refiere a la elección de la palabra embustero, no se advertía su falta de correspondencia con lo sucedido, pues el periodista no había dicho la verdad al realizar la crónica. Si acorde a sus expresiones estaba "viendo" la desconcentración, no podía desconocer la magnitud que había tenido la convocatoria (como mínimo de unas 5000 personas). Afirmar livianamente que había concurrido solo 300 personas y reprocharles públicamente haber creado un caos en el tránsito vehicular sin ningún objetivo, justifica claramente no solo el adjetivo utilizado por el demandado, sino esencialmente la respuesta de quien tuvo un protagonismo especial tanto en la convocatoria previa como en el desarrollo y culminación de la marcha.

i) En cuanto a la referencia de ser humorista devenido en terrorista, este calificativo tiene directa relación con lo anterior, es decir, con la falsedad de la información dada por el cronista, ya que apunta a señalar a aquella persona que busca generar temor en la sociedad, por lo general, con fines políticos, por actos de violencia o sabotaje. Un sinónimo que aparece adecuado para interpretar en su contexto el comentario del demandado es el de saboteador, es decir, aquel que boicotea, el que con sus acciones busca impedir o entorpecer el desarrollo normal de un proceso o de un acto, a menudo como medida de protesta o como medio de presión para conseguir algo. El que sabotea o boicotea pretende con su intervención evitar que se concrete el proceso que otro está desarrollando.

En este aspecto, dado que el comentario radial fue hecho en el mismo momento en el cual se estaba desarrollando la marcha, la inexactitud sobre la cantidad de asistentes como especialmente la referencia a la existencia de un caos en el centro, pudo ser interpretado por los que lo escucharon y estaban participando, como un modo directo de desalentar la concurrencia masiva y espontánea de los posibles interesados, con el riesgo de hacer fracasar la movilización como metodología de presión a las autoridades públicas, en perjuicio de los intereses públicos que se buscaban proteger. Cuando se trata de este tipo de convocatorias masivas en donde gran parte del éxito de la movilización depende de la cantidad de personas que concurran a la cita en el lugar y hora determinados por los organizadores, la información equivocada puede llevar a algunos simpatizantes a desistir de su adhesión para preservar su identidad o incluso, su integridad. Sobre todo, si se advierte que en el mismo comentario el periodista califica la marcha como inútil, sin sentido, al afirmar "hoy protestaron por nada", señalando que esas 300 personas estaban desinformadas por no haber escuchado la Cadena 3 al decir: "no escucharon la Cadena 3 estos 300 que hoy crearon un caos en el tránsito vehicular...".

i) Ninguna prueba de la diligenciada por el actor, permite tener por comprobada la intención deliberada del demandado de agraviar el honor del actor o su imagen pública; por el contrario, todo indica que lo criticó públicamente por haber dado una información falsa y por los comentarios previos del propio actor quien, a su vez, criticaba públicamente la razón de la marcha popular.

j) Si la imagen pública del accionante se vio ensombrecida por la respuesta crítica a sus dichos de Doña Jovita y hecha pública en las redes sociales, no fue en razón de lo que este personaje dijo, sino en función de lo que el propio periodista expresó públicamente (información y opinión).

k) Afirma el actor en la demanda que la palabra terrorista en nuestro país tiene una connotación marcadamente negativa, lo cual es absolutamente cierto. Tiene fuertes connotaciones políticas y elevada carga emocional, y es así, como también en el contexto referido también lo hubiera tenido si el demandado hubiera utilizado la palabra saboteador, boicoteador, que es el sentido que se infiere del párrafo; mas cabe advertir que estos dos adjetivos no hubieran rimado con "periodista"(*rectius*: "humorista"), y hablar en verso, rimando, es parte del modo en que el personaje de "Doña Jovita" hace sus diálogos.

l) También tiene una connotación negativa la palabra embustero, es decir, mentiroso, pero no puede de esa calificación inferirse la intención de agraviar cuando el interesado ha probado eficazmente que la información que contenía la crónica radial no era cierta.

En este sentido, debe repararse en que el actor refirió "estamos viendo que se están desconcentrando aquellos que tienen una remera que dice 'somos todos árboles', 'no nos mutilen', 'no nos hachen', 'no nos poden', esos son los que produjeron el caos en el microcentro de Córdoba, Luis", en referencia a su compañero radial, lo cual no permitía descartar que el Sr. C. hubiera estado presente en la movilización. Si el actor estaba viendo lo que sucedía e informaba que a esa hora (19:40 hs) se estaban desconcentrando produciendo un caos en el microcentro, su comentario no reflejaba o reflejaba parcialmente lo que estaba sucediendo.

VIII.3.- Confrontando, entonces, la expresión de agravios con el núcleo de la sentencia precedentemente sintetizado emerge, sin hesitación alguna, que para el recurrente, el tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que la inexactitud de la información sobre la cantidad de personas presentes en la marcha no justificaba recibir las expresiones ofensivas proferidas por el demandado.

Empero, el apelante derechamente ha soslayado que la *Iudex* no consideró que los dichos del demandado hubieran sido, precisamente, injuriantes, en función del contexto en el que fueron vertidos para criticar tanto la información como la opinión emitida por el Sr. C.. Pese a lo sostenido por el apelante, la plataforma fáctica que subyace en el conflicto bajo juzgamiento excede la mera discordancia respecto al número aproximado de participantes en la movilización

El escrito presentado por el recurrente en esta instancia no contiene análisis alguno en torno a demostrar que, en el caso *sub lite*, su honor debía gozar de una protección prevalente respecto al ejercicio de la libertad de expresión del demandado, por lo que su impugnación trasunta mera disconformidad y se revela notoriamente disociada de los verdaderos fundamentos expuestos en la sentencia recurrida y, por ende, deviene inane en orden a alcanzar el cometido que la inspira.

Es principio inconcuso que la labor de este tribunal de alzada no consiste en una renovación de las actuaciones sometidas a su juzgamiento; el recurso de apelación no constituye un simple expediente para someter una cuestión litigiosa al parecer de otro tribunal. Al contrario, se trata de un medio de revisión de la materia que causa agravio al recurrente, de suerte que los segmentos de la resolución que no fueron refutados quedan firmes y, por ende, excluidos del conocimiento de la Cámara, cualquiera sea el criterio jurídico que al respecto tenga el tribunal del recurso.

En esa línea, no resulta procedente el agravio en el cual se ignoran, parcializan o modifican los fundamentos dados en la resolución impugnada para arribar a la conclusión que se pretende objetar.

No modifica el temperamento que antecede, el principio conforme al cual debe ser de interpretación amplia y no estrictamente rigurosa la valoración de la idoneidad técnica de la expresión de agravios cuando se trata de recursos ordinarios —tal el caso de autos— de modo que —en la hipótesis de duda— deba juzgarse cumplida la carga legal de fundar la impugnación.

Ese criterio —que mejor armoniza con el ejercicio irrestricto del derecho de defensa y el sistema de la doble instancia adoptado por la ley— no resulta de aplicación frente a la certeza comprobada de que el apelante no seleccionó del discurso del tribunal de primera instancia aquellos argumentos dirimentes para justificar que el rechazo de la demanda. Como consecuencia de esa omisión, tampoco señaló en qué punto de esos fundamentos la *Iudex* había incurrido en una equivocación en sus referencias fácticas, o en su interpretación jurídica, que llevara al desacierto ulterior plasmado en la sentencia en crisis.

IX. Aunque el déficit apuntado basta para desestimar el agravio bajo examen, para mayor satisfacción del recurrente cabe añadir que no se desconoce el valor relevante de los derechos en disputa.

La tensión de los derechos constitucionales en juego se evidencia en la medida en que el derecho al honor y a la reputación profesional del actor, inherentes a todo ser humano y comprensivos tanto de la estimación que cada persona hace de sí mismo como del reconocimiento que los demás hacen de su dignidad, encuentra reconocimiento constitucional en el art. 33 de la Ley Fundamental, y en las siguientes cláusulas de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional por el reenvío del art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (arts. 11 y 13.2.a. del Pacto de San José de Costa Rica, arts. 17 y 19.3.a. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) e infra-constitucional (art. 52 del actual Cód. Civ. y Com. de la Nación: "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos"); en tanto que el derecho a libre expresión de la demandada se funda en los arts. 14, 32 y las siguientes cláusulas de los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional por el reenvío del art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional: art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

X. En la frondosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los derechos en juego, el reconocimiento de protección de cada uno ha sido sensible a las circunstancias particulares y propias de cada caso, sin perjuicio de haber elaborado una doctrina sobre la materia.

Con respecto a la libertad de expresión, la Corte ha declarado en forma reiterada el lugar eminente que ella tiene en un régimen republicano. Al mismo tiempo, ha reconocido también —en innumerables prece-

dentes— que, bajo ciertas circunstancias, el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometen ilícitos civiles en perjuicio de la reputación de terceros (Fallos: 308:789; 310:508; 331:1530; 332:2559). Esta comprensión, basada en un principio elemental del orden constitucional conforme al cual no puede haber una hermenéutica que lleve a una destrucción recíproca de derechos (Fallos: 311:2272; 312:496) es plenamente entendible en la especie, a poco que se repare que el reconocimiento de la dignidad humana como valor supremo de nuestro orden constitucional (Fallos: 333:405) sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales (Fallos: 327:3753), implica admitir que la trascendente garantía constitucional de la libertad de expresión, no puede traducirse, al amparo de ningún entendimiento dogmático, en un salvoconducto de impunidad frente a la lesión injustificada del derecho al honor (doctrina de Fallos: 321:2558; 331:1530).

En este marco, en el caso "De Sanctis, Guillermo H. c. López de Herrera, Ana M. s/ daños y perjuicios" (sentencia del 17/10/2019), la Corte —con su actual integración— ha reiterado que, según sus precedentes, cuando se trata de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, resulta decisivo precisar si aquellas se refieren a expresiones en las que prima la afirmación de hechos (aseveraciones fácticas) o si, por el contrario, se está en presencia de otras en las que prevalecen las ideas, las opiniones, los juicios críticos o de valor, las conjeturas y aun las hipótesis (Fallos: 331:1530).

Ello, por cuanto esa distinción permite determinar el estándar que deberá emplearse para establecer la existencia de una eventual responsabilidad civil.

En el supuesto de los hechos, el análisis de la justificación de la lesión causada a derechos personalísimos debe realizarse sobre la base de la doctrina de la "real malicia". Al respecto, se ha considerado que para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones concernientes a la discusión sobre asuntos de interés público, los funcionarios (o figuras públicas) deben probar que la información fue efectuada por el demandado a sabiendas de su falsedad o, al menos, que ha obrado con una "notoria despreocupación" (Fallos: 331:1530; 332:2559), "total despreocupación" (Fallos: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert) o un "desinterés temerario" (Fallos: 337:1052) acerca de la verdad.

En tanto que, respecto de las ideas, opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dado que por su condición abstracta no es posible predicar de ellos verdad o falsedad, no se aplica dicha doctrina, sino que solo corresponde tomar como objeto de reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas, esto es, la forma de la expresión y no su contenido, dado que este, en cuanto opinión, es absolutamente libre. En segundo término, en el examen de los epítetos que hayan sido utilizados no es suficiente la indagación de sus significados literales y aislados, sino que, por el contrario, debe considerarse especialmente la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidas, así como el grado de agresividad discursiva propia de ese medio. Asimismo, para considerar agraviante una opinión no es determinante la presencia de mala intención o de motivos disvaliosos, antes bien, se trata del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, pues no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada (conf. Fallos: 321:2558, "Amarilla"; 335:2150, "Quantin"; 337:921, "Irigoyen" y 336:1148, "Canicoba").

No obstante, también se ha puntualizado que "hechos y opiniones encuentran una zona de intersección, tornándose la diferencia entre ellos un tanto imprecisa, cuando las opiniones se apoyan en la interpretación, apreciación o valoración de determinados hechos. En tal caso, el examen deberá ponderar si el elemento fáctico en el que se sustenta la opinión: i) es falso, o ii) es verdadero y, en este último supuesto, si es factor relevante de aquellas expresiones (operando como su sustento argumentativo) o si, por el contrario, al no guardar razonable y necesaria vinculación con el motivo cardinal de esas aseveraciones, es un mero instrumento para lograr un fin distinto (vgr: difamar)" (Cons. 7° del voto del Dr. Horacio Rossati, *in re* "De Sanctis").

XI. Con arreglo a estas directrices, es dable afirmar que:

a) Las partes son figuras públicas y, como tales, se encuentran expuestas a que su actuación sea objeto de particular escrutinio en relación a los asuntos públicos que los involucren, con el consiguiente mayor riesgo de que sus derechos de la personalidad puedan verse atacados. Pero no se trata de sugerir que no hay protección para el honor, la intimidad, la reputación o la imagen de las figuras públicas, sino que, en caso de conflicto, esta circunstancia debe ser analizada junto con los otros elementos del caso (cfr. Faúndez Ledesma, Héctor: Los límites de la libertad de expresión, UNAM, México, 2004, pp. 477/489), aunque no debe perderse de vista que "el ataque al honor no forma parte del ejercicio de la libertad de expresión; es decir: que no por expresarse libremente se tiene que conculcar necesariamente el derecho al honor" (Álvarez García, Francisco J.: Derecho al honor y las libertades de información y expresión, Tirant lo Blanch, 1998, Tol 436.826);

b) El respeto al honor ajeno funciona como excepción y límite a la libertad de expresión (cfr. García Amado, Juan A.: "Conflictos de derechos: qué son y cómo se resuelven", en García Amado, Juan A. (dir.): Razonar sobre Derechos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ps. 39/41; Herrera de las Heras, Ramón: Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales, Reus, Madrid, 2017, pp. 37/47; Cons. 18° del voto del Dr. Juan C. Maqueda, *in re* "De Sanctis"), pero "es exactamente igual de cierto lo contrario, porque la extensión del ámbito de tutela jurídicamente reconocido a la intimidad y al honor será individualizada con arreglo al valor (importancia) de la libertad de expresión" (Pino, Giorgio: Derechos fundamentales, conflictos y ponderación, Palestra Editores, Lima, 2013, ps. 255/256);

c) En el caso *sub lite*, la previa comprobación de la falsedad de la información difundida por el actor respecto al inicio, desarrollo, terminación y consecuencias de la marcha en cuestión y el tenor de sus propias opiniones, servía de base para contextualizar la crítica que le había efectuado "Doña Jovita";

d) Las expresiones de "Doña Jovita" se insertaban en una cuestión de relevancia o interés público, pues no referían a la vida privada del actor, sino a su labor al efectuar la cobertura periodística de la denominada "Marcha en Defensa de los Bosques Nativos", ocurrida el día 28 de diciembre de 2016, que había sido promocionada activamente por el demandado;

e) Las locuciones del susodicho personaje contaban con base fáctica suficiente, pues ha resultado comprobada la falsedad de la información brindada por el Sr. C. a la audiencia (arg. art. 111 Código Penal). De allí que el adjetivo "embustero" se expresó exclusivamente en relación al contenido informativo de la crónica radial sobre la movilización, sin extenderse a cuestiones ajenas a ese asunto de interés público;

f) En dicha oportunidad, el actor atribuyó a los "trescientos" manifestantes haber creado un caos en el tránsito vehicular innecesariamente dado que el tratamiento del proyecto de ley había sido diferido para el año siguiente, de modo que la marcha había sido inútil. Tal comentario pudo ser considerado por todos los asistentes en la marcha, y en especial por el personaje "Doña Jovita" como un intento de "sabotear" la movilización, con virtualidad para hacer desistir a otros interesados de participar, por la supuesta escasa convocatoria y la existencia de un "caos" en el centro de la ciudad. Esa idea o concepto (sabojate, boicoteo) lucen adecuados para comprender el verdadero sentido del adjetivo "terrorista" en el contexto que fue expresado y respecto los términos concretos de la crónica radial sobre del hecho puntual de la manifestación, completamente alejados de la connotación aludida en la demanda al terrorismo de estado de la década del 70 y los atentados a la embajada de Israel y a la AMIA (cfr. fs. 2 vta.). Conviene reiterar aquí que para enjuiciar si determinado acto es injurioso resulta menester valorar las circunstancias en las que ha sido realizado, es decir, lugar, ocasión, calidad y cultura, relaciones entre ofensor y ofendido, etc., evaluándolas en el marco de las estimaciones que rigen en la sociedad a la que pertenece el individuo, y no solo acorde con algún caprichoso entendimiento personal (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, en Belluscio, Augusto C. (dir.) - Zannoni, Eduardo A. (coord.): *Código Civil y leyes complementarias,* Astrea, 1987, ps. 246/247; Zavala de González, Matilde: *Daños a la dignidad*, Astrea, 2011, T. I, ps. 229/233).

g) El reparo formulado por "Doña Jovita", objetivamente analizado desde una perspectiva integral en función de los elementos de juicio incorporados a la causa, se enderezó a desmentir la falsa información difundida por el Sr. C., así como a reprochar su actitud frente a la marcha en cuestión.

En tales condiciones, una ponderación ajustada a los parámetros ya mencionados permite concluir que las expresiones vertidas por "Doña Jovita" no superan el nivel de tolerancia que es dable esperar de quien ejerce el periodismo cuando se lo cuestiona en la esfera de su labor profesional (pública, valga reiterar). No sobrepasan de un juicio crítico sobre la cobertura periodística realizada acerca de un hecho específico. Tampoco se advierten, en lo que a estas manifestaciones se refiere, la utilización de términos que puedan considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones impropias que no guarden relación con el sentido crítico del discurso en el que se hallaban insertas, aun cuando pudieran considerarse duros, ásperos, irritantes u hostiles.

XII. Prosiguiendo el examen de la apelación planteada, en otro segmento del recurso, el actor manifiesta: "Otro error que obvió tener presente la sentenciante es que admite como documental idónea las cartas documentos de fs. 10/14 remitidas al actor y periodista C., el Sr. José Luis Serrano, nombre artístico del personaje Doña Jovita (seudónimos) escudándose en forma contraria a derecho en ese personaje, provocando confusión innecesaria del verdadero protagonista (J. L. G.) —datos filiatorios reales y correctos— para que en su contenido niega haber proferido en contra del actor expresiones injuriosas y remitiéndose en forma pormenorizada al tratamiento de la ley de bosques y su opinión a ese respecto. Entonces, la documental resulta inidónea al fin propuesto. Advierta V.E. que dichas cartas documento de fs. 10/14 agrava la confusión porque la remite José Luis Serrano, nombre artístico, al actor C., y al pie la suscribe respectivamente, con la firma de J. L. G." (sic, fs. 484).

Empero, omite el apelante demostrar como la valoración de las cartas documentos, o la falta de ella, habría de incidir en la resolución del pleito de modo favorable a su interés, máxime cuando fue él mismo quien aportó tales instrumentos al expediente. XIII.- Resta detenerme, finalmente, en el agravio relativo a la regulación de honorarios de los letrados apoderados del demandado, Dres. Rubén Darío Dávila y Marcela S. Fernández, por las tareas desarrolladas en la anterior instancia.

Al respecto, si bien es cierto que la *Iudex* no explicitó las pautas cuantitativas y cualitativas justipreciadas para determinar los gajes profesionales de los abogados de mención, la lectura de dicho tramo de la sentencia arroja que el monto de los honorarios regulados en conjunto y proporción de ley ($170.290,96) equivale al punto medio (22,5%) de la escala del art. 36 de la ley 9459 (que oscila entre un mínimo del 20% y un máximo del 25%) de la base regulatoria establecida ($756.848,73) en función del valor de la unidad económica vigente al tiempo de dictarse la sentencia apelada ($442.617,74).

La adopción del punto medio de la escala luce ajustada a derecho, teniendo en cuenta especialmente la entidad económica del pleito, el valor y la eficacia de la defensa de los intereses de su asistido, la complejidad de la causa, la responsabilidad profesional comprometida y el éxito obtenido (art. 39, ley 9459), pues los letrados beneficiarios intervinieron en el desarrollo de los actos propios de cada etapa procesal, contestando adecuadamente la demanda, diligenciando la numerosa prueba ofrecida y presentando su alegato razonablemente fundado en apoyo de la postura defensiva.

De otro costado, el apelante no demuestra que, atendiendo a las pautas cuantitativas y cualitativas fijadas por ley, el tribunal *a quo* haya practicado una regulación excesiva, de modo que el embate luce insuficiente para conmover lo resuelto en el marco de las facultades discrecionales que le confiere la ley vigente en la materia.

En consecuencia, se desestima el agravio.

XIV. En virtud de todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación planteado, con costas a cargo del actor por resultar vencido (art. 130 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En virtud de lo dispuesto por los arts. 26, 29, 36, 39 y 40 del Código Arancelario, ponderando especialmente el valor y la eficacia de la defensa de los intereses de sus asistidos, la complejidad de la causa, la responsabilidad profesional comprometida y el éxito obtenido, deben regularse en forma definitiva los honorarios de los Dres. Darío Ávila y Marcela Fernández, por la labor desplegada en la sustanciación del recurso, en el cuarenta por ciento (40%) del punto medio de la escala del art. 36 de dicha ley, sin perjuicio del mínimo legal.

Así dejo expresado mi voto.

El doctor *Tinti* dijo:

Con el máximo respeto por la opinión del señor vocal que me precede en el voto, debo emitir despacho en disidencia, pues entiendo que el recurso de apelación del actor debe ser admitido, que corresponde revocar la sentencia de la instancia anterior, y que la demanda debe prosperar. Doy a continuación las razones:

a.- La causa. El voto anterior contiene una adecuada y completa relación de causa y a ella me remito en homenaje a la brevedad. Me permito repasar que de las constancias del expediente surge que el señor A. A. C. promovió demanda en contra de. J. L. G. ("Doña Jovita" - José Luis Serrano) nombre artístico del accionado, persiguiendo que se condenara a este último a abonarle la suma de trescientos mil pesos ($300.000) a título de indemnización de daño moral, por las expresiones que el accionado realizara llamándolo "terrorista" y "embustero" con motivo de los comentarios periodísticos efectuados por el actor periodista en la emisora radial local, en ocasión de la marcha en defensa del Bosque Nativo realizada en esta ciudad de Córdoba el día 28 de diciembre de 2016, que habían afectado su dignidad y honor (cfr. fs. 1/5 y 27).- El accionado pidió el rechazo de la demanda y luego de formular negativa explicó que esas expresiones fueron sacadas de contexto, endilgándole una connotación injuriante que no se corresponde con el "*animus jocandi*" con que el personaje "Doña Jovita" expresó el malestar y repudio social generalizado que provocaron los comentarios que el periodista realizó a través de la cadena radial aludida, criticando la marcha y faltando a la verdad al informar que habían concurrido solo unas 300 personas, generando caos en el centro de la ciudad, cuando en realidad, se había tratado de una marcha multitudinaria y pacífica que buscaba evitar que la Unicameral de la Provincia sancionara el proyecto de reforma a la Ley de Bosques (cfr. fs. 37/58).

El Juez de la instancia anterior desestimó la demanda, con costas al accionante vencido, y contra esa decisión se alza este último, reclamando la nulidad y subsidiariamente la revocación.

b.- El recurso de nulidad. Adhiero desde luego a la desestimación de la pretensión nulificante que propone el señor vocal del primer voto ya que la sentencia de grado llena las formalidades extrínsecas legal-

mente requeridas para ser un acto jurisdiccional válido, suscripto en forma y completos los datos relativos a su protocolización, por lo que no se configuran los motivos en que el recurrente ha fundamentado la invocada nulidad de la sentencia de primera instancia. En el sistema de la ley procesal actualmente vigente (art. 362, CPC) el recurso de nulidad ha perdido independencia de modo tal que los agravios de nulidad de la sentencia han pasado a constituir uno más de los tantos motivos o razones en que se puede fundar la apelación contra esa resolución. Conforme lo ha explicado de forma insuperable Calamandrei: "...aunque la sentencia esté viciada por una de las irregularidades formales que producen la anulabilidad, el juez de apelación entra directamente a conocer del mérito, sin necesidad de pasar a través de la fase preliminar del *rescindens*. A la verdad, dada la estructura de nuestro juicio de apelación...que deja abierto al juez (de segundo grado) el nuevo examen del mérito sin necesidad de demostrar que la sentencia de primer grado es nula, la indagación sobre la nulidad pierde de ordinario todo interés, y todo interés se concentra en ver si la sentencia de primer grado es justa o injusta en su contenido" (autor citado; "La supervivencia de la querella de nulidad en el proceso civil vigente" en "Estudios sobre el proceso civil" Bs. As., 1973, T. 3, p. 302 citado por Fontaine, Julio L. en comentario al art. 362 en Ferrer Martínez, Rogelio (Director) "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba", T. 1, Advocatus, Cba., 2000, p. 679 *in fine*).- En este marco de existir los agravios de nulidad que adjudica el apelante a la sentencia dictada en la instancia anterior pueden y deben subsanarse por el carril de la apelación, desde que el juez del recurso está habilitado para entrar directamente a juzgar sobre la justicia de la sentencia, sin que interese la existencia de vicios de nulidad, que quedarían subsanados por la sentencia de segunda instancia que la reemplaza.

c.- Los hechos y las pruebas. Tengo por cierta, y las partes no discrepan, la sucesión de hechos que motivan el pleito, las distintas expresiones de las partes, y las fechas en la cual se ubicaban esas expresiones, como también la intimación realizada por el Sr. C. el 3 de enero del año 2017, a la que se refiere la carta documento agregada a fs. 13. Ambos reconocen que las expresiones de "Doña Jovita" fueron realizadas en razón de lo que previamente había informado el actor en la radio respecto de la marcha realizada el 28 de diciembre del año 2016, en esta ciudad de Córdoba, movilización vinculada con el proyecto de Ley de Bosques. Tengo también por auténticas y reconocidas las cartas documento cursadas entre las partes, como la del 3 de enero de 2017 (fs. 13) remitida por el actor al Sr. José Luis Serrano "por medio de la presente intimo término cuarenta y ocho horas...ratificar o rectificar las expresiones vertidas

... Concretamente usted me atribuye ser terrorista y embustero, entendiendo (que) su ira nace desde que no se comparte la crónica efectuada por este profesional en el marco de la marcha vinculada a la Ley de Bosques y su convocatoria...", y la respuesta remitida el 9 de enero de 2017 (fs. 14) en la que el demandado manifestó: "...no existe ofensa posible porque nos encontramos ante la presencia de la concurrencia del *animus jocandi* (ánimo de broma), y no —como Ud. lo pretende a los fines de colocarse en el rol de ofendido— frente a la configuración del *animus injuriandi*", y agrega "más allá de la cuestión de técnica jurídica, niego terminantemente haber proferido contra su persona términos que importen la tipificación de los delitos que Ud. refiere. Sin perjuicio de ello, debo señalarle que en el carácter de personaje de 'Doña Jovita' también ejerzo —desde el humor— un derecho de informar, opinar y denunciar sobre asuntos de 'interés público',... desde mi personaje continué la parodia desde el humor, es decir, que mis expresiones, como ya referí, tienen un claro '*animus jocandi*' no son asertivas, y su contexto es un hecho público en relación a una persona pública como Ud.,..." añadiendo que "los términos terrorista y/o embustero empleados en la alocución humorística, lo fueron en *animus jocandi* y no constituyen ninguna afirmación asertiva sobre un hecho deshonroso a su persona como así también en una descripción de una descripción de una característica de la personalidad...fueron realizadas con ánimo de broma por el personaje Doña Jovita, en el ejercicio de la libertad de opinión y de informar —desde el humor—...". Según se aprecia ese descargo fue contestado por el actor el 20 de enero de 2017 (fs. 17) insistiendo en su emplazamiento a aceptar o rechazar el requerimiento de publicar su retractación, explicitando que sus expresiones fueron efectuadas en tono de broma sin intención de ofender ni afectar el buen nombre y honor del actor. El demandado niega haber realizado expresiones calumniosas o injuriosas en contra del actor, como que las expresiones de humor del personaje hayan sido arrogantes, irrespetuosas y contrarias a la ley o la moral. Reitera que su proceder ha sido ajustado a derecho en una sociedad democrática, "...ejerciendo con humor su derecho a opinar sobre un asunto público y de suma relevancia social y que sus quejas de falta de respeto y supuesta arrogancia....obedecen —en realidad— a una inocultable persecución sistemática realizada en forma orgánica por algunos sectores oficialistas y afines al gobierno de turno, con el claro objetivo de acallar las voces disonantes de varios artistas cordobeses y demás, que hemos salido a defender el bosque nativo de la Provincia de Córdoba". Finalmente agrega que "las expresiones humorísticas —carentes de materia ofensiva...del personaje...refieren a un reporte periodístico sobre la 'Marcha en Defensa del Bosque Nativo' (28/12/2016) donde concurrieron más de 10 mil personas y Ud. informó descarada y desvergonzadamen-

te, a la importante audiencia de la radio —Cadena 3— que eran solo unas 300 personas, mintiendo —de este modo— con alevosía, a toda la sociedad cordobesa. Esa información absolutamente falsa —brindada con real malicia— motivó un fuerte rechazo de varias organizaciones sociales y ambientales cordobesas, y del personaje 'Doña Jovita' que también no pudo dejar de expresar su opinión con humor, frente a lo burdo de su reporte. De modo que las expresiones se dieron en un contexto, de un hecho público relevante, sin imputaciones asertivas... que Ud...termina reconociendo...como arrogantes e irrespetuosas...". Además de esa documental considero también la información que contiene el audio identificado como "Audio A. C.", transcripto a fs. 205/206 y reproducido en la audiencia de reconocimiento de fs. 276, y la informativa del periódico de La Voz (fs. 303/311).

d.- La cuestión a resolver. Según surge claramente del libelo que da comienzo a estas actuaciones (ver fs. 1 y ss.) el motivo concreto de la demanda presentada por el señor C. es el resarcimiento del daño moral ocasionado por las expresiones utilizadas contra su persona por el demandado, quien públicamente lo llamo "embustero" y " terrorista". Está claro entonces que para la decisión que debe adoptarse en este pleito es imprescindible ceñirse a lo que ordena el art. 327 del CPC, es decir "...con arreglo a la acción deducida", lo cual también es explicitado en el artículo 328 del mismo cuerpo legal al disponer: "la acción deducida procede de los hechos expuestos y del derecho invocado en la demanda". En esa línea el artículo 330 del CPC manda a resolver "tomando como base la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o ampliación". De tal manera está habilitada la competencia de este Tribunal solo para pronunciarse sobre la acción de daños intentada por el actor, en concreto, si hay responsabilidad civil jurídicamente atribuible al accionado, y, en su caso, la indemnización que pudiere corresponder.

e.- La responsabilidad del demandado. Considero que emplear el término "terrorista" para referirse al periodista es un insulto de inusitada gravedad, altamente injuriante, con aptitud causal para ocasionar un daño al demandante, que debe ser resarcido, imperio de los artículos 1716, 1722, 1726, 1737, 1740, 1741, 1745, 1768, correlativos y concordantes del Cód. Civil.

De todo el material probatorio reunido, en especial de lo que se ha detallado en el punto anterior debe concluirse que las expresiones del demandado adjetivando de embustero y terrorista al actor no están centradas en criticar la falsedad de la información, ni siquiera en desmentirla. Eso ultimo ha quedado comprobado, conforme lo que ya hemos reseñado supra, y la prueba recabada en el expediente acredita, a mi modo de ver, lo que puede considerase la conducta ilícita y dañosa aducida por el demandante.- Añádase que la difusión de dichas afirmaciones no es negada por el accionado (v. fs. 37 a 58), y, como hemos dicho, se corrobora con el material antes reseñado, e, insisto, deben tenerse por ciertas e incontrovertidas. Bien leída la completísima contestación de la demanda que hace el accionado (ver fs. especialmente fs. 43 y ss.) no se advierte que la crónica del movilero sea falsa o mentirosa, pues del detalle dado por el propio accionado emerge, que si bien habrían sido luego muchos más, la afirmación "...300 personas comenzaron a marchar..." (subrayo el "comenzaron") no parece extraviada si luego se congrega un número mayor. No se aprecia que se haya afirmado que hayan asistido solo "300 personas" a la marcha, como sugiere la accionada. Lo mismo en lo concerniente a la interrupción del tránsito vehicular. Si bien aparecería como una consecuencia lógica de la movilización, es reconocida y hasta documentada fotográficamente por el propio responde del señor González la gran cantidad de gente que se congregó en las calles (v. fs. 46, 47) y la imposibilidad de paso de vehículos.

De cualquier modo —insistimos— ni los excelentes motivos de los participantes en la marcha, ni las justificadas razones que pudo tener la convocatoria, ni las bondades o las urgencias de la ley que debía debatirse, es lo que se encuentra en discusión en este expediente, ni debe desplazarse el eje de la disputa hacia lo que no es materia de este proceso.

Ahora bien, la imprecisión, la inexactitud, o aún la falsedad de la narración hecha por el cronista podrían en todo caso ser fácilmente rebatidas o desacreditadas, y aun demandarse a C. por responsabilidad civil si ella existiera, pero en modo alguno pueden emplearse términos como "terrorista" para denostar a un periodista con cuya crónica no se está de acuerdo.- El termino sin duda es bajo y especialmente insultante.

f.- La libertad de expresión. En este punto nos parece necesario afirmar en este pronunciamiento que la libertad de expresión, de comunicación del pensamiento y de acceso a la información es una base fundamental de la república, está íntimamente ligada a la democracia y resulta imprescindible para vivir en libertad en un estado de derecho.- Es por esa inescindible relación es que nuestra Constitución establece en su artículo 32 que no puede haber leyes que restrinjan esta libertad, ni puede imponerse sobre ella jurisdicción federal.- Todos los ciudadanos tienen derecho a expresarse, o a no hacerlo, por medio de la prensa y sin censura previa; y tales derechos abarcan la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro medio, según surge de los artículos 14 de nuestra Consti-

tución, del 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Allí se indica: "No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones". Afirmamos que ese y todos los derechos del Pacto de San José de Costa Rica están asegurados sin que pueda efectuarse discriminación por ningún motivo. En función de ello debemos afirmar que respetar y hacer respetar la libertad de expresión es un deber primordial de los tribunales.- Bajo esas premisas asumimos también el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema en sentido que la libertad de expresión, garantizada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incluye y contiene el derecho a dar y recibir información, especialmente sobre asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan relevancia para el interés general; que el derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, y que personajes cuya vida puede tener carácter público —o personajes populares, u hombres públicos prominentes— tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada e intimidad (CS, Fallos: 306:1892, Sent. del 11/12/1984 en "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA s/ daños y perjuicios").

g.- La afectación a los derechos a la intimidad y al honor del actor. La protección de la intimidad, del honor, y de la imagen se volcó específicamente al Cód. Civil argentino, en su artículo 1071 bis, agregado por la ley 21.173; y hoy, con la vigencia desde 2015 del Cód. Civ. y Comercial, la protección a la persona, a su dignidad e intimidad, se ha visto acrecentada con normas específicas como la de los artículos arts. 51, 52, 53, 55, 71 y especialmente 1770.- Se afirma desde la comisión redactora del nuevo cuerpo legal que "la construcción de una esfera de la individualidad personal es un aspecto central en el Código, lo cual puede verificarse en numerosos aspectos.

... Existe un amplio reconocimiento de los derechos personalísimos (arts. 51 y ss.) que incluye la inviolabilidad de la persona humana (art. 51), protección de la imagen (art. 53)... en relación con los intereses atinentes a la esfera vital de la persona (arts. 55, 56,...) en el marco axiológico de la dignidad humana (arts. 51, 52, 279 y 1004)" (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción, p. 10, Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2016).

Del análisis de las expresiones y frases usadas —a la luz de las regulaciones contenidas en el Código Civil y Comercial— se infiere que ha existido agresión al honor y a la intimidad del actor, a partir quizá de un ejercicio extralimitado del derecho de expresarse, porque en el desarrollo y descripción de hechos conducentes el demandado acudió a locuciones, frases o giros verbales que descalificaron a la parte actora, presentándola como una persona malintencionada, intrigante y de dudosa moralidad con la consiguiente carga negativa en el ámbito de sus relaciones sociales, familiares y profesionales.Es que aún para poner en tela de juicio su idoneidad profesional como periodista era absolutamente innecesario e improcedente describirlo como "terrorista". El contexto íntegro de los dichos, frases y giros idiomáticos usados y contenidos en los apelativos "embustero" y "terrorista" denota que el demandado injurió al actor en los términos de los arts. 1770 y 1771 del Cód. Civ. y Comercial porque decididamente lo desacredita y ofende perturbando su intimidad (cf. Taraborelli, Alejandro, "Responsabilidad Civil por los delitos de calumnias e injurias y acusación calumniosa" en Trigo Represas, Félix - Benavente, María E., "Reparación de daños a la persona. Rubros indemnizatorios. Responsabilidades especiales", T. II, ps. 372/373). Las expresiones empleadas llevan —insisto— un tono injuriante y descalificador, enmascarado en la personalidad humorística por la que se conoce al accionado, apto para lesionar el honor y la intimidad del sujeto. Esos derechos son los que fueron afectados en la persona del demandante, debiendo contemplarse la procedencia del resarcimiento.

h.- El deber de indemnizar. El examen de las actuaciones lleva a considerar que está probada la responsabilidad civil del accionado, con fundamento, como hemos dicho, en las normas de los artículos 1716, 1749 correlativos y concordantes del Código Civil y Comercial.

En ese sentido sostiene Pizarro que "la injuria comprende todo atentado contra el honor sea considerado en su aspecto subjetivo cuanto objetivo. Se comete injuria cuando se deshonra, desacredita o menosprecia a una persona, mediante palabra oral o escrita, gestos, dibujos, representaciones, difusiones, o por cualquier otro medio. Deshonrar es 'ofender a una persona mediante una referencia hiriente'. Importa una conducta lesiva de la autovaloración y, en muchos supuestos, es independiente de que lo imputado sea o no verdadero. Desacreditar, en cambio, significa 'tratar de restar crédito y reputación' a una persona, lo que pone de manifiesto que el bien jurídicamente protegido (y lesionado) es el honor en su sentido objetivo..." (cf. Pizarro, Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho", ps.. 494/495). Por su

parte Matilde Zavala de González afirma que "el honor se revela como autoestima o respecto de la propia dignidad (honra) y en el prestigio, fama o consideración que otros tienen sobre los merecimientos de alguien (reputación)" (cf. Zavala de González, Matilde, "Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad. Identidad. Honor. Intimidad", T° 1, p. 223). Agrega luego que "en principio, el derecho tutela el honor de las personas desde una perspectiva abstracta, sin condicionamiento a circunstancias particulares" (conf. aut. y ob. cit., p. 226) y más adelante dice que "solo se ofende el honor cuando los hechos o calidades atribuidos son desmerecedores en función de esquemas receptados por la comunidad, y no solo acorde con algún caprichoso entendimiento personal" (cf. aut. y ob. cit., p. 229). Por su lado Cifuentes dice que " es clásica la división en honor objetivo y subjetivo. Proviene de la diferencia de sentido de las palabras honor y honra. Honor es la cualidad moral que lleva al más severo cumplimiento de los deberes ante los demás y nosotros mismos. Se traduce en gloria, buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, lo cual trasciende a la familia, personas y acciones mismas del que se le granjea. Honra importa estima y respeto de la dignidad propia. En el primero hay algo convencional y arbitrario que depende de las costumbres y preocupaciones de cada época y de cada país. En la segunda se percibe una cualidad invariable inherente a la naturaleza misma" (conf. Cifuentes, Santos, "Derechos personalísimos", ps. 455/456).

En esa dirección puede afirmarse entonces que en esta causa se acreditó que existe responsabilidad civil y consiguiente deber de resarcir el perjuicio, pues existe una acción ilegítima, intencionada, y con eficacia causal para provocar el daño que el actor C. reclama, atribuible al demandado, según se explicará a continuación.

(i) Ha resultado sin duda ilegítima y dañosa la conducta desplegada por el demandado, consistente en llamar "embustero" y principalmente "terrorista" al actor.

La actividad profesional del actor, y aún equivocaciones o errores que pudiera cometer, como lo que menciona la parte demandada, no son justificativo para llamarlo "terrorista". ¿Cuál es la necesidad de agraviar de tal manera?; ¿Qué interés justifica la causación de este daño? En rigor, no había necesidad (véase: Orgaz, A. "Personas Individuales".Bs. As. Depalma. 1946, p. 156; Zavala de González, M., op., cit., T. 1, p. 342/43, y ver lo decidido por este Tribunal en "Fritzler, René H. c. Méndez, Tomás y Otro. Ordinario. Daños y Perj. Otras Formas de Respons. Extracontractual - Rec. de Apelación" Sent. del 18/XII/2014).

(ii) El actor claramente en su escrito de demanda (ver fs. 1/13) expresa que el daño moral sufrido se genera a partir de las expresiones y por el contenido y los términos empleados en esas afirmaciones públicas, tomándose el trabajo de citar y transcribir frases empleadas por el demandado. Y, como ya hemos dicho, el contenido y las frases y su difusión no son negadas por la parte accionada.- Recuerdo una vez más, incurriendo en una insistencia que parece necesaria, que la cuestión litigiosa versa sobre la antijuridicidad que el actor atribuye a la conducta desplegada por el demandado, y, en su caso, sobre la indemnización del daño que habría sufrido como consecuencia de las expresiones que públicamente empleo para referirse a él.- La parte actora sostiene que las expresiones a las que recurrió el Sr. Serrano son agraviantes e injuriantes por lo que en esta litis persigue el resarcimiento del daño moral que cuantificó en la cantidad de trescientos mil pesos y que fuera irrogado por esa conducta ilícita, porque las palabras y frases usadas son deshonrosas y afectan su honor e intimidad personal y profesional. Entiendo que del contenido mismo de las expresiones vertidas por el accionado y particularmente de su emplazamiento en el contexto general en el que se manifestaron y se difundieron, se infiere objetivamente el agravio proferido al actor y sobradamente reunidas las condiciones exigidas en los artículos 1749, 1770 y 1771 del Cód. Civ. y Comercial.

(iii) Es que el demandado ante su desacuerdo con la información del periodista emplea términos —"embustero", "terrorista"— absolutamente descalificantes para con el actor. Los términos transcriptos, persuaden de la intención ofensiva y tendiente a denigrar, que tuvo el demandado respecto del actor. En esas adjetivaciones a la persona del Sr. C. se le adjudican no otra cosa que comportamientos totalmente reñidos con la moral y con el derecho, y con la explicita intención de descalificarlo personalmente, pero además con términos y calificativos denigrantes para un trabajador de prensa y para cualquier ser humano. Las conductas que el demandado Serrano atribuye al actor C., de ser embustero, pero y principalmente, "terrorista", son, como mínimo, delictuales, inmorales, deshonrosas.Más que un *animus jocandi*, se advierte cierta saña vindicativa por parte del demandado.- No es posible, ni con muchísima buena voluntad, considerar la ausencia de intención de ofender. Desde luego el suscripto no puede asumir esa idea; los términos empleados son de una locuacidad y contundencia terminantes.- Aun así, y a pesar del principio que enuncia que cuando las palabras son por si injuriosas el ánimo de injuriar se presume (brocárdico latino que rezaba "*cum verba sum per se inuriata, animus injuriandi presumitur*") no hace falta para configurar la responsabilidad civil averiguar cuál fue la intención del agente, en tanto estén configurados todos los requisitos de la responsabilidad civil. No son cierta-

mente expresiones humorísticas, aquí se incurre en la diatriba y todo lo hace expresándose no de manera crítica sino insultante, con total aptitud —y creo también que con intención— de zaherir. Tengo certeza que para la dignidad de cualquier persona resultaría lesivo ser tratada en términos tan mancillantes, sin interesar la ocasión en que sean hechas las expresiones.

(iv) Lo que el juez de primera instancia debió considerar en definitiva, y así lo debe establecer esta alzada, es que los elementos incorporados a la causa —prueba rendida y manifestaciones coincidentes de las partes— se constituyen de modo suficiente para acreditar la conducta lesiva, y que, en definitiva, hay una acción antijurídica, imputable al demandado, que causó daño a la parte actora; y que en consecuencia debe ser resarcido. En síntesis: En este caso el demandado actúa excediendo la mera broma o el *animus jocandi*, sus expresiones son ciertamente injuriantes, infiriéndose dolo o gravísima negligencia en su actuar. Y, como lo señala Zavala de González, entre las pautas de significación que fundamentan el deber resarcitorio debe atenderse "al carácter innecesario de las manifestaciones lesivas" (cf. Zavala de González, Matilde, "Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad. Identidad. Honor. Intimidad, T. 1, p. 309).

(v) En concreto, se ha comprobado en este expediente que la conducta desplegada por el accionado está teñida de ilicitud civil y que es apta para causar el daño que el demandante reclama, por ello, y de acuerdo con lo que legislan hoy las normas de los ya mencionados arts. 51, 52, 53, 55, 71, 1770, 1716, 1749 y concs. Cód. Civil y Comercial, todo conforme a lo establecido por los artículos 192, 326, 327, 328, 329, 330 y concs. del CPC, la demanda del actor debe ser recibida.- Téngase presente además que en la lesión al honor de la persona damnificada, además de las normas de la ley civil que ya hemos mencionado, los tratados internaciones juegan un papel preponderante, ya que establecen que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra injerencias a su honra, su reputación o vida privada. (art. 75 inc. 22; Fallos: 319-3085, voto de los Dres. Belluscio y López, Considerando 5 y 6).

k) La indemnización reclamada. Todas razones expuestas llevan al convencimiento de que en el *sub judice* corresponde recibir la acción incoada por el actor C. y, en su mérito, debe condenarse al demandado a indemnizar al damnificado el daño moral solicitado, el que se establece en la cantidad de cuarenta y seis mil pesos ($46.000), teniendo en cuenta para ello en primer lugar el derecho personalísimo lesionado, actividad de la persona, difusión del insulto, medio social en que habita el actor, y montos fijados para indemnizar situaciones similares (ver lo decidido en: "Ortiz Pellegrini, Miguel A c. Medios del Interior SA y otro. Ordinario -daños y perj. Recurso de apelación" Sentencia de 2015 en Expte. 1964547/36; "Fritzler, René H. c. Méndez, Tomás y Otro. Ordinario. Daños y Perj. Otras Formas de Respons. Extracontractual. Rec. de Apelación" Sent. del 18/12/2014, "Martínez, María c. Gait, Gonzalo y otro. Ordinario. Daños y perjuicios. Recurso de apelación", Expte. N° 497.079), todo con más el interés de la tasa pasiva promedio que utiliza el Banco Central con más el 2% anual desde la fecha de presentación de la demanda y hasta el efectivo pago. Es que nos encontramos aquí con el resarcimiento del daño moral, entendido como aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como es la dignidad, el honor, la intimidad. A mayor abundamiento, puede indicarse que, si bien es cierto que el daño moral no puede ser medido en sí mismo por un procedimiento material (ya que no se lo puede contar, tampoco pesar, etc.), sí es factible hacerlo por una vía no menos real, aunque inmaterial: con la balanza de la mente y el metro del espíritu. Así, cuando se dice que el daño moral no requiere acreditación, en general se está aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, pero las presunciones que emergen de determinadas situaciones constituyen también un medio probatorio, solo que indirecto (cfr. Zavala de González, Matilde, en "Resarcimiento de daños", T. 2b, p. 593 y ss.). A los efectos de establecer la indemnización por el rubro, es necesario en primer lugar considerar las condiciones personales del damnificado y la entidad de los padecimientos sufridos. Así cobra vital importancia el análisis de la gravedad objetiva del daño, la actividad, la personalidad de la víctima, su situación familiar y social, etc. (ver Roberto Vázquez Ferreira, "Responsabilidad por daños", p. 190, Ed. Depalma, 1993)", (cf.: voto del Dr. Eduardo M. Martínez Alvarez y adhesión de los Dres. Domingo A. Mercante y A. J. Bueres en CNCiv., Sala D, Sentencia del 8 de octubre de 1999 en autos "Di Gregorio, Roque Vitale A. y otro c. De Godos, Julio A. y otros s/ daños y perjuicios y sus acumulados "Di Gregorio, Lolita c. De Godos, Julio A. y otro s/ sumario" y "Di Gregorio, Marcela J. c.. De Godos, Julio A. y otro s/ sumario")...." (Cf. "Fernández Hugo Santiago y otra c. Fernando David Peralta - Daños y Perjuicios" Sentencia N° 196 del 11 de diciembre de 2003).

Por todo lo expuesto a esta cuestión voto por la afirmativa.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

1. La relación de causa efectuada por el Sr. Vocal del primer voto satisface las exigencias formales, por

lo que corresponde remitirse a ella en homenaje a la brevedad.

2. En primer lugar, coincido con el Dr. Leonardo González Zamar respecto en sus consideraciones en orden a la nulidad de la sentencia de primera instancia que plantea la parte actora en su expresión de agravios. En efecto, la lectura detenida del escrito presentado por la demandante no señala con la precisión que se requiere el yerro en que hubiere incurrido el Juzgador para tachar de nula la sentencia que dictó, además de encontrarse reunidas las formalidades que requiere ese acto jurisdiccional. Siendo así, este planteo se desestima.

3. Y, en lo atinente al recurso de apelación específicamente, hay que señalar en primer lugar que los agravios que intenta mostrar el recurrente, no constituyen una crítica concreta y razonada del fallo que se impugna. No obstante ello, entro a considerar dicho recurso, atento la disidencia que se produjo entre las opiniones vertidas por los Sres. Vocales del primer y segundo orden.

4. A esta altura, los hechos han sido correctamente señalados por mis colegas. Sucintamente, el actor reclama se indemnice el daño moral causado debido a las expresiones que tuviera el demandado, conocido en el mundo artístico con el seudónimo de "Doña Jovita", hacia el actor, ya que lo llamó "embustero" y "terrorista". Estos calificativos se debieron a los comentarios periodísticos que el actor realizara en un radio local, con motivo de la marcha que se organizara en defensa del bosque nativo.

5. Así las cosas, quedó acreditado en el caso *sub lite* los hechos que se relataron en la demanda, las expresiones utilizadas y las fechas en que ocurrieron. En todo momento, el demandado ha negado que hubiera calumniado o injuriado al actor, y que sus expresiones fueron efectuados con tono de broma. Debe tenerse muy en cuenta las cartas documentos que obran glosadas a fs. 13, 14 y 17, como la prueba informativa que luce agregada a fs. 205/6, reproducida en la audiencia de reconocimiento de fs. 276, dado que se trata del audio identificado como "Audio A. C.". 6.Entonces, queda claro que los términos "embustero" y "terrorista" fueron expresiones que utilizó el demandado para aludir al actor debido a su comentario en la radio sobre los manifestantes que habían acudido a la marcha en defensa del proyecto de Ley de Bosques.

7. Recuérdese que el accionado sostuvo que esas expresiones fueron dichas en tono de broma, sin intención de ofender, ni afectar el buen nombre y honor del actor.

8. A esta altura, coincido con el Dr. Guillermo Tinti en orden a la responsabilidad del demandado por las palabras que utilizara para con el actor, atento el comentario radial que realizara este último.

9. Ello es así, debido que en el caso *sub examine*, el demandado no ha probado una causa de justificación que autoriza a liberarlo de responsabilidad por las expresiones que utilizó para referirse al actor. En otras palabras, hasta aquí los términos arriba mencionados dañaron la dignidad de la parte actora, ya que esgrimir que fueron utilizadas las palabras embustero y terrorista, con ánimo de broma, sin intención de ofender, no constituye una razón que permita afirmar que estamos en presencia de una causa de justificación, más allá de que estas causas no forman un número cerrado de ellas. (De Lorenzo, M. "El daño y las causas de justificación. A propósito del Proyecto de Cód. Civil de 1998", LA LEY, 2000-C, 975 y ss.).

10. Insisto, la sola invocación del *animus jocandi* no justifica la conducta ilícita del demandado, ni suprime el daño inferido. Por tanto, la conducta del accionada sigue siendo ilícita y el daño causado injusto.

11. Si se admitiera ligeramente que el demandado alegara con qué ánimo fueron expresadas las palabras mencionadas, habría que concluir que no habría responsabilidad civil, ya que expresiones que lastiman la dignidad de la persona media, perderían su significado. En el caso que nos ocupa, habría que concluir que embustero y terrorista no tienen el significado objetivo que se les otorga a dichas palabras, sino otro que morigeraría o no causaría la lesión al honor de la persona que recibe esas expresiones.

12. Por mi parte, estimo que en supuestos como el traído a decisión de este Tribunal de Grado, es menester averiguar los datos objetivos, y no ceñirse al ánimo con que fue expresado el término. Bastaría invocar que expresiones claramente ofensivas fueron declaradas con ánimo narrativo para que ello se constituye en una causa que suprima el daño y borre la antijuridicidad.

13. De tal modo, no cabe confundir el ánimo o subjetividad del ofensor, con la verdadera existencia o no de una causa de justificación. El significado gramatical de la palabra o frase no puede desaparecer sencillamente con solo decir que fue utilizada con ánimo jocandi (Núñez, R., "Tratado de Derecho Penal", Cba., Lerner, T. III, Vol. II, p. 70).

14. Por ello, basta con la culpa o negligencia, sin ningún otro aditamento para resolver el caso *sub judice* (art. 1724 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) Es que teniendo en cuenta las expresiones vertidas por el demandado, objetivamente injuriosas conforme

al significado gramatical, esa conducta seguida por el accionado permite deducir que se tuvo conciencia sobre su significado ofensivo. (Zavala de González, M. "Tratado de Daños a las Personas". Daños a la dignidad" Bs. As. Astrea. T. 1, p. 293).

15. Más allá que el comentario radial sobre la manifestación en defensa de la Ley de Bosques no hubiere sido muy feliz, todo lo contrario, ello no autoriza que so pretexto de *animus jocandi* o *animus narrandi* se utilicen expresiones como las que dijera el demandado para referirse a ese comentario que hiciera el actor. Existe una valla que no puede saltarse de cualquier modo y es, precisamente, la dignidad de la persona (art. 51 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

16. Por ello, en el caso *sub lite*, se ha conculcado el honor de la parte actora; se ha vulnerado su dignidad con las expresiones que efectuara el demandado que por ser un conocido artista humorista, no significa que esas palabras tuvieran el tono de broma que, según lo arguye el demandado, así fueron dichas. Y, reitero, si objetivamente son injuriantes— las palabras utilizadas— bien puede presumirse que se dijeron para ofender o causar ofensa en la persona a la cual estaban dirigidas (Rev. "Responsabilidad Civil y Seguros", Bs. As., LA LEY, 2008, XI, p. 617).

17. Por lo expuesto hasta aquí, estimo que se ha conculcado el honor y dignidad de la parte actora con las expresiones embustero y terrorista que dijera en la oportunidad ya mencionada el demandado. Ello autoriza, frente a dicha lesión, la concesión de la reparación del daño moral inferido, según lo disponen los arts. 1770 y 1771 del ordenamiento sustancial.

18. Antes de ahora se dijo que no se borró la ilicitud de la conducta, y además, se provocó un daño injusto. Siendo así, corresponde mandar a pagar la indemnización por daño moral impetrado por el actor, el que se estima en la cantidad de pesos cuarenta y seis mil ($46.000), con más el interés de la tasa pasiva promedio que utiliza el Banco Central con más el 2% mensual, que se calcula desde la fecha de interposición de la demanda, y hasta el momento del efectivo pago.

19. Para arribar al monto que se manda a pagar en concepto de daño moral se ha tenido en cuenta la gravedad objetiva del daño, la profesión del actor, la mayor o menor divulgación que pudieron tener las expresiones vertidas por el demandado, que aun cuando fuera escasa, el ámbito en que se desarrollan las actividades de los litigantes, permite presumir que hubo un conocimiento de esos términos.

20. En síntesis, voto en igual sentido que el doctor *Tinti.*

2ª cuestión. — El doctor *González Zamar* dijo:

A mérito de la respuesta dada a la primera cuestión, propongo: 1) Rechazar el recurso de apelación planteado por el actor en contra de la sentencia número tres de fecha once de febrero de dos mil veinte, con costas a su cargo; 2) Regular en forma definitiva los honorarios de los Dres. Darío Ávila y Marcela Fernández, por la labor desplegada en la sustanciación del recurso, en el cuarenta por ciento (40%) del punto medio de la escala del art. 36 de la ley 9459, sin perjuicio del mínimo legal; 3) Diferir la regulación de los honorarios definitivos de los Dres. Carlos Raúl Nayi y José Amado Nayi, por las tareas desarrolladas en segunda instancia, para la oportunidad en que lo soliciten (art. 26 íb.). Así voto.

El doctor *Tinti* dijo:

Propongo:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, revocar la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda interpuesta por el señor A. A. C. y condenando al demandado señor José Luis Serrano a indemnizar al actor el daño moral ocasionado, establecido en la cantidad de cuarenta y seis mil pesos ($46.000), con más el interés fijado en el considerando respectivo, en el término de diez días de quedar firme la presente.

2) Imponer las costas de ambas instancias al demandado (art. 130 CPC) debiendo dejarse sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sede anterior, y procederse a realizar una nueva regulación acorde a lo decidido.

3) Estimar el honorario de los Dres. José Amado Nayi y Carlos R. Nayi, en conjunto y proporción de ley, por sus trabajos en alzada, en el cuarenta por ciento del punto medio de la escala del art. 36 de la Ley arancelaria (art. 40 Ley 9459), con más el 21% en concepto de Impuesto al Valor Agregado a favor del letrado nombrado en segundo término, por revestir la condición de responsable inscripto ante la AFIP.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

Adhiero en un todo a las conclusiones a las que arriba el Sr. Vocal preopinante, votando en consecuencia en idéntico sentido a la cuestión planteada.

Atento el resultado de los votos emitidos y por mayoría se resuelve: 1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, revocar la sentencia apelada, haciendo lugar a la demanda interpuesta por el señor A. A. C. y condenando al demandado señor José Luis Serrano a indemnizar al actor el daño moral ocasionado, esta-

blecido en la cantidad de cuarenta y seis mil pesos ($46.000), con más el interés fijado en el considerando respectivo, en el término de diez días de quedar firme la presente. 2) Imponer las costas de ambas instancias al demandado (art. 130 CPC) debiendo dejarse sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sede anterior, y procederse a realizar una nueva regulación acorde a lo decidido. 3) Estimar el honorario de los Dres. José Amado Nayi y Carlos R. Nayi, en conjunto y proporción de ley, por sus trabajos en alzada, en el cuarenta por ciento del punto medio de la escala del art. 36 de la Ley arancelaria (art. 40 Ley 9459), con más el 21% en concepto de Impuesto al Valor Agregado a favor del letrado nombrado en segundo término, por revestir la condición de responsable inscripto ante la AFIP. Protocolícese, hágase saber y bajen. — *Leonardo C. González Zamar* (en disidencia). — *Guillermo P. B. Tinti.* — *Julio C. Sánchez.*

Responsabilidad por los daños ocasionados por expresiones proferidas *animus jocandi*

María Jimena Cabanas (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los antecedentes del caso.— III. El análisis de la decisión.— IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

A la luz de la nueva regulación de la protección de los derechos personalísimos, contenida en los arts. 51, 52 y siguientes del Código Civil y Comercial, el fallo en estudio resulta de gran relevancia para analizar el alcance de la protección de uno de estos derechos, concretamente al derecho al honor, que integra la dignidad personal entendida como un valor especial ligado únicamente a la humanidad, que no admite distinciones relacionadas con su clase, género, religión, habilidades o cualquier otro factor que no sea el ser humano, que resulta fundamento de todos los demás derechos y que constituye una propiedad de relación que implica el reconocimiento colectivo, para lo que resulta fundamental el aporte recíproco de cada uno de los integrantes de la sociedad **(1)**.

II. Los antecedentes del caso

II.1. Los hechos

El Sr. A. A. C. promovió demandada de daños y perjuicios contra el Sr. J. L. G., quien encarna el personaje de "Doña Jovita" por él interpretada utilizando el nombre artístico "J. L. S.", solicitando que se lo condenara a abonarle la suma de trescientos mil pesos en concepto de indemnización de daño moral, por las expresiones que el accionado realizara llamándolo "terrorista" y "embustero" en respuesta a los comentarios periodísticos efectuados por el actor periodista en una emisora radial local, respecto de la marcha en defensa del Bosque Nativo realizada en la ciudad de Córdoba el día 28/12/2016, que a su entender, habían resultado

(*) Abogada. Mediadora. Secretaria del Juzgado Civil y Comercial N.º 3 de Tandil. Profesora de las materias Sociedades, Concursos y Quiebras, y Derecho Procesal Civil y Comercial en la Universidad Fasta, extensión áulica Tandil.

(1) Cfr. LAJE, A., "La dignidad de la persona humana como propiedad de relación", LA LEY 04/11/2020, 1, AR/DOC/3480/2020.

lesivas de su dignidad y honor. El demandado a su turno, solicitó el rechazo de la acción argumentando que esas expresiones habían sido consideradas fuera de contexto, atribuyéndoles una connotación injuriante que no se correspondía con el *animus jocandi* con que el personaje "Doña Jovita" había expresado el malestar y repudio social generalizado que habían generado los comentarios que el actor había efectuado criticando la marcha y faltando a la verdad al informar que habían concurrido solo unas 300 personas, generando caos en el centro de la ciudad, cuando en realidad, se había tratado de una marcha multitudinaria y pacífica que buscaba evitar que la Unicameral de la Provincia sancionara el proyecto de reforma a la Ley de Bosques.

Concretamente, de acuerdo a lo relevado en el decisorio en comentario, el Sr. C. había dicho en la radio que "...300 personas comenzaron a marchar aproximadamente a las cinco y media de la tarde por Av. Colón hasta General Paz; para aquellos que no conocen Córdoba, es el centro neurálgico que tenemos en el microcentro de Córdoba, Av. Colón y Gral. Paz; ahí se detuvieron unos 15 o 20 minutos los manifestantes y posteriormente continuaron por Gral. Paz, doblaron por el área peatonal Deán Funes hasta llegar a la Legislatura Provincial; claro, la policía, las vallas, ya son tradicionales, no las sacan nunca, porque las dejan para todas las protestas; en ese lugar, leyeron un documento, una especie de audiencia pública, en este lugar frente a la Legislatura y se produce la desconcentración; qué reclaman, por la Ley de Bosques..." para luego expresar su opinión en los siguientes términos: "Pero digo: ¿no escucharon la Cadena 3 estos 300 que hoy crearon un caos en el tránsito vehicular y la gente que no sabe a dónde tomar el ómnibus para volver a casa, que se va a tratar el año que viene la ley de bosques? Que la justicia suspendió la audiencia pública, que en un principio estaba programada para hacerla aquí en la Legislatura y posteriormente decidió hacerla en Villa de María de Río Seco, 170 km al Norte de la Capital y también la Justicia dijo 'no' a la audiencia pública en aquel lugar..." y culminando: "Es increíble, hoy protestaron por nada, por algo que se va a tratar el año que viene, en (el) cual el oficialismo en un momento dijo a pesar de tener los votos, pero no hay consenso, la pasamos para el año que viene...".

Frente a ello, el demandado, personificando a "Doña Jovita", respondió: "Eh, A. C., mijo, ¿qué le pasa? Un humorista, che, un humorista ahora terrorista. ¿Qué le pasa, A. C., A., que está tan *incordio*? ¿Qué le pasa que está tan embustero? ¡Cómo va a decir que hubo 300 personas...! Se ve que ni estuvo usted, se ve que ni jué... y encima ni ha visto... ¿Qué le pasa, bonito, que se me está arruinando...? Está traicionando su esencia... Hermano brasilero, acuerde que esta tierra lo ha recibido y lo acoge... no se venda... no se traicione, ¿a qué responde, bonito? ¿Qué le pasa, A. C., y a qué se debe esa inquina, ese encono? ¿Por qué nos odia, si no nos conoce? ¡A. C., sosegate!", quedando así configurada la plataforma fáctica sobre la que versó la decisión.

II.2. La sentencia

En primera instancia, la juez del trámite al resolver consideró que las expresiones volcadas por el demandado no constituían una conducta antijurídica y que tampoco había existido de su parte la intención de injuriar al actor al criticar la crónica radial que había realizado el Sr. C. respecto la mencionada marcha, ya que la errónea información que brindó el actor periodista por un medio radial masivo, dada el mismo día de la marcha y mientras esta se desarrollaba, legítimamente generó el derecho del demandado de responder y criticarlo directa y personalmente, en el marco del ejercicio lícito del derecho a la libertad de expresión, ya que se trataba de una cuestión de interés público y el demandado había hecho pública su postura luego de la crónica y contemporáneamente al avance de la movilización y que las expresiones del demandado, analizadas en conjunto y el contexto en que fueron proferidas, no eran susceptibles de lesionar el honor el honor y reputación del actor, por lo que desestimó la demanda.

Apelada la sentencia por el accionante, la alzada, por mayoría, revocó el decisorio, haciendo lugar a la demanda y condenando al Sr. J. L. G. a abonarle la suma de $ 46.000.- en concepto de daño moral.

II.3. El voto de la mayoría

Los jueces cuyos votos conformaron la mayoría que determinó la suerte del recurso consideraron que el término "terrorista" —para referirse al periodista— es un insulto de inusitada gravedad, altamente injuriante, con aptitud causal

para ocasionar un daño al demandante, y que las expresiones del demandado adjetivando de *embustero* y *terrorista* al actor no están centradas en criticar la falsedad de la información, ni siquiera en desmentirla.

Se argumentó además que no se advertía que la crónica del movilero fuera falsa o mentirosa, pues del detalle dado por el propio accionado emerge que, si bien habrían sido luego muchos más, la afirmación "...300 personas comenzaron a marchar..." (subrayando el juez del voto el "comenzaron") no parecía extraviada si luego se había congregado un número mayor; que no se apreciaba que se hubiera afirmado que hubieran asistido solo "300 personas" a la marcha, como sugería el demandado y, en lo concerniente a la interrupción del tránsito vehicular —que aparecería como una consecuencia lógica de la movilización—, fue reconocido y hasta documentado fotográficamente por el propio *responde* del señor G. la gran cantidad de gente que se congregó en las calles y la imposibilidad de paso de vehículos.

Se consideró que la imprecisión, la inexactitud, o aun la falsedad de la narración hecha por el cronista podrían en todo caso haber sido fácilmente rebatidas o desacreditadas, y aun haberse demandado a C. por responsabilidad civil si ella hubiera existido, pero en modo alguno podían emplearse términos como "terrorista" para denostar a un periodista con cuya crónica no se está de acuerdo, siendo el vocablo bajo y especialmente insultante.

Se concluyó que consecuentemente había existido agresión al honor y a intimidad del actor, a partir quizá de un ejercicio extralimitado del derecho de expresarse, porque en el desarrollo y descripción de hechos conducentes el demandado acudió a locuciones, frases o giros verbales que descalificaron a la parte actora, presentándola como una persona malintencionada, intrigante y de dudosa moralidad con la consiguiente carga negativa en el ámbito de sus relaciones sociales, familiares y profesionales, todo en un tono injuriante y descalificador, enmascarado en la personalidad humorística por la que se conoce al accionado, apto para lesionar el honor y la intimidad del sujeto que, en definitiva fueron los derechos afectados en la persona del demandante, por lo que el resarcimiento reclamado resultaba procedente.

También se dijo en el voto de la mayoría que las adjetivaciones a la persona del Sr. C. importaban adjudicarle comportamientos totalmente reñidos con la moral y con el derecho, con la explicita intención de descalificarlo personalmente, con términos y calificativos denigrantes para un trabajador de prensa y para cualquier ser humano, y que las conductas que el demandado S. atribuye al actor C., de ser embustero, pero y principalmente, "terrorista", son, como mínimo, delictuales, inmorales, deshonrosas, exteriorizando cierta saña vindicativa, por lo que no resultaba posible, considerar la ausencia de la intención de ofender que, además, no hacía falta para configurar la responsabilidad civil, en tanto se encontraban configurados todos los requisitos de la responsabilidad civil; puesto que si se admitiera ligeramente que el demandado alegara con qué ánimo fueron expresadas las palabras mencionadas, habría que concluir que no habría responsabilidad civil, ya que expresiones que lastiman la dignidad de la persona media perderían su significado, debiendo concluirse, por caso, que *embustero* y *terrorista* no tienen el significado objetivo que se les otorga a dichas palabras, sino otro que morigeraría o no causaría la lesión al honor de la persona que recibe esas expresiones, y que el significado gramatical de la palabra o frase no puede desaparecer sencillamente con solo decir que fue utilizada con *animus jocandi*.

II.4. El voto en minoría

El voto emitido en primer término, luego de advertir la tensión existente entre los derechos de actor y demandado en la medida en que el derecho al honor y a la reputación profesional del actor y el derecho a la libre expresión del demandado tienen ambos raigambre constitucional y reconocimiento infraconstitucional, y que —siguiendo la doctrina elaborada en torno al tema por la Suprema Corte de Justicia de la Nación— el derecho a expresarse libremente no ampara a quienes cometen ilícitos civiles en perjuicio de la reputación de terceros, consideró, con base en la doctrina de la *real malicia*, que el damnificado debe probar que la información brindada fue efectuada a sabiendas de su falsedad o, al menos, que ha obrado con un notorio desinterés acerca de la verdad; en tanto que, respecto de las ideas,

opiniones, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dado que por su condición abstracta no es posible predicar de ellos verdad o falsedad, no se aplica dicha doctrina, sino que solo corresponde tomar como objeto de reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas; y en el examen de los epítetos que hayan sido utilizados no es suficiente la indagación de sus significados literales y aislados, sino que, por el contrario, debe considerarse especialmente la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidas, así como el grado de agresividad discursiva propia de ese medio, sin perjuicio de considerar que, por tratarse del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, no existe derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada.

Con base en tales premisas, destacó que al ser ambas partes figuras públicas y, como tales, encontrándose expuestas a que su actuación sea objeto de particular escrutinio con relación a los asuntos públicos que los involucren, con el consiguiente mayor riesgo de que sus derechos de la personalidad puedan verse atacados, tal circunstancia debía ser analizada junto con los otros elementos del caso.

Consideró que las expresiones vertidas por "Doña Jovita" no superaban el nivel de tolerancia que es dable esperar de quien ejerce el periodismo cuando se lo cuestiona en la esfera de su labor profesional y que no sobrepasaban de un juicio crítico sobre la cobertura periodística realizada acerca de un hecho específico; concluyó que la utilización de los términos aludidos no podían considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones impropias que no guarden relación con el sentido crítico del discurso en el que se hallaban insertas, aun cuando pudieran considerarse duros, ásperos, irritantes u hostiles.

III. El análisis de la decisión

La protección de la intimidad, del honor, y de la imagen se volcó específicamente al Código Civil argentino, en su art. 1071 bis, agregado por la ley 21.173; y hoy, con la vigencia desde 2015 del Cód. Civ. y Com., la protección a la persona, a su dignidad e intimidad, se ha visto acrecentada con normas específicas como la de los arts. 51, 52, 53, 55, 71 y especialmente 1770 en cuanto a la protección de la vida privada.

Los votos contrapuestos que integran la sentencia en análisis y que dan lugar a la solución del conflicto por mayoría son contestes al advertir que en el caso se trataba de resolver la tensión existente entre el derecho del actor al honor y a su reputación profesional, inherentes a la dignidad humana, y del demandado a expresar libremente sus opiniones, en la medida en que ambos gozan de reconocimiento constitucional y legal. Tratábase entonces de decidir si el ejercicio del derecho del demandado, mediante los términos empleados, resultaba susceptible de vulnerar los mencionados derechos del actor. Por mayoría, se concluyó que sí.

Sin embargo, a poco que se analicen los fundamentos que condujeron a esta conclusión, se advierte que la elaboración lógica que fundamentó la condena parte de dos premisas: en primer lugar que el término "terrorista" resultaba de inusitada gravedad, altamente ultrajante; más aún, que ambos términos empleados, es decir "embustero" pero y principalmente, "terrorista", resultaban como mínimo, delictuales, inmorales y deshonrosos y, en segundo lugar, que ambos contaban con aptitud suficiente para vulnerar el honor del actor, independientemente del ánimo con que fuera proferido, por lo que resultaba irrelevante la intención del demandado y el contexto en que fueron proferidos.

Respecto a la primera premisa, advierto que constituye un error atribuirle a los términos empleados por el demandado, el significado pretendido, o al menos que ese sea el único significado que tales palabras porten. Es que los seres humanos tenemos todos motivaciones sociales de cooperación que dan lugar a procesos comunicativos donde dos sujetos (quien comunica y quien recepciona) interactúan cooperativamente para alcanzar conjuntamente un objetivo. El que comunica se esfuerza por transmitir el mensaje; a su vez, el receptor se esfuerza por comprenderlo. Genéricamente, los lingüistas han definido la *comunicación* como el acto por el cual se lleva a cabo una transmisión de información. El contenido de la *información* se denomina *mensaje*. La comunicación humana se concreta a través del lenguaje como capacidad que tiene el ser humano para expresarse y comunicarse, a través de diversos sistemas de signos: orales, escritos o gestuales. El contenido de la información (el mensaje) que se transmite a través de un acto de comu-

nicación puede variar según las circunstancias culturales, históricas o situacionales, por cuya razón una determinada palabra emitida en distintos contextos situacionales (en un lugar y en un tiempo concreto) o verbales (en distintos enunciados) puede transmitir diferente información, es decir, distintos mensajes **(2)**.

Existe una diferencia entre el concepto general de comunicación como transmisión de información (de un mensaje) y el concepto específico de comunicación humana, que es interpersonal; lo que implica tener en cuenta que lo que realmente se comunica depende de quién lo comunica, de su particular intención comunicativa, de a quién va dirigido el mensaje, del tipo de relación del uno con el otro y de la situación en la que se lleva a cabo el acto comunicativo.

Es que, para la teoría de la comunicación social, el *contexto* es la situación en la que tiene lugar el acto comunicativo; comprende el lugar y tiempo en que se produce la comunicación y las circunstancias de los propios participantes: relación existente entre sí, información que poseen basada en experiencias previas, entorno sociocultural, etc. El *contexto* es lo que permite la interpretación correcta del mensaje **(3)**.

De ello se sigue que no puede válidamente atribuirse a los vocablos "embustero" y "terrorista" un significado unívoco y sin consideración de la intención y el contexto con que fueron verbalizados. Es evidente que los votos de mayoría atribuyen a estas palabras acepciones que abrevan en la propia subjetividad de los jueces que los emitieran que, en todo caso, exterioriza cierta posición política respecto del conflicto de opiniones entre actor y demandado, desentendiéndose de las circunstancias en que el intercambio comunicacional (no solo la respuesta del demandado, cuya aptitud dañosa se pretende) entre el periodista actor y el humorista demandado tuvo lugar, reforzando esta conclusión la amañada interpretación que efectúa uno de los votos de la crónica periodística formulada por el actor, objeto de la crítica de "Doña Jovita".

Es que en el segundo voto se señaló que no se advertía que la crónica del movilero fuera falsa o mentirosa, pues del detalle dado por el propio accionado surgía que —si bien habrían sido luego muchos más— la afirmación "...300 personas comenzaron a marchar..." subrayando el juez del voto el "comenzaron", lo que no le parecía extraviado si luego se había congregado un número mayor, justificando así la inexacta información brindada. Ello equivale a admitir que lo mismo hubiera dado si el periodista hubiera dicho que comenzaron a marchar diez personas, o veinte o cien, pues resulta evidente que las marchas comienzan con cierto número de manifestantes, al que habitualmente se van agregando más personas. Se desentiende así el voto de los efectos que en el público podían provocar tales afirmaciones —y la intención con que estas fueron emitidas—, ya que resulta como mínimo dudoso que los oyentes de la radio se encontraran atentos a tal sutileza del discurso, limitándose a tomar el dato, por cierto, máxime cuando quien lo aportaba era un comunicador social de trayectoria, con un compromiso inherente a su profesión, de informar la verdad.

A su vez, el voto de mayoría, al argumentar que los términos empleados gozan "per se" de entidad dañosa por su solo significado, prescindiendo del contexto y de la intención del emisor, establece una suerte de responsabilidad objetiva de quien profiere ciertos términos, por el solo hecho de emplearlos, en amplia contradicción con la doctrina elaborada en torno al art. 1771 del Cód. Civ. y Com. que exige para el caso de la acusación calumniosa el dolo o la culpa grave.

La situación que se verifica en este caso guarda similitud fáctica con el antecedente resuelto por la Corte Suprema en "P. de M., M. C. c. Gente Grossa SRL s/ daños y perjuicios", el 22/12/2020, donde se decidió por unanimidad el conflicto "entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de quien efectuó la publicación y los derechos a la imagen y al honor de quien fue aludida en tal oportunidad".

En aquel caso se publicó un montaje fotográfico con leyendas que la actora consideró lesivas

(2) DOTTORI, A. O., "La comunicación humana: orígenes de la reflexión sociológica", Universidad Nacional Autónoma de México, Revista Mexicana de Sociología, 5/2018.

(3) CARAM, María Elena - EILBAUM, Diana T. - RISOLÍA, Matilde, "Mediación, Diseño de una Práctica", Librería Editorial Histórica, ps., 234 y ss. 1. Aproximaciones teóricas hacia la comunicación.

de sus derechos al honor y a la imagen, ocupando la contratapa de la edición del 13/8/2010 de la revista "Barcelona", editada por la firma demandada Gente Grossa SRL, "que simulaba ser la tapa de una ficticia revista denominada 'S/M Soy Milico' y que consistía en una fotografía del rostro de la señora P. de M. adosada a la de un cuerpo femenino ajeno desnudo envuelto en una red, acompañada de un texto que la actora calificó de pornográfico y reprodujo en su demanda"; el hecho que la había originado había sido una protesta efectuada en el año 2010 por esposas y familiares de militares que se encontraban presos por causas en que se investiga la comisión de crímenes de lesa humanidad, entre las que se encontraba la actora y en cuya oportunidad se encadenaron a las rejas del Edificio Libertador, sede del Estado Mayor del Ejército y del Ministerio de Defensa, a fin de que se les concediera una audiencia ante la entonces Ministra de Defensa y las autoridades castrenses.

Allí la Corte Suprema concluyó que la aludida contratapa no resulta lesiva del derecho al honor de la actora, puesto que constituía una crítica política que no excede los límites de la protección que la Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión, pues no configura un insulto gratuito ni una vejación injustificada y la publicación en cuestión se encontraba dentro del ámbito de protección que la Constitución Nacional brinda a la libertad de expresión. Ya en 1992 la Corte Suprema había concluido que la tutela constitucional a la libertad de prensa no excluye las expresiones de corte humorístico vertidas y emitidas en programas televisivos de ese estilo, protección que se da de una manera amplia, "sin distinguir entre lo que constituye opinión, manifestación estética, de arte o de humor, pues la libertad de manifestación del individuo no puede ser entendida circunscripta solo a cierto ámbito o finalidad, pues entonces la garantía quedaría en letra muerta". En consecuencia, no está excluida de la protección "la sátira social o política o el humorismo político, que en definitiva son modos de expresión de las ideas, aunque sean distintos de la exposición directa de estas".

La Corte Suprema, que determinó que el análisis debe efectuarse bajo el estándar de revisión correspondiente a los supuestos de expresión de opiniones o críticas, teniendo para ello especialmente en cuenta que, se estaba en ese caso ante una manifestación satírica que utilizaba el humor o lo grotesco para referirse a un hecho de interés público en el que participó la actora en su carácter de figura pública, y en consecuencia "el criterio de ponderación aplicable (...) deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que en forma manifiesta carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. Ello es así pues no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada" **(4)**.

En el caso de las expresiones vertidas a través del personaje "Doña Jovita" y siguiendo los lineamentos del Supremo Tribunal de la Nación apuntados, es claro que el demandado ejerció lícitamente su derecho constitucional a la libertad de expresión, replicando en su tono de humor que le era característico, la crónica formulada por el actor y que, debidamente contextualizados sus dichos en el marco de las diferentes posiciones ideológicas que ostentaban actor y demandado frente a un mismo evento —es decir, a la marcha en defensa del Bosque Nativo realizada en la ciudad de Córdoba el día 28 de diciembre de 2016—, y sus respectivas profesiones de periodista y humorista, medios en que las exteriorizaban y los recursos de que se valían para ello, no resultan susceptibles de provocar el agravio por el que el Sr. C. reclamaba. Por el contrario, el fallo de la mayoría parece más bien dirigido a censurar la posición pública que venía exteriorizando el demandado a través de su personaje, siendo conocido su apoyo a la marcha referida, a la cual también convocó y a disuadir su opinión crítica respecto a las manifestaciones del actor. El único perjuicio que puede advertirse de sus dichos, en todo caso, es el hecho de que quedó en evidencia la inexactitud de la crónica periodística efectuada y la discrepancia con su opinión respecto a la aludida marcha, lo cual queda marginado de todo reproche jurídico.

IV. A modo de conclusión

El fallo en comentario constituye un desafortunado precedente que propicia la limitación del derecho a expresarse y emitir opiniones li-

(4) Los fallos de la Corte Suprema son analizados en el artículo de FLORES, O., "Tutela constitucional del humor, la parodia y el fotomontaje satírico", LA LEY 11/03/2021, 4, AR/DOC/380/2021.

bremente, de raigambre constitucional, en contradicción con los lineamentos que en la materia ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que la aplicación de sus premisas conduciría a atribuir responsabilidad por cualquier adjetivación descalificante proferida públicamente, con prescindencia del contexto en que tuviera lugar, las características de las personas involucradas, o los hechos que precedieran a las manifestaciones cuestionadas, vulnerando el verdadero alcance que debe otorgarse al art. 52 del Código Civil y Comercial y sus normas concordantes.

No cabe duda de que existen vocablos cuyo contenido puede resultar grave e innecesariamente injuriante, debiendo evitarse su empleo, aun su utilización metafórica, pero no resulta el caso de los términos "embustero" y "terrorista". Como sucede en todo discurso, debe tenerse en especial consideración la contextualización que en definitiva permite dotar de significado al intercambio comunicacional. Y tal contextualización depende no solo de las características del emisor y del destinatario del mensaje, sino también de la intención con que fueron proferidos, en contexto discursivo, el medio utilizado, la situación histórico-social, en que el intercambio tuvo lugar, entre otros aspectos. Desde esta perspectiva, la decisión analizada excede lo estrictamente jurídico, para exteriorizar una clara posición ideológica que —si bien resulta frecuente que subyazca en aquellos casos donde el análisis excede lo jurídico para adentrarse en otras esferas de la dinámica social— dota unilateral y sesgadamente de significado a los términos presuntamente agraviantes, actitud que los jueces deben evitar cuidadosamente, a fin de satisfacer el ideal de imparcialidad que preside la justicia en todos los casos.

JURISPRUDENCIA

LESIONES EN CLUB POLIDEPORTIVO

Portón de polideportivo que cae sobre dos niñas. Riesgo de la cosa. Eximentes de responsabilidad. Deber de vigilancia de los padres.

1. — Partiendo de la base —no discutida— de que el portón de ingreso al polideportivo no contaba con las medidas de seguridad adecuadas para mantener su verticalidad, se presume que el daño se generó por este vicio. Por ello, si el municipio pretendía liberarse de responsabilidad, debió acreditar las eximentes que invocó; a saber, que el daño se produjo por el actuar de las propias víctimas y por el incumplimiento de los padres de su deber de vigilancia, y que ello tuvo la entidad suficiente para intervenir causalmente en la producción del daño, enervando total o parcialmente la incidencia causal del vicio que aquejaba al portón, lo que no acreditó.

2. — Aun en el caso de que se encontrase acreditada la hipótesis de que las niñas se subieron "a caballete" sobre el portón el desenlace dañoso se hubiera evitado de haber contado el portón con las medidas de seguridad necesarias. Es decir, más allá del obrar de las niñas, el portón no poseía el sostén apropiado y, por tanto, la municipalidad no deja de ser responsable en su carácter de dueña o guardiana.

3. — Encuentro importante destacar que el polideportivo era habitualmente utilizado por los niños del distrito para jugar y hacer actividades recreativas, ello implicaba, para el municipio, un deber de seguridad y resguardo aún mayor, en lo que atañe a las condiciones de seguridad de las instalaciones. Por ello, ante el conocimiento de la falta de tope de seguridad en el portón de ingreso, debió extremar los cuidados, a fin de evitar daños a las personas de la zona que concurrían al lugar, una cadena con candado, carteles, vallas, etc. podrían haber advertido a las niñas y a cualquier otra persona que se acercara al predio, el peligro que presentaba el portón, hasta tanto el mismo fuera reparado.

4. — Para endilgar responsabilidad a los padres por el incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos, es necesario acreditar que el accionar del menor de edad tuvo incidencia causal en la producción del hecho dañoso.

5. — La recurrente debió probar que los padres omitieron el cuidado de las niñas y que esa omisión provocó o contribuyó con un nexo causal adecuado, a la caída del portón sobre ellas.

6. — Conforme la prueba rendida y las constancias de la causa, el día del hecho las niñas se encontraban en el interior del polideportivo, sin la presencia de sus padres u otro adulto responsable. Sin embargo, no por ello se concluye que los progenitores hayan omitido el deber de vigilancia y cuidado que su calidad les imponía, pues todo hace suponer que confiaron en las seguridades que les otorgaba a sus hijas el lugar en que se recreaban. Así, podría concluirse que los progenitores ejercitaban el cuidado con sus propios parámetros de prudencia, conforme la edad de las niñas, el lugar en el que se encontraban y la actividad que realizaban, además, no se encuentra acreditado que los padres de las niñas conocieran la deficiencia que presentaba el portón de ingreso al polideportivo, y por lo tanto, no poseían esa referencia de peligro para sus hijas.

C1aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., San Rafael, 30/06/2021. - A., A. E. y otros c. Municipalidad de San Rafael.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105885/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

CUIJ: 13-04925104-6((020301-30938))

2ª Instancia.- Mendoza, junio 30 de 2021.

1ª ¿Es justa la sentencia? 2ª Costas y honorarios.

1ª cuestión. — El doctor *Bermejo* dijo:

I. Antecedentes y recursos

I. a.- Sentencia recurrida

El Sr. Juez de grado hizo lugar a la acción entablada por los actores y, en consecuencia, condenó a la Municipalidad de San Rafael a abonar a R. A. S. la suma de $1.056.000, a L. S. B. la suma de $1.555.000, a A. E. A. la suma de $150.000, a J. A. D. la suma de $200.000 y a E. F. B. la suma de $200.000, todos con más intereses, al considerar acreditados los daños sufridos a consecuencia de la caída de un portón sobre las niñas R. y L., en un predio de jurisdicción de la demandada.

Para así resolver encuadró jurídicamente el caso y estableció, dada la fecha de ocurrencia del hecho, que la cuestión debía resolverse conforme las normas de responsabilidad derivadas del plexo de principios de derecho administrativo y doctrina desarrollados en materia de responsabilidad del Estado por la CSJN, con la interpretación que surge de la Ley 8968. Aclaró que para aquellas cuestiones en las que esos ordenamientos no contemplen solución, se aplica por analogía el Cód. Civ. y Com. de la Nación. Además recalcó que las disposiciones del actual Código Procesal Civil, Comercial, Minas y Tributario local, son de aplicación inmediata.

Luego se adentró en el análisis de la mecánica del hecho, valoró las declaraciones de testigos y partes, los dictámenes periciales y las constancias del expediente penal y concluyó que, si bien pudieron haber ocurrido tanto la versión de la actora (que el portón cayó sobre las niñas) como la de la demandada (que las niñas se subieron al portón), no surge como corroborada la versión de esta última.

Así, tuvo por acreditado que el día 13/02/2016 a las 16:30 hs. aproximadamente, R. A. S. y L. S. B., ambas de 9 años de edad, jugaban en las inmediaciones del Polideportivo de Jaime Prats, dependiente de la Municipalidad de San Rafael; que se encontraban del lado interno del predio, junto al portón de ingreso y egreso, y que este se desplomó y les cayó encima, lo que les causó severas lesiones. También tuvo por probado que, luego de poder liberarse del portón, L. se trasladó algunos metros para tratar de buscar ayuda para ella y su compañera R.

Luego se avocó al tratamiento de la responsabilidad. Advirtió que, en el caso, se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el vicio o anormalidad de la cosa inerte (portón) y las lesiones reclamadas, operando una responsabilidad objetiva de la accionada pues se trata de una cosa viciosa que, debido a su tamaño y mal estado, generó un riesgo antijurídico. Adicionó que también existe una responsabilidad objetiva por falta de servicio, debido a la omisión de la demandada en mantener el portón en condiciones de seguridad.

Sostuvo que la accionada no acreditó la ajenidad de causa; que tampoco resulta conducente el planteo referido a la ruptura del nexo causal producida por la conducta de L. Por ello, determinó que la Municipalidad de San Rafael resultó responsable por los daños sufridos por las niñas, con motivo del accidente.

Determinada la íntegra responsabilidad de la accionada, se avocó al tratamiento de los rubros indemnizatorios.

- En relación al daño patrimonial por gastos médicos, farmacéuticos y de traslado, estimó suficiente para resarcir dichos gastos la suma de $20.000 para cada una de las actoras R. S. y L. B., a la fecha de la sentencia.

- En cuanto a la incapacidad psicofísica y daño estético de R. A. S., determinó el monto indemnizatorio en $736.273, a la fecha del hecho, con más intereses.

- Respecto a la incapacidad psicofísica de L. B., determinó la indemnización en la suma de $1.135.457, a la fecha del hecho, más intereses.

- En lo referente a la cuantificación del daño moral de R. S. y L. B., tuvo por acreditados los padecimientos espirituales de las víctimas. Ponderó que, si bien ambas presentan secuelas, las limitaciones funcionales, en el futuro, serán mayores para L., lo que le acarreará más padecimientos espirituales. En cuanto al daño estético de R., valoró las repercusiones extrapatrimoniales que su cicatriz ha tenido y tendrá en su vida.

Como satisfacción sustitutiva, entendió que tres meses de descanso y de ocio podrían coadyuvar para aliviar el daño sufrido por L., y dos meses de descanso y de ocio podrían contribuir para aliviar el daño sufrido por R.; que con la suma otorgada deberían poder realizar algún viaje de placer con su familia, paseos y salidas recreativas; podrían distraerse con amigos o familia, comprarse algo de ropa, accesorios personales o para regalar; o podrían, asimismo, adquirir algún bien de valor como una bicicleta de calidad o una moto económica. Conforme estos parámetros, cuantificó la indemnización de L. en $400.000 y de R. en $300.000, a la fecha de la sentencia, con más los intereses.

- En relación al daño moral reclamado por los progenitores de las niñas afectadas en el siniestro (Sres. A. A., J. A. D. y E. F. B.) recordó que, en el caso, es claro que las damnificadas directas han sufrido secuelas incapacitantes de extrema gravedad, por lo cual se justifica la legitimación de sus padres para reclamar daño moral quienes, además, poseen trato familiar con las niñas.

Señaló que el relato de los padecimientos espirituales de los progenitores, efectuado en la demanda, ha sido corroborado con las pruebas rendidas. Tuvo especialmente presente que R. y L. han necesitado y necesitarán mucha ayuda de sus familias, lo que deja a la luz que evidentemente el accidente afectó la faz espiritual de los padres. Además, advirtió que L. padece mayor grado de discapacidad.

Ponderó que 50 días de descanso y de ocio podrían coadyuvar para aliviar el daño sufrido por los pa-

dres de L., y 30 días de descanso y de ocio sirven para cuantificar el perjuicio extrapatrimonial de la Sra. A. Entendió justo otorgar la suma de $150.000, para A. A., $200.1 para J. A. D. y $200.000 para E. F. B., a la fecha de la sentencia, con más los intereses.

- Finalmente fijó los intereses que devengarán las sumas condenadas, impuso costas y reguló honorarios.

I. b.- Agravios de la Municipalidad de San Rafael

1. El primer agravio se encamina a demostrar el error judicial en la apreciación de la prueba referida a la forma de acontecer el hecho dañoso.

Señala la recurrente que el Juez de primera instancia no analizó las pruebas con objetividad, que la versión de los hechos relatada por la actora es incompatible con la conclusión del perito ingeniero mecánico. Se pregunta cómo es que la caída del portón sobre las niñas, quienes se encontraban "junto al portón" según el relato de la actora, solo produjo en ellas lesiones en las extremidades inferiores y no en el resto del cuerpo.

Sostiene que su versión de los hechos —que R. y L. se habían subido al portón a jugar— es la única que se enmarca en la lógica y no presenta fisuras.

Para darle aval a su hipótesis explica que la disposición horizontal de los caños de hierro del portón, hizo factible que las niñas se subieran al mismo; además, resalta que R. presenta mayor gravedad en su pierna derecha, mientras que L., en la izquierda, lo que acentúa la conjetura de que las niñas se encontraban subidas "a caballete" en el portón, mirándose una a otra. Agrega que, en el relato de la actora, resulta inexplicable que las niñas estuvieran adentro el predio cuando el portón les cae encima ya que, si este estaba abierto, es extraño que estuvieran junto a él y, si estaba cerrado, es poco factible que dos niñas de 9 años pudieran desplazarlo (peso de 220 kg.). Insiste en sostener que la posibilidad más exacta de la mecánica del accidente es que el portón cayó por la fuerza perpendicular a su eje, ejercida por las niñas subidas sobre el portón.

Destaca que la actora no menciona que alguien haya corrido el portón, dijo simplemente que el mismo se desploma, pero en la mecánica no hay lugar para fenómenos inexplicables, por lo que no puede aceptarse esta versión.

Afirma que el vicio o defecto de mantenimiento que presentaba el portón no fue el determinante del daño, sino el hecho de las víctimas, que modificó el acontecer natural de las cosas (art. 1729 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

2. Como segundo agravio plantea el error del Juez en relación a la responsabilidad de los padres de las niñas víctimas.

Al respecto, señala que el Juez no debió resolver tal cuestión por aplicación de las normas contenidas en el Cód. Civil Velezano, sino que debió aplicar el nuevo ordenamiento civil (arts. 638 y ss. Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Explica que el término "responsabilidad parental" contenido en el Cód. Civ. y Com. de la Nación implica la formación integral, protección y preparación del niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad; que en el presente caso, se aprecia una notable despreocupación de los padres antes del accidente, ya que no es razonable que niñas de tan corta edad se encuentren lejos de su casa, jugando solas, sin que un adulto vele de cerca por ellas. Especula que, de haber estado una persona mayor con ellas el accidente no se hubiera producido ya que hubiese impedido que las niñas se suban a un portón de dos metros. Entiende así, que una conducta adecuada de los padres, conforme art. 639 Cód. Civ. y Com. de la Nación, hubiera evitado el mal y que el incumplimiento de los deberes derivados de la responsabilidad de los padres no debe transmitir la responsabilidad a un sujeto ajeno.

3. Como tercer agravio y como derivación lógica del anterior, plantea el erróneo reconocimiento de un daño moral en cabeza de los progenitores de las niñas.

Señala que el incumplimiento de obligaciones, por parte de los padres de R. y L., excluye la legitimación activa respecto del daño moral concedido en la sentencia de grado.

4. En cuarto lugar y en forma subsidiaria, solicita la corrección de los porcentuales regulatorios a letrados y peritos.

Explica que la demandada fue actuada por la Dra. Mariana Sosa solo como patrocinante, por lo cual debe omitirse la regulación del mandatario en esta etapa. Agrega que se reguló a los peritos el 3% a cada uno (conf. art. 184 CPCCT), pero que la suma de regulaciones alcanza el 27% de la condena, lo que agravia la disposición del art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

I. c.- Recurso de Fiscalía de Estado

Por su parte, Fiscalía de Estado adhirió a los agravios expresados por Municipalidad de San Rafael.

I. d.- Contestación de la parte actora

En primer lugar, señala que no existe prueba incorporada a la causa que abone la teoría de que R. y L. se encontraban subidas sobre el portón.

Recalca que la pericia mecánica es contundente cuando indica "cabe aclarar que al momento del hecho en cuestión el portón no poseía el mencionado tope de seguridad... cuya función es evitar que sobrepase los estabilizadores de rodillo y pierda la verticalidad", lo que coincide con la pericia realizada por personal de científica de la Policía de Mendoza (fs. 19/21 de la causa penal) donde se describe "no presentando este ningún elemento que haga las veces de tope... cabe destacar que en el lugar no se observaron elementos de seguridad tales como candados o cadenas que impidieran la apertura del portón fotos 3, 4 y 5". Afirma que la faltante de dicho tope de seguridad era una circunstancia conocida por la persona que debía ordenar su reparación (conf. fs. 285 vta.).

En relación al segundo agravio, señala que el hecho de consignar algún artículo del Cód. Civil derogado, siendo que toda la sentencia se encuentra fundada en el Cód. Civ. y Comercial nuevo, resulta evidentemente producto de un error material del *a quo*, lo que no hace al fondo de la cuestión ni a la existencia o inexistencia de responsabilidad.

Destaca que la sentencia se encuentra claramente fundada en los hechos y en derecho, que la responsabilidad objetiva es clara y cae en cabeza del Municipio como dueño y guardián del portón del playón deportivo de Jaime Prats.

Respecto al tercer agravio, insiste en el conocimiento que tenía la demandada del vicio existente en el portón. Niega que el accidente haya ocurrido como relata la recurrente y también niega que exista falta de responsabilidad parental u omisión alguna por parte de los progenitores de R. y L.

Recala que en las plazas, playones deportivos, espacios verdes y otros espacios públicos, es habitual que asistan niños a jugar, autorizados por sus progenitores, convencidos de que esos espacios son seguros para sus hijos.

Respecto al cuarto agravio entiende que no puede tener apoyo favorable, habida cuenta que la responsabilidad en el hecho es exclusiva del municipio y no de los progenitores. Refiere que la indemnización por daño moral se encuentra legítimamente otorgado a los progenitores.

Finalmente, y en relación al quinto agravio, refiere que el *a quo*, en su sentencia, ha regulado los honorarios de todos los profesionales intervinientes en el proceso, teniendo en cuenta la labor desarrollada.

Por todo ello, solicita se rechace el recurso.

I. e.- Dictamen de la Asesora de N.N.A. y P. con C.R. e I.

La Sra. Asesora no manifestó objeciones con las actuaciones en la alzada y adhirió a las razones expresadas por la parte accionante, al contestar los agravios. Solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

II. Tratamiento del recurso

II. a.- Aclaración preliminar

Considero oportuno precisar que el recurrente no ha controvertido el encuadre jurídico ni las conclusiones del juez de primera instancia relativas al carácter de dueño o guardián que reviste la Municipalidad de San Rafael en relación al predio donde se produjo el evento dañoso. Tampoco se ha controvertido la calidad de "cosa viciosa" que otorgó el Juez al portón que causó las lesiones a las niñas, por no reunir este los elementos necesarios para que fuera seguro, por falta de tope de seguridad.

Las quejas giran en torno a la ruptura del nexo causal, por el hecho de las víctimas, y a la consecuente atribución de responsabilidad a los padres de las niñas involucradas y a la falta de legitimación de los progenitores para reclamar el daño moral concedido a los progenitores. También se encuentra cuestionada la cuantificación de los honorarios regulados.

II. b.- La solución del caso de autos

II. b. 1.- Mecánica del accidente y atribución de responsabilidad.

1. Es preciso recordar que el Juez de grado, luego de tener por acreditado que el portón de ingreso al Polideportivo de Jaime Prats carecía de los elementos de seguridad adecuados, atribuyó responsabilidad de índole objetiva a la Municipalidad de San Rafael, por inobservancia del deber de seguridad y por ser propietario y guardián de la cosa viciosa (portón) que causó daño a las actoras. Como ya lo adelanté, estos argumentos no fueron cuestionados.

Sabido es que, en los supuestos de daños derivados por el riesgo o vicio de la cosa, la relación causal se presume y es suficiente para el damnificado acreditar la intervención de la cosa riesgosa o viciosa en el evento dañoso. Ello conlleva que, si el dueño o guardián pretende eximirse de responsabilidad, debe acreditar fehacientemente que la causa del daño ha sido un factor distinto y ajeno al riesgo o vicio.

"En los supuestos de daños derivados del riesgo o vicio de la cosa, el factor de atribución de la responsabilidad es objetivo y por ende no se libera al dueño o guardián de responder probando su ausencia de culpa, sino que para ello debe acreditar la culpa de la víctima, de un tercero por quien no deba responder o la existencia de un caso fortuito ajeno a la cosa. Es decir que el dueño o el guardián... solo se libera acreditando que el daño provino de una causa ajena al riesgo o vicio de la cosa" (LSC 140, fs. 387/393, 20/02/2001, entre otros).

"Tanto la culpa de la víctima como la de un tercero por quien no se debe responder, apuntan a destruir la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. Cuando ellas se configuran, resulta evidente que no se puede mantener la presunción de responsabilidad, por cuanto el daño no ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sino por la propia conducta (culpable o no) de la víctima. Es decir, que el hecho de la víctima, culpable o no, puede ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño, a los fines de destruir la conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño" (SCJMza., Expte.: 93.641 - Manzano, Alejandro en J: 115.598/32.963, "Otalora, Pascuala y otros c. Manzano, Alejandro y otros p/ daños y perjuicios s/ inc.", 19/04/2010, LS 412-152).

Es decir, para eximirse de responsabilidad, es el dueño o guardián de la cosa viciosa generadora del daño quien debe demostrar que existió un actuar ajeno, capaz de fracturar el nexo causal entre el hecho y su consecuencia dañosa.

Particularmente, en un caso que resultó víctima un menor de edad, nuestro Superior Tribunal Provincial se pronunció: "...tratándose de una responsabilidad objetiva, lo que libera es la prueba de que hay un hecho ajeno que ha interrumpido el nexo causal y no la simple prueba de que el guardián actuó diligentemente... A su vez desde la perspectiva de la víctima se sostiene en doctrina que "la interpretación de las eximentes debe hacerse con un sentido finalista pero sin desentenderse de su verdadera naturaleza y alcances... tanto la culpa de la víctima como la de un tercero por quien no se debe responder, apuntan a destruir la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño....Cuando ellas se configuran, resulta evidente que no se puede mantener la presunción de responsabilidad, por cuanto el daño no ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sino por la propia conducta (culpable o no) de la víctima, o por un tercer extraño, o por un caso fortuito. La falta de relación causal destruye el presupuesto de la autoría y provoca la ausencia total o parcial, de responsabilidad. Si este es el sentido de esas eximentes, parece innecesario destacar que el centro de la cuestión anida en la relación de causalidad. Y que desde este punto de vista, especialmente dentro de un contexto de causalidad adecuada, tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable deben asumir idénticas consecuencias. La saludable intención de proteger a la víctima no puede llevar a atribuir las consecuencias dañosas a quien no es autor del menoscabo" (Ramón Pizarro "Causalidad Adecuada y Factores Extraños" en —Derechos de Daños— Primera Parte. p. 263/265), citado en Autos N° 68.489, "Santillán", 08/11/2000, LS 298-142, Jurisp. De Mendoza, Vol. III, Julio 2002, p. 176).

2. Teniendo en cuenta las premisas reseñadas y partiendo de la base —no discutida— de que el portón de ingreso al Polideportivo de Jaime Prats no contaba con las medidas de seguridad adecuadas para mantener su verticalidad, se presume que el daño se generó por este vicio. Por ello, si el Municipio pretendía liberarse de responsabilidad, debió acreditar las eximentes que invocó; a saber, que el daño se produjo por el actuar de las propias víctimas y por el incumplimiento de los padres de su deber de vigilancia, y que ello tuvo la entidad suficiente para intervenir causalmente en la producción del daño, enervando total o parcialmente la incidencia causal del vicio que aquejaba al portón.

Sobre dicha acreditación radica el primer agravio. Entiende la apelante que el Juez no tuvo por probadas las eximentes, debido a que realizó una incorrecta valoración de la prueba; sostiene que se encuentra demostrado que la caída del portón se debió al accionar de las propias víctimas, lejos de la vigilancia de sus padres.

Por ello, a fin de justipreciar si resulta adecuada, o no, la decisión del *a quo* sobre este punto, seguidamente se analizará la prueba obrante en la causa.

3. En la pericia mecánica agregada a la causa el experto explicó: "La caída del portón se puede haber producido con dos mecánicas probables. La primera mecánica se puede dar al deslizar el portón para su apertura y al sobrepasar los rodillos ubicados en el extremo superior, el portón carece de equilibrio y cae afectado por la aceleración de la gravedad. La segunda mecánica puede ocurrir al estar el portón ya fuera de los rodillos estabilizadores y siendo sostenido por el muro que existe en el lugar, y que al ejercer una fuerza perpendicular a su eje, que le hace perder su verticalidad y por consiguiente la caída del mismo al suelo, dicha fuerza puede ser con o sin acción de una persona, como por ejemplo viento... el portón no contaba con las medidas elementales de seguridad para evitar un accidente, la cual ya ha sido citada y es el freno o tope de fin de carrera que evita que el portón sobrepase los rodillos estabilizadores y se produzca

la caída del mismo... No se encontró ningún aporte en informes para identificar el mecanismo más probable... siendo un factor determinante que el portón no contaba con las medidas elementales de seguridad para evitar el accidente, la cual ya ha sido citada y es el freno o tope de fin de carrera que evita que el portón sobrepase los rodillos estabilizadores y se produzca la caída del mismo" (conf. fs. 567/573).

Conforme lo explicado por el perito, el portón pudo haberse precipitado debido a dos causas: a) alguien lo deslizó sobre su carril y cuando sobrepasó los rodillos estabilizadores superiores, perdió el equilibrio y cayó; o b) el portón se encontraba apoyado sobre el muro del pórtico de entrada y al ejercerse una fuerza perpendicular a su eje, perdió la verticalidad y cayó.

En sus agravios, la quejosa destacó que esta última versión es la única que encuentra asidero probatorio, que fueron las niñas quienes ejercieron la "fuerza perpendicular a su eje" referida por el experto. Para acentuar dicha hipótesis, afirmó que R. presenta mayor gravedad en su pierna derecha, mientras que L. en la izquierda. Aventuró la hipótesis de que ello fue debido a la posición en la que se encontraban sobre el portón: "a caballete", mirándose una a otra.

Ahora bien, al cotejar el informe de fs. 19/21 del expediente penal se colige que, instantes previos a la caída del portón, el mismo se encontraba abierto y fuera del rodillo estabilizador (ver fotos N° 2 y N° 3 de fs. 21). A su vez, se observan manchas hemáticas debajo del lateral "Este" del portón.

Al confrontar dichas constancias con lo dictaminado por el perito mecánico, se advierte que no encuentran asidero las conjeturas realizadas por la agraviada. Por el contrario, resulta improbable la versión de que las niñas se encontraran subidas "a caballete" sobre el portón, ya que si se observan las fotografías N° 2 y N° 3 obrantes a fs. 20 y 21 del expediente penal (manchas hemáticas), al momento de caer el portón, las niñas se encontraban cerca del extremo lateral que apoyaba sobre el muro del pórtico de ingreso, donde no existía espacio suficiente para que ubicaran sus piernas entre el portón y el muro, y así tomaran la posición referida por la apelante.

Asimismo, la hipótesis de la apelante presupone, necesariamente, que el portón se encontrara apoyado sobre el muro —fuera de los rodillos— y que las niñas lo escalaron, levantaron la parte superior que apoyaba sobre la pared y, con el mismo en equilibrio, se colocaron "a caballete". El sentido común indica que dicha acción resulta prácticamente imposible para dos niñas de nueve años.

Por otra parte, no es cierta la manifestación de la quejosa, respecto al lugar del cuerpo donde las niñas presentan las lesiones y, consecuentemente, su relación con la mecánica del accidente.

En efecto y conforme surge de las historias clínicas y pericia médica obrantes en autos, L. no se lesionó sus piernas, sino la columna dorso lumbar, lo que derivó en afectación de sus extremidades. Pero además y principalmente, en el presente caso no resulta determinante el lugar del cuerpo en que las víctimas presentan lesiones para, desde allí, establecer cómo fue la mecánica del hecho. Ello porque, tal como explicó el perito médico, los niños presentan una flexibilidad, reflejos y movimientos automáticos de defensa que, sumados a las muchas facetas y posibilidades que pueden darse en un accidente, hacen que no pueda comprobarse un mismo resultado (lesión) para cada tipo de evento (fs. 587).

Por su parte, ninguno de los testigos pudo ver cómo sucedió el accidente, ya que tomaron conocimiento del mismo luego de que este ocurrió.

En resumen, la ahora recurrente no logró acreditar que la caída del portón se haya producido por una causa ajena al vicio que el mismo presentaba, particularmente, que se haya producido porque las niñas lo emplearon como un juego.

Para más, y aún en el caso de que se encontrase acreditada la hipótesis de que las niñas se subieron "a caballete" sobre el portón el desenlace dañoso se hubiera evitado de haber contado el portón con las medidas de seguridad necesarias. Es decir, más allá del obrar de las niñas, el portón no poseía el sostén apropiado y, por tanto, la Municipalidad no deja de ser responsable en su carácter de dueña o guardiana.

Encuentro importante destacar que el Polideportivo de Jaime Prats era habitualmente utilizado por los niños del distrito para jugar y hacer actividades recreativas (conf. testimonios de fs. 256 vta., 285 vta., 481 vta.). Ello implicaba, para el municipio, un deber de seguridad y resguardo aún mayor, en lo que atañe a las condiciones de seguridad de las instalaciones. Por ello, ante el conocimiento de la falta de tope de seguridad en el portón de ingreso (conf. testimonial fs. 285/286), debió extremar los cuidados, a fin de evitar daños a las personas de la zona que concurrían al lugar. Una cadena con candado, carteles, vallas, etc. podrían haber advertido a las niñas y a cualquier otra persona que se acercara al predio, el peligro que presentaba el portón, hasta tanto el mismo fuera reparado. De hecho, luego del accidente se colocó el tope de seguridad y una cadena que impedía que el portón se deslizara (conf. fs. 569).

En un caso en que una persona sufrió lesiones en un cementerio, esta Cámara dijo: "Asimismo, no cabe duda de que una fosa vacía, de considerable profundidad, ubicada en un lugar al que asisten los deudos, personas de servicios fúnebres y el propio personal del cementerio, tiene la potencialidad de generar un daño si alguien, por el motivo que fuera, cae en ella; lo que consecuentemente, contrario a lo aseverado por la recurrente, exige la adopción de medidas de seguridad preventivas, tales como una tapadura resistente, la instalación de un vallado o la señalización adecuada que evidencie el peligro, y así evitar la eventual ocurrencia de accidentes como el de autos. De allí que, mal puede la demandada apelante pretender relevarse de la obligación de adoptar medidas de seguridad a efectos de evitar posibles consecuencias dañosas dentro del predio —y con ello, eximirse de responsabilidad—, cuando la circulación entre las tumbas por las personas que asisten al lugar, resultaba totalmente previsible; máxime, cuando no consta elemento alguno que acredite la prohibición expresa de caminar por los espacios no proyectados para la circulación —los laterales de las tumbas—, como un reglamento o disposición interna del cementerio o carteles colocados a la vista del público indicadores de tal proscripción, y tampoco que algún encargado del lugar haya advertido a la actora, o a otros visitantes, sobre la restricción de deambular fuera de las veredas o aceras. A su vez, en el caso, con la prueba arrimada ha quedado acreditado que la referida fosa se encontraba tapada con una losa de cemento en mal estado, que además no era resistente al peso de una persona, sin ninguna otra señalización o advertencia de peligro, lo que permite inferir que no contaba con el aseguramiento adecuado; dicho de otro modo, no se había cumplido con las medidas preventivas de seguridad que las especiales circunstancias exigían. Por lo tanto, contrario a lo razonado por la apelante, siendo el cementerio un bien del dominio público de la Municipalidad de San Rafael, espacio que es concurrido por los familiares de los fallecidos y por el personal de servicios de sepelios, y en el que también laboran empleados de la propia demandada, pesa sobre ella el deber de mantener todas sus instalaciones en condiciones tales que no representen un riesgo para aquellos, adoptando las medidas que resulten pertinentes a fin de advertirles los potenciales peligros para evitar todo tipo de contingencia productora de daños, lo que trae aparejada la obligación de reparar aquellos que se produzcan como consecuencia del incumplimiento de tal manda" (causa N° 30.483/4.672, caratulada: "Leyes, Gladys S. c. Municipalidad de San Rafael p/ daños y perjuicios", 30/04/2020).

En relación a ello, la jurisprudencia ha afirmado que: "Es responsable la municipalidad demandada por los daños que sufrió el actor al caer del cerro en el que se encontraba presenciando una carrera de autos, pues, se acreditó que el autódromo municipal donde ocurrió el hecho no contaba con las instalaciones que brindaran seguridad a los espectadores, ni tampoco existía señalización alguna de lugares prohibidos, o advertencias de peligros y por el contrario se probó, que los asistentes tenían como único lugar de ubicación los mencionados cerros y que estos resultaban precarios y peligrosos" (3° Cámara de Apel. 1° CJ, 19/10/2010, Expte: "Isuani... c. Municipalidad de Tupungato y otros", RCyS 2011-V, 185 - LA LEY Gran Cuyo 2011 (junio), 454, con nota de Guillermo E. Falco; Cita Online: AR/JUR/77.241/2010).

"Las construcciones que un municipio erige para servirse de ellas o pone a disposición de terceros —en el caso una fosa ubicada en la terminal de ómnibus para satisfacer requerimientos propios de la actividad desarrollada en la terminal— que por su ubicación y falta de protección o señalamiento importan un peligro las constituyen en cosas riesgosas en los términos del art. 1113 del Cód. Civil, por lo que producido el daño con la directa intervención de la cosa y sin que a los accidentados pueda formulárseles reproche alguno que interfiera en la causación de las lesiones, el municipio debe responder por las consecuencias dañosas". "Es responsable la municipalidad por los daños ocasionados por una fosa que la comuna construyó en la terminal de ómnibus harto peligrosa y sin señalización alguna, contigua al lugar donde necesariamente quedan congregados a la espera de su equipaje quienes descienden de los colectivos al llegar a destino, y que provocó daños a la actora, quien cayó en ella sin saber ni tener por qué prever que estuviese allí" (Cámara 1° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala II, 26/11/1996, Expte. "Fernández...c. Municipalidad de Monte Hermoso", LA LEY BA 1998, 868, Cita Online: AR/JUR/4992/1996).

"La Municipalidad accionada debe responder en un cincuenta por ciento ante el daño sufrido por quien, encontrándose como espectador dentro de un estadio de fútbol, cayó al foso perimetral que rodea el campo de juego, pues existieron concausas debido a que el evento se produjo a raíz de una avalancha de la cual aquella no es responsable, sin perjuicio de que si la baranda de contención y el propio foso hubieran sido aptos para evitar la caída, esta no se habría producido" (4° Cám. de Apelac. en lo Civ. y Com. de Córdoba, Expte. "Ludueña... c. Municipalidad de Córdoba s/ ordinario - daños y perj. - otras formas de respons. extracontractual", 29/05/2012, LA LEY C 2012 (septiembre), 886 ED, 27/01/2014, Cita Online AR/JUR/23.599/2012).

4. La recurrente también dirigió su queja a la falta de atribución de responsabilidad en cabeza de los progenitores de las víctimas. Entendió que el mayor

yerro del Juez, al resolver sobre este punto, radicó en la aplicación de la ley, pues debió valerse del nuevo ordenamiento civil (art. 638 y ss. Cód. Civ. y Com. de la Nación) y no del Cód. Civil actualmente derogado. Especuló que el accidente no se hubiera producido de haber estado una persona mayor en el Polideportivo, con las niñas, pues el adulto hubiese impedido que aquellas se subieran al portón. En particular adujo que, si la conducta de los progenitores se hubiese ajustado a los lineamientos del art. 639 Cód. Civ. y Com. de la Nación, se hubiera evitado el daño.

Respecto a este punto y más allá de que le asiste razón a la quejosa al indicar que el Juez debió fundamentar su decisión en el nuevo ordenamiento legal y no en los artículos del Cód. Civil derogado, no se advierte que corresponda modificar la solución a la que el sentenciante arribó, en torno a la atribución de responsabilidad.

En virtud del ejercicio de la responsabilidad parental, los progenitores deben cumplir con el deber de vigilancia y cuidado de los hijos menores de edad. La responsabilidad derivada de dicho deber "se funda en la culpa en que estos hubiesen podido incurrir por haber violado los deberes legales de vigilancia, la cual supone la aplicación de los cuidados necesarios para encauzar la conducta de los hijos, no solamente en vista de su adecuada formación, sino para prevenir que se dañe a sí mismo o cause perjuicio a otros" (CCiv. y Com. San Martín, Sala 2ª, 28/III/96, BA B2000892, Lexis Nexis, Informática Jurídica doc. N° 14.116.346; CNCiv., Sala D, 15/02/1993, L 084.168).

Además, y por aplicación de las reglas de la responsabilidad parental, si bien el deber de mantener vigilancia y cuidado sobre los niños constituye, para sus progenitores, una exigencia legal, esta vigilancia debe ser proporcionada y progresiva, conforme a su edad y a su desarrollo.

El art. 639 inc. b. del Cód. Civ. y Com. de la Nación recepta normativamente esta progresividad, siendo esta la premisa que debe ponderarse para justipreciar la prudencia de los padres y demás cuidadores de niños, en el tránsito de estos hacia la adultez.

Por otra parte, resulta importante destacar que "la responsabilidad de los padres por incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos menores, no funciona en abstracto, por el solo hecho de estar un niño en la vía pública sin la custodia efectiva de aquellos para poder actuarla, sino que es necesario acreditar que el accionar del menor objetivamente considerado se erigió en factor causal del hecho —y hay quienes agregan además— que ese accionar resulte imprevisible e inevitable... erigiéndose para él [sindicado responsable] en un caso fortuito, pues solo de ese modo se configura la exención de responsabilidad que autoriza el ordenamiento" (Expte.: 25.924 - "Maradona Prado, N. y otros p/ daños y perjuicios (accidente de tránsito)", 14/08/2001, 4° Cam. Civ., 1ª Circ.).

Entonces, desde esta perspectiva, para endilgar responsabilidad a los padres por el incumplimiento del deber de cuidado y vigilancia respecto a sus hijos, es necesario acreditar que el accionar del menor de edad tuvo incidencia causal en la producción del hecho dañoso.

En el presente caso y ante la imputación de la ahora recurrente dirigida a sostener que el daño se provocó por la omisión de vigilancia de los padres respecto a las actividades de R. y L., le correspondía al Municipio demostrar en qué modo esta supuesta omisión de cuidados originó un vínculo causal que concluyera con el resultado dañoso.

Es decir, la hoy recurrente debió probar que los padres omitieron el cuidado de las niñas y que esa omisión provocó o contribuyó con un nexo causal adecuado, a la caída del portón sobre ellas.

Ahora bien, conforme la prueba rendida y las constancias de la causa, el día del hecho dañoso R. y L. se encontraban en el interior del Polideportivo de Jaime Prats, sin la presencia de sus padres u otro adulto responsable. Sin embargo, no por ello se concluye que los progenitores hayan omitido el deber de vigilancia y cuidado que su calidad les imponía, pues todo hace suponer que confiaron en las seguridades que les otorgaba a sus hijas el lugar en que se recreaban (conf. testimoniales de fs. 253, 256, 285 y 481). Así, podría concluirse que los progenitores ejercitaban el cuidado con sus propios parámetros de prudencia, conforme la edad de las niñas, el lugar en el que se encontraban y la actividad que realizaban.

Además, no se encuentra acreditado que los padres de R. y L. conocieran la deficiencia que presentaba el portón de ingreso al Polideportivo, y por lo tanto, no poseían esa referencia de peligro para sus hijas.

"El hecho del "acostumbramiento"... en que las mismas circunstancias se reiteran cotidianamente sin incidentes dañosos, lleva a los protagonistas de la tarea a "bajar la guardia". En todo caso esa falta de aptitud para prevenir el peligro no significa que no hayan vigilado y solo demuestra parámetros de prevención propios que no pueden equipararse a los que otro padre y madre pueden asumir en casos diferentes" (SCJM, Sala 1, "C. G. J. y otros c. F. J. M. s/ daños y perjuicios, 25/02/2016, cita: MJ-JU-M-97026-AR | MJJ97026 | MJJ97026).

Por otra parte, y principalmente, no se encuentra probado que la conducta de las niñas haya tenido incidencia causal en el evento dañoso, tal como se concluyó en el punto anterior. Consecuentemente, tampoco se vislumbra en qué medida hubiese influido la presencia de sus progenitores u otro adulto responsable, para evitar el resultado dañoso, controlando y vigilando la actividad de las niñas.

Insisto, aun cuando pudiera aceptarse que el comportamiento de los padres de R. y L. fue imprudente, era necesario que la Municipalidad de San Rafael acreditara en qué medida las circunstancias que determinaron el penoso accidente hubieran podido ser evitadas de haberse observado el comportamiento apropiado por parte de ellos, pues no puede surgir responsabilidad si la conducta carece de incidencia causal en orden a la previsibilidad de sus consecuencias.

5. En conclusión, coincido con la solución arribada por el sentenciante al entender que, conforme las pruebas rendidas, no surge acreditada una causa ajena (hecho de las víctimas o culpa in vigilando de los padres) que hayan operado como causal exonerativa, total o parcial, de la responsabilidad del Municipio local. Por lo tanto, corresponde rechazar los agravios referidos a este punto.

II. b. 2.- Daño moral de los progenitores

En tercer lugar y como derivación lógica del agravio anterior, la recurrente plantea el erróneo reconocimiento de un daño moral en cabeza de los progenitores de R. y L. A tal efecto, señala que los mismos se desentendieron del cuidado de sus hijas, circunstancia que excluye la legitimación activa respecto del daño moral.

Sobre este punto no cabe mayor análisis que lo dicho en el acápite precedente en relación al cuidado y vigilancia ejercido por los progenitores de las niñas.

Es que si bien de las constancias de la causa surge que los progenitores de R. y de L. no se encontraban presentes en el momento que aconteció el hecho dañoso, no por ello se presume que los mismos se desentendieran del cuidado de sus hijas. Se encauza dentro de los parámetros de normalidad que los padres de las víctimas confiaran en que las instalaciones del Polideportivo distrital se encontraban en óptimas condiciones de seguridad para que sus hijas concurrieran a jugar, pues allí iban a jugar todos los niños (conf. fs. 285 vta. y 481 vta.).

Además, teniendo en cuenta las edades de las niñas (9 años), que fueron llevadas hasta el lugar por la madre de L. (conf. fs. 253 y 254) y que iban a patinar, no se advierte que los progenitores hayan incurrido en una imprudencia tal que amerite considerarlos como padres que se desatienden del cuidado de sus hijos.

Como consecuencia de lo dicho y por no encontrarse acreditado el motivo por el cual la recurrente plantea la falta de legitimación de los progenitores, no corresponde hacer lugar al agravio.

II. b. 3.- Honorarios

En su última queja la recurrente ataca los porcentuales de honorarios regulados. Sobre este punto refirió que, en la sentencia, el *a quo* reguló el 18% a la totalidad de letrados que intervinieron por la parte actora, como si se tratase de mandatario y patrocinante, pero la demanda fue actuada por la Dra. Mariana Sosa solo como patrocinante, por lo cual debe omitirse la regulación del mandatario en esta etapa.

Por otro lado, sostuvo que la suma de regulaciones alcanza el 27% del monto de condena, lo que excede el 25% dispuesto por el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

1. En relación a los honorarios de la primera etapa, no cabe mayor análisis que reseñar lo acontecido en autos. Del escrito de demanda (fs. 134/144) y su ratificación (fs. 145) surge que la Dra. Mariana P. Sosa intervino como mandataria y la Dra. María Laura Seniuk como patrocinante. Por su parte, los Dres. Taboas y Rivero actuaron en el incidente de nulidad perpetrado por la demandada respecto al decreto que ordenaba la apertura de la causa a prueba, el primero como mandatario y el segundo como patrocinante.

En la sentencia, el *a quo* consideró: "...corresponde regular honorarios según la escala del artículo 2 que dispone que al patrocinante vencedor se le deben calcular estipendios de acuerdo al 12% de la base regulatoria y al mandatario la mitad de este monto... Por la parte actora intervinieron, en la primera etapa, como representantes la Dra. Mariana Paola Sosa y el Dr. Gonzalo Luis Taboas; y como patrocinantes, la Dra. María Laura Seniuk y el Dr. Gonzalo Rivero. Por lo tanto, le corresponde el 1% de la escala a cada uno de los primeros, y el 2% de la escala a cada uno de los segundos". Luego, en el resolutivo, el *a quo* reguló el monto de los honorarios, conforme los porcentuales establecidos en los considerandos.

De lo expuesto, no se advierte la doble regulación a la Dra. Mariana Sosa (como patrocinante y como mandataria) señalada por la quejosa, por lo que la queja debe desestimarse.

2. Respecto al segundo punto del agravio, se recuerda lo dicho por esta Cámara en reiterados fallos: "La

parte recurrente se queja del excesivo monto al que ascienden los honorarios impugnándolos por no haberse respetado el límite previsto por el art. 505 del Cód. Civil —antecesor del actual art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación—. Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre el tema, siguiendo jurisprudencia de la Suprema Corte; hemos sostenido que la queja resulta inoportuna, puesto que cabe recordar que dicha norma (art. 505 Cod. Civil) no impide que se efectúe la correspondiente regulación de honorarios, sino que solo limita la responsabilidad del pago de los mismos en los supuestos previstos en la norma, lo que debe discutirse, en caso de corresponder, en el proceso de su ejecución, y no en esta instancia, cuyo objeto es la determinación del crédito (conf. LAC N° 58, 28/03/2014, 419/425; LAC N° 58, 28/02/2014, 364/369)". (LAC N° 58, 13/05/2014, fs. 508/512).

En lo relativo a la oportunidad procesal para solicitar el prorrateo de los honorarios, según lo previsto por el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, "... El trámite de estimación no era la oportunidad para discutir si correspondía aplicar o no dicho tope legal, dado '...que el mismo no impide que se efectúe la correspondiente regulación de honorarios, sino que solo se limita la responsabilidad del pago de los mismos en los supuestos previstos en la norma, lo que debe discutirse en el proceso de su ejecución y no en esta instancia cuyo objeto es la determinación del crédito...'. (LAC N° 61, 07/09/2016, fs. 167/170).

Esta Cámara ha dejado sentado que la circunstancia de que la resolución que reguló los honorarios quede firme, no impide que, posteriormente, al liquidarse o ejecutarse los mismos, se invoque la aplicación de la norma en estudio. (Conf. autos N° 30.861, "Lucero", 02/03/2021).

En idéntico sentido, nuestra Suprema Corte de Mendoza ha sostenido: "...corresponde mantener las regulaciones efectuadas y disponer, respecto de los honorarios regulados en primera instancia a cargo del deudor, que el mismo deberá responder hasta el veinticinco por ciento del monto de condena. Por lo que al momento de efectuarse la liquidación final de la causa, deberá hacerse el prorrateo correspondiente". (SCJM, Autos N° 101.499, "San Cristóbal SMSG en J° 112.387/34.712 RAJ y ots. c. V.M. y ots. p/ DyP. (con exc. cont. alq.) s/ inc. cas."; 13/06/2012).

Trigo Represas y Compagnucci de Caso, al comentar el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, expresan: "El deudor de las costas es el interesado en la reducción y el legitimado para pedir la aplicación de la norma... Para ello el juez debe ante todo regular los honorarios de los profesionales intervinientes, de acuerdo a las respectivas normas arancelarias; y de superar todos ellos el 25% del monto de la sentencia, ha de proceder a reducir a prorrata tales emolumentos, adecuándolos al tope máximo impuesto por la ley" (Félix Trigo Represas y Rubén H. Compagnucci de Caso en "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético"; Coord. Jorge H. Alterini, LA LEY, CABA, 2015, T. IV, p. 60).

Por su parte, Cairo y Hitters precisan: "...se ha aclarado que la restricción no debe tenerse en cuenta al momento de determinar las remuneraciones, sino en la etapa de ejecución de las mismas." (Cairo, Silvina - Hitters, Juan Manuel, "El límite de la responsabilidad en materia de costas. El art. 730 del CCiv. y Com. (y el art. 277 de la LCT)", SJA 08/02/2017, 20 - JA, 2017-I, 20; Cita Online: AR/DOC/5047/2016).

Así, de lo reseñado surge que la oportunidad procesal para invocar la aplicación de la limitación prevista en el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es al momento de practicar la liquidación o de ejecutar la sentencia.

Vale aclarar que, si bien en algunas de las citas se alude a la "ejecución de sentencia", no debe entenderse que necesariamente deba abrirse una nueva etapa del proceso, sino como referencia al momento en que se dé cumplimiento a la misma, sea en forma espontánea, sea por el trámite de la ejecución. Lo relevante es que exista un procedimiento liquidatorio en el que se cuantifiquen las pautas sentadas en las respectivas resoluciones regulatorias.

Entonces, el ámbito procesal propicio para poder determinar si corresponde aplicar las previsiones del art. 730, segunda parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es al momento de practicar la liquidación de la totalidad de los honorarios adeudados, procedimiento en el cual se cuantificarán las pautas contenidas en las resoluciones regulatorias, y en el que todos los interesados podrán ejercer adecuadamente sus derechos, con la debida intervención y contralor de la contraria.

Tal como se reseñó, esta Cámara ha dejado sentado que la circunstancia de que la resolución que reguló los honorarios quede firme, no impide que, posteriormente, al liquidarse o ejecutarse los mismos, se invoque la aplicación de la norma en estudio.

De allí que no se verifica en la sentencia de grado un error o equívoco rectificable por la vía recursiva, sino que, para ejercer el derecho de peticionar la limitación de los honorarios en función de la norma del art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el condenado en costas deberá esperar al momento de practicarse la liquidación.

3. Por todo lo expuesto, estimo que las quejas referidas a los honorarios no resultan atendibles y, en consecuencia, el recurso de apelación en virtud de ellas, no puede prosperar.

III. Conclusión

Atento a lo expuesto precedentemente, corresponde rechazar los recursos de apelación interpuestos por Fiscalía de Estado mediante presentación MEED ID NCTAZ82023 y por Municipalidad de San Rafael mediante presentación MEED ID LQELF91548 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia, en todas sus partes.

Así lo voto.

Los doctores *Bonino* y *Marín* dijeron:

Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente.

2ª cuestión. — El doctor B*ermejo* dijo:

I. Costas

Las costas devengadas en la presente instancia, corresponde que sean impuestas a la Municipalidad de San Rafael, por resultar vencida (conf. art. 36 del CPCCT).

No corresponde imponer costas por los agravios referidos a la regulación de honorarios (conf. art. 40 del CPCCT).

II. Honorarios

La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, por su actuación en la Alzada, se efectuará por aplicación de los arts. 1, 2, 3, 4, 15, 31 y cc. de la Ley 9131, y art. 33 inc. III del CPCCT.

No corresponde regular honorarios a los representantes de Municipalidad de San Rafael y de Fiscalía de Estado, por cuanto su recurso es rechazado (conf. art. 1, Ley 5394).

Así lo voto.

Los doctores *Bonino* y *Marín* dijeron:

Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

Sentencia:

Por lo que resulta del acuerdo precedentemente celebrado, se resuelve: I. Rechazar los recursos de apelación interpuestos y, en consecuencia, confirmar la sentencia de autos. II. Imponer las costas a la Municipalidad de San Rafael. III. Regular los honorarios profesionales, al Dr. Gonzalo Luis Taboas en la suma de pesos ... ($...). IV. Hacer saber a quienes resulten obligados al pago de los honorarios profesionales regulados en la presente, que deberán, en su caso, pagar el importe correspondiente al Impuesto al Valor Agregado sobre los mismos, de corresponder según la condición que presente el profesional acreedor respecto de dicho tributo a la fecha del pago. Notifíquese por cédula de oficio, a la Sra. Asesora de NNA y PCR en su despacho y, oportunamente, bajen. — *Darío F. Bermejo. — Sebastián A. Marín. — Raúl A. Bonino.*

RESPONSABILIDAD DE BUSCADORES DE INTERNET

Vinculación de la imagen de una modelo y empresaria con páginas web de contenido sexual. Revocación de sentencia que admitió demanda de daños.

1. — Las cuestiones planteadas en el presente juicio vinculadas con los servicios de búsqueda de información y de imágenes resultan sustancialmente análogas a las examinadas por el Tribunal en el precedente "R., M. B." (Fallos: 337:1174) y en la causa "G., C. V." (Fallos: 340:1236), cuyos fundamentos corresponde dar por reproducidos, en lo pertinente, por razón de brevedad. En tales condiciones, la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas del caso, por lo que al afectar en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir los recursos y dejar sin efecto, con el alcance indicado, el fallo apelado.

2. — La ausencia del consentimiento de la persona reproducida respecto de la difusión de su imagen es un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, pues lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas (del voto en disidencia parcial de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

3. — La utilidad que pudiese derivarse del funcionamiento de los motores de búsqueda por

imágenes no puede en manera alguna significar que las personas deban resignar la defensa y protección de este derecho personalísimo a la propia imagen. Más aún si su titular no ha dado una autorización inequívoca para su utilización por aquellos, como tampoco se alegan ni existen circunstancias que, aun así, justifiquen su divulgación (del voto en disidencia parcial de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

4. — No puede resultar suficiente el consentimiento que la persona hubiese prestado para la difusión de la imagen original en un sitio de internet determinado. En efecto, habida cuenta de que el consentimiento solo ampara aquello que constituye el objeto de la declaración de voluntad, la autorización de una concreta publicación no se extiende ni implica la anuencia de que sea utilizada por un tercero (del voto en disidencia parcial de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

CS, 24/06/2021. - M., V. R. c. Yahoo! Argentina y otro s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/90772/2021]

CIV 053931/2007/CS001

Buenos Aires, 24 de junio de 2021

Considerando:

1°) Que la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —por el voto de la mayoría— revocó el fallo de primera instancia y admitió la demanda de daños y perjuicios deducida por V. R. M. —una conocida modelo publicitaria y empresaria—, condenando a Google Inc. a abonar la suma de $ 800.000 para indemnizar el daño moral y material causado con motivo de la publicación indebida de la imagen de la actora y por el incumplimiento de las medidas cautelares ordenadas en autos. Asimismo, condenó a Yahoo de Argentina S.R.L. a pagar la suma de $ 450.000 para indemnizar el daño material y moral causado por el uso indebido de la imagen de la demandante. Contra esa decisión las vencidas interpusieron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos mediante la resolución dictada a fs. 2331/2331 vta.

2°) Que las cuestiones planteadas en el presente juicio vinculadas con los servicios de búsqueda de información y de imágenes resultan sustancialmente análogas a las examinadas por el Tribunal en el precedente "R., M. B." (Fallos: 337:1174) y en la causa "G., C. V." (Fallos: 340:1236), cuyos fundamentos corresponde dar por reproducidos, en lo pertinente, por razón de brevedad.

3°) Que, en tales condiciones, la decisión apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas del caso, por lo que al afectar en forma directa e inmediata las garantías constitucionales invocadas, corresponde admitir los recursos y dejar sin efecto, con el alcance indicado, el fallo apelado (art. 15 de la ley 48).

Por ello, y resultando inoficioso que dictamine la Procuración General, se declaran procedentes los recursos extraordinarios deducidos por Yahoo de Argentina S.R.L. a fs. 2266/2284 y por Google Inc. a fs. 2286/2305, se revoca el fallo apelado y se rechaza la demanda en todas sus partes (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Costas de todas las instancias por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión debatida y a la forma en que se decide. Notifíquese y devuélvanse las actuaciones al tribunal de origen. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Horacio Rosatti. — Juan Carlos Maqueda* (en disidencia parcial). — *Ricardo L. Lorenzetti* (en disidencia parcial).

Disidencia parcial de los doctores *Maqueda* y *Lorenzetti*

Considerando:

1°) Que V. R. M., conocida modelo publicitaria y empresaria, promovió demanda contra los motores de búsqueda de internet Google Inc. y Yahoo de Argentina S.R.L., por indemnización de los daños y perjuicios provocados por el uso comercial y no autorizado de su imagen, y por haber afectado sus derechos personalísimos al honor, nombre, imagen e intimidad, al haberla vinculado e incluido en determinadas páginas de internet de contenido sexual, pornográfico y de actividades relacionadas al tráfico de sexo, incompatibles con sus pensamientos espirituales, su carrera profesional y su línea de conducta.

2°) Que la sentencia de primera instancia rechazó la demanda. Encuadró la responsabilidad de las demandadas como subjetiva y, en ese marco, juzgó que no había mediado negligencia alguna imputable a Google y Yahoo. Asimismo, con cita del precedente "R., M. B." (Fallos: 337:1174) de este Tribunal, señaló que los *thumbnails* cumplen una función de mero enlace a contenidos que no fueron creados por los buscadores, y que la conducta de estos últimos que permite vincular las imágenes con los términos de búsqueda no debe encuadrarse en el art. 31 de la ley 11.723.

3°) Que la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por mayoría, al revocar el fallo de primera instancia, admitió la demanda de daños y perjuicios, y condenó a Google Inc. a abonar las su-

mas de $ 300.000 en concepto de daño material por la publicación indebida de la imagen de la actora y $ 500.000 por daño moral derivado de tal publicación y por el incumplimiento de las medidas cautelares ordenadas en autos. Asimismo, condenó a Yahoo de Argentina S.R.L. a pagar los montos de $ 150.000 y $ 300.000 en concepto de daño material y moral, respectivamente, causados por el uso indebido de la imagen de la demandante.

4°) Que, contra dicha sentencia, los motores de búsqueda de internet demandados dedujeron sendos recursos extraordinarios que, por mayoría, fueron concedidos a fs. 2331/2331 vta.

5°) Que los remedios federales deducidos resultan formalmente admisibles en los términos del art. 14 de la ley 48, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia brindada por el a quo a normas de derecho federal, pues en la causa se encuentran en juego tanto derechos personalísimos de raigambre constitucional como la garantía constitucional de la libertad de expresión.

6°) Que las cuestiones planteadas en el presente juicio, relacionadas con la naturaleza y el alcance de la responsabilidad de las demandadas tanto por la vinculación que efectúan de la actora con páginas de contenido sexual como por la utilización de su imagen, resultan sustancialmente análogas a las resueltas por el Tribunal en las causas "R., M. B." y "G., C. V." (Fallos: 337:1174 y 340:1236, respectivamente), disidencias parciales de los jueces Lorenzetti y Maqueda, cuyos fundamentos corresponde dar por reproducidos, en lo pertinente, por razón de brevedad.

7°) Que tal como se sostuvo en dichas oportunidades, la mera actividad de las demandadas de indexar los contenidos publicados por terceros para ser ofrecidos a los usuarios del servicio del buscador se encuentra dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la difusión de información, conformando una actividad lícita que excluye, *a priori*, un comportamiento antijurídico base de un eventual deber de responder.

En ese sentido, se señaló que tal comportamiento por parte del motor de búsqueda se configura cuando, con relación al material o a la información provenientes de terceros que han sido indexados y ofrecidos a los usuarios, toma un conocimiento efectivo de que está causando un perjuicio individualizado y, no obstante ello, no adopta las medidas necesarias como para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva de la esfera jurídica ajena.

Ello es así por cuanto, en supuestos como el de autos, para que se configure su participación antijurídica en la producción del evento lesivo se requiere, por un lado, que el buscador tenga efectivo conocimiento de la ilicitud de la vinculación que un tercero efectúa respecto del nombre de una persona en una página web y, por el otro, que pese a ello no elimine el enlace que asocia al nombre del damnificado con la página en cuestión.

En consecuencia, excepto que el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud (por ej. la incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil) o que el proveedor de servicios de búsqueda asuma una participación activa en la información publicada, en los demás casos este resulta responsable cuando, teniendo un conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remite o recomienda causa un perjuicio individualizado, no actúa con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

8°) Que de las constancias de la causa no surge que hubiese mediado incumplimiento de las medidas ordenadas respecto de los sitios de internet que fueron correctamente individualizados por la actora. En efecto, no se advierte conducta negligente por parte de las codemandadas, dado que ambas procedieron a bloquear los resultados de búsquedas denunciados que vinculaban el nombre de la demandante con páginas de contenido sexual o pornográfico. Por tal motivo, cabe confirmar la sentencia de grado que las exime de responsabilidad por falta de culpa.

9°) Que tal como ocurrió en los citados fallos "R." y "G.", diferente es la solución al caso en lo que respecta a la responsabilidad que se deriva de la reproducción y/o utilización que los motores de búsqueda hacen de la imagen de la actora.

Cabe recordar que en oportunidad de resolver en la causa "R." (Fallos: 337:1174), se confirmó la postura del tribunal de alzada según la cual a través del uso de los *thumbnails*, los motores de búsqueda por imágenes utilizan, almacenan y reproducen, mediante una copia reducida, imágenes publicadas por terceros, con la posibilidad incluso de ser descargadas o impresas desde el propio sitio del buscador (conf. considerandos 27, segundo párrafo, y 28, último párrafo, del voto en disidencia parcial de los jueces *Lorenzetti* y *Maqueda* en el citado precedente).

10) Que con sustento en dicho criterio se concluyó que, a los efectos de resolver la cuestión planteada, resultaba ineludible acudir al art. 31 de la ley 11.723 que establece claramente la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen y que era aplicable ante la ausencia de distinción en la norma sobre el medio que se emplease, criterio que se reiteró en el posterior pro-

nunciamiento del Tribunal en la causa "G." (Fallos: 340:1236).

11) Que el legislador ha prohibido —como regla— la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, restricción que solo cede si se dan específicas circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho (conf. Fallos: 311:1171; 335:2090; 337:1174 y 340:1236, disidencias parciales de los jueces Lorenzetti y Maqueda).

Por ende, dado que el caso no presenta particularidades que configuren una excepción a la regla mencionada —ni han sido invocadas por las recurrentes en sus remedios federales—, cabe confirmar la decisión del a quo en este aspecto.

12) Que en línea con lo afirmado cabe señalar que la Constitución Nacional protege de modo relevante la esfera de la individualidad personal (art. 19), pues, no solo ampara el respeto de las acciones realizadas en privado, sino también el reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. Esa frontera construida sobre las bases históricas más memorables de la libertad humana, no puede ser atravesada ni desvirtuada por el avance tecnológico y por el incremento del intercambio y tránsito de contenido visual que ha implicado el desarrollo actual de internet, ámbito en el que funcionan los motores de búsqueda por imagen.

13) Que, en efecto, dentro de la acelerada evolución y perfeccionamiento de los medios mecánicos que captan, reproducen, utilizan y difunden imágenes, uno de los aspectos centrales de la protección del ámbito privado está constituido por la tutela del derecho a la imagen de la persona, cuya dimensión jurídica trasciende las fronteras del derecho de propiedad, dado que pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana. En efecto, la imagen protegida es la que constituye el elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual.

14) Que, en ese orden de ideas, cabe señalar que las personas construyen una identidad a lo largo de su vida, mediante las experiencias y las decisiones que adoptan. Por ende, el ámbito de protección del derecho a la imagen se encuentra delimitado por la propia voluntad de su titular, que es a quien, en principio, le corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero, circunstancia que abarca su defensa frente a usos no consentidos.

En ese marco, el derecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento (Fallos: 306:1892, considerando 8°).

15) Que, asimismo, esta Corte Suprema también ha destacado que el reconocimiento y la protección del derecho al honor —derecho fundamental, inherente a la persona humana, en tanto importa la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona— encuentran fundamento constitucional en el art. 33 de la Ley Fundamental y en los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional desde su reforma en 1994, que a su vez también lo contemplan como una restricción legítima al ejercicio de otro derecho fundamental como la libertad de expresión (conf. arts. 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica; 17 y 19.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; V y XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), como infra-constitucional en el art. 52 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En ese marco, este último protege específicamente el derecho a la intimidad personal o familiar, y la honra o reputación, imagen o identidad de las personas, pudiendo reclamar su prevención y reparación de los daños sufridos en caso de que dichos derechos se vean afectados; o bien en caso de que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal.

16) Que, en las sociedades contemporáneas el carácter masivo de los medios de comunicación potencia, sin dudas, la trascendencia de la libertad de expresión y el rol que cumple para el ejercicio del autogobierno colectivo, pero también implica mucha mayor aptitud para causar daños, especialmente al honor y a la intimidad de terceros (Fallos: 340:1364).

A ello, cabe agregar la revolución tecnológica y digital, cuya manifestación más destacada es la aparición de internet, que ha modificado sustancialmente las relaciones sociales, y está planteando problemas novedosos, que afectan derechos fundamentales de los individuos, ante los que el Derecho no puede permanecer impasible.

17) Que es por ello que, justamente, la ausencia del consentimiento de la persona reproducida respecto de la difusión de su imagen es un factor decisivo en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto, pues lo que se pretende con este derecho, en su di-

mensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas.

Por esta razón, es necesario afirmar que la imagen debe ser también protegida como parte de un derecho a la identidad de la persona. Este relevante reconocimiento significa que, además, toda limitación es de interpretación estricta y quien la invoca debe demostrar que hay una restricción razonable y fundada en la legalidad constitucional.

18) Que, con arreglo a lo que antecede, y tal como se ha señalado en los citados precedentes "R." y "G." en cuanto a que es función de esta Corte proteger los derechos humanos estableciendo criterios que trascienden el caso, cabe recordar que estos principios en modo alguno afectan la libertad de expresión. Por el contrario, implican reconocer el ámbito de la inviolabilidad de la persona humana, el cual se vería seriamente amenazado frente al funcionamiento de los motores de búsqueda por imagen que, en su ejecución, prescindan de los parámetros fijados por los principios constitucionales y las normas que protegen el derecho a la imagen como derivación de la dignidad humana, valor supremo sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales.

19) Que, en efecto, la utilidad que pudiese derivarse del citado funcionamiento de los motores de búsqueda por imágenes no puede en manera alguna significar que las personas deban resignar la defensa y protección de este derecho personalísimo a la propia imagen. Más aun si su titular no ha dado una autorización inequívoca para su utilización por aquellos, como tampoco se alegan ni existen circunstancias que, aun así, justifiquen su divulgación.

Asimismo, tampoco puede resultar suficiente el consentimiento que la persona hubiese prestado para la difusión de la imagen original en un sitio de internet determinado. En efecto, habida cuenta de que el consentimiento solo ampara aquello que constituye el objeto de la declaración de voluntad, la autorización de una concreta publicación no se extiende ni implica la anuencia de que sea utilizada por un tercero.

20) Que esta interpretación se ve reforzada por el actual Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, el art. 53 de dicho cuerpo normativo establece que la captación o reproducción —que son dos estadios diferenciados, aunque el segundo pueda conllevar al primero— de la imagen de una persona no está permitida si no median circunstancias habilitantes que el mismo precepto contempla, entre ellas y en lo que aquí interesa, el consentimiento del sujeto titular del derecho.

De ello se desprende inequívocamente la subsistencia del requisito del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen desde que el mismo implica concretar una disposición relativa del respectivo derecho, justificando la injerencia de un tercero sobre este.

En tal orden de ideas, en el *sub examine*, ha quedado establecido que se han utilizado fotografías de la actora sin su consentimiento expreso o tácito, circunstancia que configura una invasión ilegítima a su esfera íntima que debe ser reparada.

Por ello, se declaran admisibles los recursos extraordinarios y, con el alcance indicado, se confirma la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvanse las actuaciones.— *Juan C. Maqueda.*— *Ricardo L. Lorenzetti.*

INTOXICACIÓN CON MONÓXIDO DE CARBONO

Fallecimiento de inquilino. Responsabilidad del locador. Vicio oculto en el inmueble. Conexión antirreglamentaria de salida de gases del calefón. Responsabilidad del consorcio. Responsabilidad del distribuidor. Deber de supervisión y seguridad. Valor vida. Daño moral.

1. — Si el edificio hubiera tenido las condiciones que indicaron los peritos, como las rejillas de ventilación y la terminación a cuatro vientos —aun cuando la unidad no hubiera tenido ventanas o puertas abiertas— no hubiera sido tal la concentración de monóxido de carbono, pues se trata de elementos que habrían aminorado los efectos de la contaminación. También han quedado demostradas las condiciones antirreglamentarias de artefactos instalados con el peligro existente, ya que —con posterioridad al hecho de marras— fue interrumpido el servicio de gas a fin de que se efectuara el reacomodamiento de las instalaciones de 25 unidades funcionales del edificio en cuestión, clausurando artefactos.

2. — La locadora arrendó el bien con un vicio oculto como ser la conexión antirreglamentaria de salida de gases del calefón, la inexistencia de la ventilación a cuatro vientos y la ausencia de las

rejillas excluidoras de aire, sin siquiera acreditar la oportuna revisación del artefacto antes de alquilarlo, sino más bien todo lo contrario.

3. — La responsabilidad del distribuidor es propia de su actividad y cometido; es decir, de la obligación de supervisión que resulta inherente a su labor, que le exige ejercer una razonable vigilancia de las condiciones en que el servicio se proporciona para evitar consecuencias dañosas. Quedó demostrado que, no realizó un prudente control de la forma en que el servicio era prestado, pues el calefón se encontraba instalado en el departamento desde hace muchos años, sin la supervisión periódica que las circunstancias aconsejan, conforme al deber de seguridad que surge de los arts. 5° y 6° de la ley 24.240.

4. — No resulta atendible la postura asumida por la distribuidora de gas, quien pretende desentenderse en absoluto de lo ocurrido en el departamento, cuando no adoptó —oportuna e inexcusablemente— medidas de prevención que la prudencia y previsión imponen en casos en los que suponen riesgos para la salud y/o integridad física de los usuarios.

5. — Existe una ineficacia de las cláusulas de exención de responsabilidad del locador, si los daños se generan en vicios o defectos de la cosa locada, ante la existencia de una defectuosa y antirreglamentaria instalación del artefacto, atendiendo al deber de seguridad que concierne a la persona humana, ya que, tratándose de cuestión de orden público, no es susceptible de pacto de exclusión de responsabilidad, sin que obste a esa responsabilidad, el tiempo que llevaba vigente, la locación.

6. — El fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja acarrea normalmente repercusiones económicas disvaliosas al sobreviniente, en razón de la privación de la asistencia que el occiso brindaba por vía de aportes dinerarios o bien, a través de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia.

7. — La solución del art. 1078, donde quien reclama es el concubino, es disvaliosa, pues priva de la indemnización a quien da muestras de la existencia de un menoscabo espiritual. Esta limitación atenta contra la noción de familia, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, puesto que comprende también a la que, sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Muerte por intoxicación con monóxido de carbono.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino

Estado civil: En pareja

Actividad: Empleada

Observaciones: Los reclamantes son su pareja, su hijo y su madre

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: Actor a): $400.000; Actor b): $700.000; Actor c): $500.000

Daño psicológico: Tratamiento psicológico: Actor a): $30.000

Daño psíquico: Actor a): $700.000; Actor b): $1.000.000

Daño patrimonial

Valor vida: Actor a): $1.000.000; Actor b): $2.000.000

CNCiv., sala K, 22/06/2021. - C. L. A. y otros c. Metrogas SA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/94837/2021]

COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

Expte. n° CIV 105557/2010/CA001

Buenos Aires, 22 de junio de 2021.

Considerando:

El doctor *Onofre Álvarez* dijo:

I.- Vienen estos autos al Tribunal con motivo de las apelaciones interpuestas contra la sentencia de Primera Instancia dictada a fs. 1134/1157; expresando agravios los actores en la memoria de fs. 1249/1271, cuyo traslado fue contestado a fs. 1291/1300 por los coaccionados "Metrogas S.A.", "Mapfre Argentina Seguros S.A." y "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.", a fs. 1301/1304 (esp. fs. 1301/1303, punto II, respectivamente), por la codemandada Consorcio de Copropietarios Edificio de la calle Darregueyra Nº 2433 de CABA y a fs. 1276/1280 (esp. 1277/1279, pun-

to III) por la firma "QBE Seguros La Buenos Aires S.A." -actualmente, "Zurich Aseguradora Argentina S.A."-.

La memoria de la codemandada M. S. G., se encuentra glosada a fs. 1235/1245. Se corrió traslado y respondieron "QBE Seguros La Buenos Aires S.A." (actualmente, "Zurich Aseguradora Argentina S.A.") a fs. 1276/1280 (esp. fs. 1279 y vta., punto IV), a fs. 1281/1290 hizo lo propio la empresa "Metrogas S.A.", "Mapfre Argentina Seguros S.A." y "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A." y a fs. 1301/1304 (esp. 1303/1304, punto III) la contestación del Consorcio demandado. La señora Defensora Pública de Menores de Cámara contestó los agravios a fs. 1309/1313 vta., esp. fs. 1311 vta./1313, punto VI, respectivamente).

La señora Defensora Pública de Menores de Cámara expuso sus fundamentos a fs. 1309/1313 y fueron respondidos a fs. 1322/1324 por "QBE Seguros La Buenos Aires S.A." (actualmente Zurich Aseguradora Argentina S.A.) y a fs. 1325/1326 por "Metrogas S.A.", "Mapfre Argentina Seguros S.A." y "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.", respectivamente.

Finalmente, funda su recurso -contra la imposición de costas- la entidad "QBE Seguros La Buenos Aires S.A" (actualmente Zurich Aseguradora Argentina S.A.) en el escrito de fs. 1246/1247 vta. y contestó el traslado de la memoria la parte actora a fs. 1273 y vta.

El señor Fiscal de Cámara dictaminó el día 2 de diciembre de 2020.

II.- Antecedentes.

El señor L. A. C. -por sí y en representación de su hijo menor de edad L. J. C.- y la señora A. M. V. -madre de M. J. C.-, promueven la presente demanda de daños y perjuicios contra "Metrogas S.A.", la señora M. S. G. y el Consorcio de Propietarios de la calle Darregueyra Nº 2.433 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Solicitan citar -en garantía- a "Mapfre Argentina Seguros S.A." y a "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.", con motivo del lamentable fallecimiento de la señora M. J. C. -25 de junio del año 2009- ocurrido en el departamento alquilado a la coaccionada G., de la calle Darregueyra Nº 2.433, piso 1º, departamento "B" de esta ciudad, por intoxicación aguda de monóxido de carbono proveniente del calefón, por lo que pretenden una indemnización por valor vida, daño psíquico, daño moral y gastos terapéuticos (v. fs. 53/61 vta.).

La codemandada "Metrogas S.A.", señaló que no tiene responsabilidad en el hecho de autos, al no tener obligación de llevar a cabo constatación alguna en todo el edificio, por haber inspeccionado dos departamentos de dicho solar en época anterior al infortunio y, puntualmente, jamás se solicitó la realización de ningún tipo de inspección en la vivienda donde se produjo el luctuoso hecho. Sostuvo que, tampoco, le corresponde responder por el simple hecho de ser un servicio público. Agregó que no hay obligación alguna que la empresa hubiera incumplido y que no existe relación entre su actividad y la ocurrencia de los sucesos que motivaron la contienda (v. fs. 96/114).

La codemandada Consorcio de Propietarios Edificio calle Darregueyra nº 2,433 de la Ciudad de Buenos Aires, dice que no debe responder como entidad individual frente a los hechos que son de órbita exclusiva de los copropietarios y que, su espectro de control, llega solo hasta la puerta de las unidades; cediendo su contralor y responsabilidad, cuyo alcance solo se extiende hasta los objetos que se encuentren dentro de las denominadas cosas comunes (v.fs. 188/193).

La coaccionada M. S. G., manifiesta que no existió relación contractual con el señor C. y la señora V. y que -en casi seis años y medio que llevaban alquilando el inmueble a la señora M. J. C.- nunca existió reclamo respecto al estado de la instalación y/o mantenimiento del calefón. Agrega que nadie que obre con prudencia y responsabilidad, se baña en pleno invierno con el calorífero al máximo y con todas las ventanas cerradas del departamento. En lo relativo a la responsabilidad que se le imputa en los términos del art. 1113 del C.C., considera que el infortunio se produjo por culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (V. 253/276).

Las empresas -citadas en garantía- "Mapfre Argentina Seguros S.A." y "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.", por su parte y en cada caso, reconocen el contrato de seguro que las vincula con la codemandada "Metrogas S.A.". Ambas invocan la existencia de una franquicia a cargo del asegurado de U$S 50.000 por cada acontecimiento y destacan que se trata de una póliza en co-seguro, existiendo participación de "Mapfre" en un 31,74 % y de "La Meridional" en un 68,26 % (v. fs. 138/140 y fs. 158/160).

La aseguradora "HSBC La Buenos Aires Seguros S.A" (cambiando, luego, su denominación a la de "QBE Seguros La Buenos Aires S.A." y -actualmente a "Zurich Aseguradora Argentina S.A."), reconoce la existencia de un contrato de seguro firmado con el consorcio coaccionado. Además, refiere que su asegurado incumplió con el deber que le impone el art. 46 de la Ley n° 17.418 y que -por ello- debe aplicarse lo establecido por el art. 47 de la referida norma. Además, invoca que la cobertura por responsabilidad civil excluía riesgos derivados del vicio de la cosa, motivo por el cual, considera que no debe responder por el

caso de autos y -por otra parte- manifiesta que existía un límite de cobertura de $ 1.000.000.

III.- Sentencia.

El *a quo* rechazó la demanda promovida contra "Metrogas S.A." y el Consorcio de Propietarios Edificio Darregueyra nº 2.433 de CABA y admitió -parcialmente- la pretensión interpuesta por los actores contra M. S. G., con fundamento en que existió -en el caso- culpa concurrente de los señores M. J. C. y L. A. C.; quienes en sus condiciones de locadores y ocupantes del inmueble alquilado (departamento "B" del piso 1º de la calle Darregueyra nº 2.433 de CABA) generaron la ruptura parcial del nexo causal con su conducta desaprensiva. En cuanto a la accionada G., dado el carácter de propietaria de la unidad donde se encontraba instalado el calefón defectuoso, consideró que no era posible eximirla de responsabilidad en virtud de lo dispuesto por el art. 1113 del C.C. y que -sobre ella- también pesaba el deber de la necesaria revisación de rutina del calefón, por lo que fijó como indemnización la suma de $. 456.000 a favor del coactor L. A. C.; la de $ 1.160.000 para el niño L. J. C. y $ 150.000, a favor de la coactora A. M. V..

Con respecto a la demanda interpuesta contra Metrogas S.A., el juzgador la desestimó argumentando que no se probó la fecha en que se consumó la instalación; si la misma fue clandestina, o no; cuál era la normativa vigente en ese momento, ni el profesional que intervino; no habiéndose demostrado -tampoco- que la empresa hubiese prestado el servicio en forma deficiente, por lo que ninguna responsabilidad -entiende- puede atribuírsele por el hecho de autos. Esta decisión alcanza a las aseguradoras "Mapfre Argentina Seguros Sociedad Anónima" y "La Meridional Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima".

En idéntico sentido, consideró que el Consorcio de Propietarios Edificio Darregueyra nº 2433, no debe responder por la instalación antirreglamentaria de un caldero, que desencadenó en la desdichada muerte de una inquilina por cuanto –ese obrar- se desplegó dentro de la unidad funcional de propiedad exclusiva de la señora G..

IV. Agravios.

Contra la decisión sobre la cuestión de fondo se alzan los actores, la Defensora Pública de Menores y la codemandada S. M. G.

Por otra parte, la firma "QBE Seguros La Buenos Aires S.A." (actualmente "Zurich Aseguradora Argentina S.A."), recurrió la imposición de costas.

La actora se agravia al considerar que el señor Juez *a quo* ha violado el principio de congruencia, porque no se remitió a los hechos invocados por las partes y -mucho menos- los confrontó con la prueba producida y la valoración de la misma a la luz de la normativa aplicable. Agrega que no se ha analizado -de manera clara y precisa- el resultado de la pericia técnica elaborada por personal de la Policía Federal y de Bomberos, que se encuentran en la causa penal, desconociéndose -también- la que presentó el perito ingeniero Díaz, designado de oficio en estos actuados. Sostiene que el infortunado fallecimiento de la señora C., fue resultado de una compleja y entrecruzada red de co-responsabilidades, de las que resulta absolutamente ajenos la víctima y el señor C.. Entiende, bajo ese orden de miras, que la responsabilidad primaria recae sobre la propietaria y locadora del inmueble, debido a la antirreglamentaria instalación de los caños de evacuación de gases y la ausencia de rejilla de ventilación.

Por otra parte, pone de manifiesto que la responsabilidad del consorcio resulta absolutamente determinante, por considerar que los conductos de evacuación de gases se encontraban instalados de manera antirreglamentaria, al igual que la ausencia de las rejillas de ventilación. Sostiene que le cabe al ente consorcial la obligación y el deber de preservar al inmueble y a las personas de cualquier amenaza o peligro por lo que deberá responder conforme al factor objetivo de atribución de responsabilidad, por la omisión en el adecuado mantenimiento de la cosa común en los términos del art. 1113 del C.C.

En relación a la sociedad "Metrogas S.A." -también- considera equivocado el razonamiento que llevó a cabo el sentenciante, al sostener la teoría de la antirreglamentaria instalación del calefón, cuando aquí, de lo que se trata, es del incumplimiento de normas establecidas por el ente "Enargas" que se presumen conocidas por todos y que es la forma en que debe hacerse la cañería de evacuación de los gases del calefón hacia el exterior; que -en el caso que nos ocupa- no se cumplían.

Aduce que, de haber obrado la empresa con la prudencia debida se hubiera podido determinar la necesidad de rever y controlar la totalidad de las instalaciones del suministro de gas de -cada uno- de los departamentos; particularmente de la evacuación de gases que -en anteriores oportunidades- habían sido comprobadas. Agrega que la firma "Metrogas S.A." debió actuar en consecuencia y aplicar las medidas preventivas y no esperar a que la señora C. fallezca, para recién allí tomar conciencia de su grado de responsabilidad y proceder -como el reglamento lo indica- a cortar el suministro de gas y obligar a los propietarios de los departamentos a adecuar los mismos a

las condiciones de uso preestablecidas. Sin embargo, nada de eso produjo y hoy pretende desligarse de su responsabilidad con mentiras y malicias que deberá evaluar y -en todo caso- aplicar sanciones correctivas en los términos del Código de Procedimientos Civil y Comercial.

Consideran -por otro lado- que los guarismos establecidos para L. A. C. y L. J. C. por los rubros "valor vida", "daño moral" e "incapacidad psíquica", son exiguos. De igual modo, que -también- resulta escaso el importe que se fijó en favor de A. M. V. por el rubro "daño moral", requiriendo que sean incrementados.

La coaccionada M. S. G., se agravia de que se haya dispuesto que la propiedad se arrendó con un vicio oculto -como sería la conexión defectuosa del calefón- pues, no se tuvo en cuenta -señala- que el departamento estaba alquilado por la señora C. desde hacía ya seis años y medio y que en ninguna de las renovaciones contractuales, se le requirió la reparación o cambio del artefacto; habiéndose ocupado la locataria y su conviviente en arreglar el mismo, prescindiendo de la dueña del inmueble. Destaca que lo convenido por las partes en el contrato que suscribieron, era que la locataria estaba obligada a comunicar a la locadora de cualquier desperfecto, vicio o defecto en la construcción o elementos de lo arrendado, en el plazo de 24 hs. de producido, a efectos de facilitarle la inmediata solución de los mismos.

Agrega que la conducta de la señora C. y de su conviviente, contribuyeron a la producción del hecho -objeto de autos- por cuanto el departamento se encontraba herméticamente cerrado al momento del siniestro y que -además- le resulta llamativo que -con el prolongado tiempo que llevaban arrendando el inmueble- no hubiesen efectuado ninguna revisión o control de la instalación del calefón; máxime cuando el coactor hizo referencia a que -en algunas oportunidades- tanto él, como la señora C., habían sentido mareos y –sin mengua de no ser muy frecuente- no sabían porque sucedía eso, aunque lo relacionaban con cansancio. Todas las acciones detalladas y omisiones referidas, entiende que son suficientes para interrumpir el nexo causal -entre la culpa del dueño o guardián o el riesgo creado por la cosa peligrosa y el daño sufrido- habiendo sido el accidente ocasionado por la culpa de la víctima y por un tercero (señor C.), por quien el dueño no debe responder.

Le causa agravio, asimismo, que el señor Juez a-quo determinara que no se encuentra demostrado que la empresa "Metrogas S.A." hubiese prestado el servicio de forma deficiente; razón por la cual desestimó la demanda impetrada en su contra. Agrega que el fallecimiento de la señora C. pudo haberse evitado, si la empresa hubiera actuado con la prudencia y diligencia que le exige el orden jurídico y -en especial- las disposiciones que constituyen el marco normativo que regula la industria del gas.

Asimismo, se queja que se desestimó la demanda contra el Consorcio de Copropietarios del edificio. Menciona que el art. 2 de la ley n° 13.512, establece que los muros maestros y los divisorios, los patios, etc., son considerados cosas comunes y sobre el muro que divide el departamento de la señora G. con el patio o espacio denominado "aire/luz", se encontraba la salida del calefón que -según "Metrogas"- no cumplía con sus reglamentaciones. También sobre ese muro debía haberse construido la rejilla compensadora de ventilación que -conforme surge de las pericias realizadas- impidieron que el monóxido de carbono se evadiera hacia el exterior de la vivienda. Expone que la ubicación del tubo de salida al exterior del calefón y de la rejilla de ventilación, determina que el consorcio -como propietario de las cosas comunes- haya asumido el carácter de guardián de aquella, que ha sido entendido -entre otras posturas doctrinarias- como la persona que tiene de hecho, un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor, sobre la cosa que ha resultado dañosa.

Por otro lado, se queja de que se haya reconocido al señor C. una partida indemnizatoria por "valor vida" -con fundamento en el art. 1745 del CCCN-; como así el reclamo que justipreció por "daño moral" -basándose en lo que dispone el código citado-, cuando esa norma no estaba vigente al momento de producirse el hecho. Destaca, también, su desacuerdo con la imposición de costas. Arguye al respecto que, del modo en que fue decidida la sentencia, debieron imponerse 50 % a su parte en lo que refiere a las originadas a la representación letrada de los actores.

Por su parte, la señora Defensora Pública de Menores de Cámara, adhirió a los fundamentos vertidos por la actora y –además- consideró muy magros o escasos los importes indemnizatorios que le otorgaron al niño por los rubros "valor vida", "daño moral", "daño psicológico" y "gastos de tratamiento psicológico".

V. Atento la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994 y su modificatoria Ley 27.077), de conformidad a lo previsto en su art. 7 y teniendo en cuenta la fecha de los hechos ventilados en autos, es que resultan de aplicación al caso las normas del Código Civil de Vélez.

Sentado lo expuesto, me avocaré al tratamiento de los agravios esgrimidos, siendo para ello necesario el análisis de las pruebas rendidas.

Como consecuencia del hecho de autos, se inició la causa penal caratulada "Imputado: N. N. s/ muerte

dudosa", Expte. Nº 34.269/2009, que tramitó por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Nº 11, Secretaría Nº 133 de la Capital Federal, de la cual surge que, con fecha 26 de junio del año 2009 -el día posterior al del desdoroso deceso- se hizo presente en el departamento "B" del primer piso de la calle Darregueyra nº 2.433 de la C.A.B.A., personal idóneo de la empresa "Metrogas" (señor R. A. A.) y de la División Siniestros de la Policía Federal Argentina (Subinspectores Horacio Sánchez y Hugo Bernardi) y procedieron a realizar la prueba de medición de concentración de monóxido de carbono. Se encendió el calefón que había en el departamento y -en un lapso de unos 12 minutos- superó el rango del aparato de medición que -según los comentarios vertidos por los expertos allí presentes- son 1000 calorías por millón, aproximadamente. A raíz de ello, se concretó la clausura del inmueble, hasta que se proceda a reparar la instalación. Personal de la firma "Metrogas", procedió a realizar una prueba de hermeticidad para evaluar si existen perdidas en algún lugar de la cañería correspondiente al inmueble, arrojando resultado positivo (v. fs. 12/13).

La aludida empresa "Metrogas S.A.", al contestar el oficio librado por el Juez penal, mencionó que -en la visita al inmueble realizada personal de la empresa el día 26 de junio de 2009- se observaron las siguientes anomalías en el departamento: Escape en cañería interna. Falta de rejillas compensadoras de aire en ambiente cocina. Calefón con conducto de evacuación de gases de combustión deficiente. Se realizaron pruebas con polvo fumígeno con rechazo y mediciones con detector de monóxido de carbono en el ambiente cocina, observando una concentración de 1000 ppm en 12 minutos y procedieron al corte de suministro y retiro de equipo de medición (confr. fs. 68).

El señor Fiscal le tomó declaración el día 28 de agosto de 2009, a L. A. C., quien manifestó que convivió con M. J. C. desde el año 2002 hasta el fallecimiento de esta última. Vivían en el departamento donde se produjo el hecho. Que firmaron tres contratos de locación: el primero en marzo de 2003 y el último en junio de 2008 (que les fueron exhibidos y se encuentran glosados a fs. 44/55). Cuenta que, durante el tiempo que ocuparon el inmueble, únicamente cambiaron la serpentina del calefón y que -en lo relativo a la instalación de gas- nunca tocaron nada. No tenía conocimiento cuándo se instaló el calefón, pero desde el momento que se hizo estaba mal y, durante el tiempo que estuvieron ocupando el bien, el artefacto siempre fue el mismo y funcionaba medianamente bien. Sostuvo que -en algunas oportunidades- tanto él como la señora C. se sintieron mareados, pero eso no era muy frecuente y no sabían porque sucedía; lo atribuían al cansancio laboral (confr. fs. 88/89 vta.).

Asimismo, el Departamento Técnico Investigativo -División Siniestros- de la Policía Federal Argentina, realizó informe técnico el día del hecho (25 de junio de 2009), presentándose en el departamento "B" del primer piso, ubicado en el edificio de la calle Darregueyra nº 2.433. De la inspección ocular de la vivienda -"in situ et de visu"- surge que -al comprobar el funcionamiento del calefón- pudo establecerse que la mayor parte de los gases producto de la combustión -entre los que se halla el monóxido de carbono (CO)- no se evacuaban correctamente, saturando el ambiente. Como resultado de las mediciones efectuadas, se estableció que -con el artefacto en funcionamiento y en escasos trece minutos- la concentración de este gas letal, superaba las 1000 PPM (partes por millón), rebasando el rango de medición del aparato. De la inspección del artefacto, se pudo apreciar que el mismo poseía un conducto de evacuación de gases al exterior antirreglamentario, por ser del tipo corrugado y sin salida a los cuatro vientos, rematando -inmediatamente- después de la pared, donde se encontraba amurado a un hueco de aire y luz. A la inspección ocular realizada del lado exterior, se observó que el conducto remataba al filo exterior de la pared, en forma horizontal y sin sombrerete. Sobre las causales que originan dichas concentraciones, las mismas se relacionan con la deficiencia en la instalación del conducto de evacuación de gases producto de la combustión al exterior. En virtud de las deficiencias halladas, solicitaron la presencia de personal de la empresa "Metrogas", a quienes pusieron al tanto de las observaciones practicadas a efectos de que tomen las medidas preventivas del caso (v. fs. 91/99).

El señor Juez penal, encomendó a la División Siniestros de la Policía Federal Argentina, que se realice otra pericia para cotejar el funcionamiento e instalación del calefón, determinando los puntos de pericia a responder (v. fs. 158).

Se requirió al experto que responda "...si el calefón allí instalado presenta rasgos de haber sido reparado recientemente o bien, que le fuera sustituido algún caño u otro elemento que lo conforma...". Indicó el distro que "...con relación al interrogante, no se puede precisar técnicamente con exactitud la sustitución o reparación de algún elemento del artefacto calentador de agua (calefón) en cuestión, pero si se puede informar que, hipotéticamente, el calefón presenta características de haber sido colocado con cierta antigüedad en función de los depósitos de residuos de la cocina y estado de los materiales componentes....conforme lo mencionado en la respuesta a la pregunta anterior y lo descripto en el informe técnico oportunamente elevado, el calefón presentaba una conexión antirreglamentaria del conducto evacuador de gases de la combustión al exterior, no respetando los que establecen los reglamentos de la empresa "Metrogas"

en cuanto a los siguientes puntos: Sistema con conducto individual para artefactos con cámara abierta. Los conductos deberán ser perfectamente lisos; poseyendo en este caso de material corrugado. Punto a) no cumple con lo establecido en cuanto que a la salida del calefón deberá instalarse un tramo vertical de 0.50 mts. como mínimo; siendo en este nulo el tramo vertical. Punto d) no cumple en cuanto se deberá, en lo posible, en caso de cambio de dirección colocar curvas de 45º o menores; siendo en este caso una curva de 90º. Punto f) la terminación del conducto (sombrerete) se llevará a la parte superior del edificio y a los cuatro vientos; apreciándose en este caso el remate inmediato a la pared donde se encontraba amurado el calefón, en forma horizontal. Punto g) en la terminación del conducto se colocará un sombrerete; encontrándose este ausente en el caso que nos ocupa. Por lo aquí expuesto se deduce que la instalación del conducto evacuador de gases de la combustión es deficiente en cuanto a los reglamentos existentes en la materia y en su funcionalidad, por lo que la deficiencia es atribuible a la instalación original de este artefacto y su conducto evacuador…de la puesta en funcionamiento realizada sobre el calefón, el mismo encendió sin dificultad, pudiéndose realizar la prueba sin inconvenientes…".

También se le pidió al experto que "…establezca la principal consecuencia de ingreso de monóxido de carbono al interior de la vivienda, en consonancia con las irregularidades advertidas en los peritajes anteriores; el estado de instalación de gas en ese departamento…". Respondió el profesional actuante que "… La principal consecuencia de ingreso de monóxido de carbono al interior de la vivienda corresponde con una instalación ineficiente del conducto evacuador de gases de la combustión…Además…se apreció la inexistencia de rejillas de ventilación en la cocina, no cumpliendo con los que se exige en los reglamentos…" (confr. fs. 167/171).

Se citó a prestar declaración testimonial al señor R. A. A., Asistente de Zona de la empresa "Metrogas" expresando, entre otras disquisiciones formalizada, que "… el día 25 de junio de 2009, a las 22:54 horas y a solicitud de personal de la División Comando Radioeléctrico de la Policía, junto con el resto de personal que se encontraba de guardia en la firma "Metrogas" concurrieron al departamento ubicado en el primer piso "B", de la calle Darregueyra nº 2433 de esta ciudad ….tras encender el calefón y colocar el medidor por aproximadamente unos doce minutos, advertimos que dicho aparato se saturaba, es decir que el calefón eliminaba hacia dentro del departamento mucho monóxido de carbono. Lo que marca el aparato como máximo es mil partes por millón, siendo que lo normal que debe eliminar cada calefón es cero, es decir que a mi entender el calefón funcionaba mal. Asimismo, pude advertir que en el departamento no había rejillas compensadoras, ya que por cada artefacto a gas debe haber una rejilla y en este ambiente no había ninguna. Por más que sean varios ambientes, si en uno de ellos hay artefactos a gas en el mismo debe haber al menos una rejilla por cada artefacto, mientras este no sea tiro balanceado. Pero el calefón de este departamento no era tiro balanceado…su labor no consistió en examinar al artefacto en sí, sino la instalación de gas. Pero a simple vista también pude advertir que el conducto del calefón no era el correspondiente, ya que no es el autorizado por "Metrogas…este calefón tenía un conducto corrugado y lo que indican las normas de "Metrogas", para la instalación del mismo, es que debe ser galvanizado. Luego de ello, se cerró todo el gas del departamento por procedimiento también del edificio y se mandó a chequear departamento por departamento…al no tener el conducto correspondiente y la falta de rejilla compensadora, el calefón se encontraba fuera de reglamento de "Metrogas" por lo que fue clausurado….que el otro artefacto a gas que había era la cocina, la que también carecía de la rejilla compensadora correspondiente…todas las instalaciones deben respetar las normas mínimas de seguridad impuestas por esa firma…este calefón no cumplía con esas normas ya que faltaban las rejillas y el conducto no era el adecuado. Que estas normas existen en "Metrogas" desde siempre…" (confr. fs. 194/195).

La autopsia realizada por el Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación, arrojó como resultado que la infortunada muerte de M. J. C. fue producida por "intoxicación aguda por monóxido de carbono" (confr. fs. 115/120).

Por resolución del día 23 de diciembre de 2010, se ordenó en la causa penal la reserva de las actuaciones para su posterior envío a la Dirección General de Investigaciones con Autores Desconocidos de la Procuración General de la Nación (confr. fs. 272/274 vta.).

En estos actuados, se designó perito Ingeniero especialista en Seguridad e Higiene y presentó su dictamen respondiendo los puntos de pericia formulados por la coaccionada "QBE Seguros La Buenos Aires S.A." (actualmente "Zurich Aseguradora Argentina S.A."). Además de las conclusiones extraídas de su visita al lugar del hecho, consideró los informes técnicos realizados por los otros expertos que participaron en sede represiva.

El día 15 de mayo de 2015, realizó inspección ocular en el departamento donde sucedió el lamentable episodio, dónde también estuvieron el letrado de la parte actora, el administrador del consorcio y el encargado del edificio. Mencionó que "…a la fecha del siniestro y, en base a los datos de la causa penal, considero que el calefón funcionaba correctamente…(y) que el mismo

no tenía desperfectos y/o perdidas...". El experto adjuntó en su presentación fotografías actualizadas al momento de hacerse presente en el lugar y al respecto manifestó que "...el calefón a gas instalado... luce como relativamente nuevo, marca Orbis y en la cocina se observa la existencia de una rejilla de ventilación de medidas aproximadas 0,18 x 0.18 m...se tiene en la actualidad un calefón nuevo, rejilla de ventilación, protección contra el viento y cañerías nuevas...". En cuanto a cómo era el estado de situación en 2009 -al momento del hecho- se remite al análisis que realizaron los expertos del Cuerpo de Bomberos, a fs. 91/104 de la causa penal. Expone que, a partir del 1 de marzo de 2000, todos los fabricantes de artefactos a gas, deberían producirlos y comercializarlos conteniendo un dispositivo control de atmósfera, cumpliendo con el objetivo de cortar el paso del gas cuando el nivel de oxígeno en el ambiente es bajo, y al respecto agregó "... como no se puede establecer la antigüedad del calefón origen del siniestro, no es determinable si respondía o no a la normativa al momento de su adquisición y de su instalación... conclusión: la instalación no respondía a las características seguras de funcionamiento por ello se produjo el infortunio. No hay evidencia acerca que el calefón hubiera sido intervenido para modificarlo impropiamente. Las inspecciones, indudablemente, no se llevaron a cabo, porque las deficiencias encontradas, luego del hecho son advertibles a simple vista...teniendo en cuenta lo explicado extensamente ut supra, no encuentro uso incorrecto del calefón como factor de producción del accidente, sino: a) incorrecta instalación, b) ausencia de dispositivo de seguridad que apagara el calefón ante el exceso de gases de combustión en el ambiente de la cocina (escasez de oxígeno) ..." (v. fs. 765/772).

Se tiene entendido en la materia que, para evaluar un dictamen pericial, debe tenerse en cuenta la competencia del experto, los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y las demás pruebas y elementos de convicción que obran en la causa, todo lo cual configura el cuadro probatorio que habrá de ser tomado en cuenta al momento de decidir, conforme al artículo 476 del CPCC.

El Juez tiene amplia facultad para apreciar el contenido del dictamen pericial, si bien dicha prerrogativa no puede ser ejercida con discrecionalidad, toda vez que, para apartarse de las conclusiones allegadas, deben tenerse razones fundadas; siendo necesario que se aquilaten probanzas de similar o mayor rango técnico que desmerezca las conclusiones arrimadas en el peritaje -conf. CNCiv. Sala E, 26.11.2008, ar/jur/14658/2008. Idem, Sala F, 11.08.2014, ar/jur/44765/2014-.

Merece destacarse especialmente que, en este tipo de procesos, la prueba pericial deviene relevante. Considero que el informe del ingeniero Raúl Díaz presenta un análisis razonado y con conocimientos técnicos (conf. CNCiv, Sala D, en autos "Yapura, Gregoria Erminda c/ Transporte Automotor Riachuelo S.A. s/ daños y perjuicios" expíe. libre N° 77.257/ 98, del 8/10/02; id. "Fiorito, José Luis c/ Petersen José y otro s/ daños y perjuicios" expte. libre N° 105.505/ 97, del 20/09/91), cuyas conclusiones no logran ser conmovidas por las manifestaciones formuladas por las aseguradoras en su presentación de fs. 833/835 vta.

Por otro lado, a fs. 566/591, se diligenció oficio a "Metrogas S.A.", solicitando informe sobre los antecedentes técnicos de su intervención en el edificio de la calle Darregueyra Nº 2433 de C.A.B.A., en los años 2001, 2005 y 2009. Respecto al año 2001, expresó la empresa que "...el día 17/10/2001, con reclamo 2001/080457 se atendió llamado telefónico de quien dijo llamarse señor Ramos denunciando escape en el departamento 4º "B". Una vez en el lugar se renovó el servicio de vereda. No se pudo rehabilitar el servicio renovado al edificio por verificar escape en la prolongación interna, por lo que se dejó el servicio de gas desconectado...se consigna la necesidad de dar intervención a gasista matriculado, realizar las reparaciones y solicitar inspección. El día 31/10/2001 se aprobó inspección solicitada por el matriculado, resultando al momento de la rehabilitación del servicio al edificio: con gas habilitado, todos aquellos departamentos donde sus instalaciones estaban en condiciones reglamentarias. Con gas clausurado, todos aquellos donde se verificó falta de estanquidad en la cañería interna y falta de rejillas compensadoras de aire. Unidades Planta Baja "A", "D"; 3º "A"; 4º "A" "C"; 5º "C"; 6º "A"; 8º "D". Con gas interrumpido y aviso de visita debajo puerta, aquellas unidades donde el cliente se encontraba ausente. Unidades: 1º "A" "B"; 2º "A"; 3º "A" "D"; 4º "D"; 5º "A" "D"; 9º "A" "B". Cabe aclarar que en todos aquellos donde quedó con el suministro de gas cerrado, el cliente debe dar intervención a gasista matriculado y realizar las reparaciones en caso de corresponder...".

Sobre las inspecciones del año 2005, dijeron que "... el día 08/02/2005 se realizó colocación de medidor en la calle Darregueyra 2433 3º "B" y en la inspección se clausuró artefacto cocina por falta de válvula de seguridad. El día 19/06/2005...calle Darregueyra 2433 4º "B" ...verificó falta de estanqueidad en la conexión del artefacto cocina, se clausuró dicho artefacto".

Finalmente, en relación a la inspección posterior al fatal accidente, surge que "...el día 25/06/2009...se realizó inspección solicitada por personal de Policía Federal Argentina en la calle Darregueyra 2433 1º "B" C.A.B.A. En el lugar, se realizó una inspección y se ve-

rificaron las siguientes anomalías: Rechazó prueba de emisión de concentración de monóxido carbono además rechazó prueba con polvo fumígeno. Calefón tiro natural instalación con caño corrugado...falta rejilla compensadora de aire, falta de estanqueidad en la cañería interna....Metrogas, en ese mismo acto, clausuró el suministro de gas, retiró medidor....se inspeccionaron los departamentos resultando: suministro de gas clausurado para verificar falta de estanqueidad en cañería interna, falta de rejillas compensadoras de aire, conducto de evacuación de gases con ventilación deficiente: BJSº "B" "C" "D"; 1º "A" "C" "D"; 2º "A"; 3º "A"; 3º "D"; 4º "C" "D"; 5º "B" "C" "D"; 6º "A" "B" "D"; 7º "A" "B" "C"; 8º "A"; 9º "A" "B" "C", Portería... el día 08/07/2009 se aprobó inspección solicitada por el matriculado....donde se informó que había realizado las reparaciones (sala de medidores y prolongación interna). A medida que cada cliente fue realizando las reparaciones de su unidad y el matriculado solicitando inspección a "Metrogas", se fueron habilitando los suministros de cada departamento..." (conf. fs. 566/594).

El día 22 de mayo de 2015, prestó declaración el testigo, F. A. (registrada en CD, reservada en soporte magnético), manifestó que conocía al señor C., a su hijo y a la señora C., debido a que era encargado del edificio de la calle Darregueyra nº 2433 desde hacía 18 años. Dijo que, en el 2001, se hicieron arreglos en 16 departamentos, se cambiaron cañerías de gas desde la vereda hacia adentro del edificio y -a raíz de ello- se cortó el suministro en los departamentos "B", sector calefón y cocina, aunque en el departamento "B" del primer piso, no se hizo en esa oportunidad. En el resto de las unidades, se trabajó sobre cañerías de calefón, cocina y estufa; que las tareas fueron encargadas por el consorcio a la empresa privada "Pugliese". Explicitó que, en esa época, los matriculados eran los que habilitaban el gas y no sabe si -en dicha ocasión- los gasistas visitaron el departamento 1º "B". Expuso que unos meses antes del incidente de autos, el señor C. le pidió si podían arreglar el calefón porque no le funcionaba y él le indicó que llamara a la propietaria para hacer el arreglo. A los pocos días, lo vio ingresar con un repuesto, al que primero llamó "camisa" después aclaró que era la "serpentina", pero no sabe si el calefón fue arreglado y -en su caso- quién lo hizo.

Relata el testigo que -el día del luctuoso hecho- a la una de la tarde, el hermano de la señora C. le tocó el timbre y él dicente se dirigió al departamento "C" del primer piso y -desde allí- observó que estaban las luces prendidas del primero "B" y vio que una de las hornallas de la cocina estaba encendida. Reseñó que el señor C. trabajaba y no salía todos los días, realizaba changas de electricidad y le consta porque lo veía ingresar con una caja de herramientas y traía materiales de electricidad, también por comentarios del propio C.. Expuso que, luego del accidente, "Metrogas" exigió hacer el cambio de calefón, cocina y cañería de gas y lo sabe porque la administración tomó nota y mandaron a la gente que iba a hacer el trabajo, que no lo hizo "Pugliese". No recuerda a quién se encomendó. Agregó que el reemplazo de las cañerías de la cocina, se hizo porque hicieron las pruebas y encontraron pérdidas y se hicieron controles en todos los departamentos. El trabajo fue encargado por el consorcio, pero había propietarios que lo pagaban particular, pero pasaban después la boleta al consorcio. Manifestó que en la cocina se añadieron las rejillas de ventilación y que la orden para ejecutar los trabajos la dio el administrador del consorcio, se hicieron arreglos en varios departamentos para poder restituir el servicio de gas. Las rejillas de ventilación se instalaron en todos los departamentos "A", "B", "C" y "D". En relación a la reparación del año 2001, dijo que esa obra se hizo porque el administrador mandó a la empresa "Pugliese" a revisar la cañería de gas y encontraron la pérdida del troncal desde la calle y no sabe si se le dio aviso a "Metrogas".

De las consideraciones formuladas por los expertos de la División Siniestros de la Policía Federal Argentina y del perito ingeniero designado de oficio en estos autos, se infiere que la presencia de monóxido de carbono en el departamento del piso 1º "B", fue a consecuencia de la deficiente evacuación de gases del calefón, que se liberó hacia el interior del ambiente por poseer un conducto antirreglamentario y - por ello- se dispersaron al interior de la unidad, complementado esa anomalía con la ausencia de terminación del conducto a los cuatro vientos y el lugar de ubicación de la salida al exterior del calefón. Específicamente, refirieron los profesionales que no se había respetado lo que establecen los reglamentos de la empresa "Metrogas" respecto de que los conductos de evacuación de gases debían ser perfectamente lisos y -en el calefón de que se trata- se utilizó uno de material corrugado; que debía instalarse un tramo vertical de 0.50 mts. -como mínimo- y -en el caso- directamente no existía; que en el supuesto de cambio de dirección (de la cañería) tenían que colocar curvas de 45º o menores, pero la que se encontraba en la instalación era una curva de 90º y la terminación del conducto (sombrerete) debía llevarse a la parte superior del edificio y a los cuatro vientos. Sin embargo, se apreciaba el remate en forma horizontal, inmediata a la pared donde se encontraba amurado el calefón y sin existencia de sombrerete. Todos los idóneos estuvieron contestes en destacar la ausencia de la rejilla compensadora de aire -que resultaba de instalación obligatoria- como elemento de seguridad.

Por otra parte, se probó que el funcionamiento del calefón no era deficiente al momento de realizar las pericias técnicas. Por el contrario, la falla no se produ-

ce por mal funcionamiento del artefacto y que no se pudo demostrar la sustitución o reparación de algún elemento del artefacto calentador de agua.

Además, quedó demostrada la presencia de personal de la empresa "Metrogas S.A." en dos oportunidades con anterioridad al siniestro (años 2001 y 2005) y -particularmente- en la primera de las visitas al edificio se pudo constatar la anomalía en lo que refiere al faltante de rejillas excluidoras de gases en la mayoría de las unidades funcionales.

Discrepo con el señor juez a-quo respecto a la culpa de la víctima y/o del ocupante del departamento, a quienes se les endilga responsabilidad por su condición de guardianes de la cosa (calefón) en base al análisis que, seguidamente, se expone.

V. a) La atribuida responsabilidad concurrente a la locadora y locatario (ocupante).

Inicialmente, he de señalar que, si bien el art. 1113 del Código Civil, se ubica bajo el título de la responsabilidad por hechos ilícitos, se trata de una responsabilidad objetiva que -hoy en día- también se extiende al ámbito contractual donde pueden influir, tanto la creación del riesgo como el provecho que se obtiene de su actividad (conf. Alterini-Ameal-López Cabana, "Derecho de obligaciones", apartados 476 y 476 bis). Es que, modernamente, el derecho extiende la responsabilidad objetiva a favor de la víctima en procura de una inmarcesible función de justicia.

Esa responsabilidad objetiva es extendida a la codemandada G. -en su calidad de titular del dominio del inmueble- en tanto el "animus domini" ya -de por sí- origina responsabilidad. A más que, ya se trate de vicios de construcción como de mantenimiento, la responsabilidad recae sobre el locador; tanto por su obligación en mantener la cosa en buen estado, como por el hecho de ser propietario del inmueble constreñido por el exigente débito impuesto por el art. 1.515 del Código Civil con los alcances que precisa el art. 1.516 de ese mismo ordenamiento legal (conf. CNCiv., Sala F, Sarso, Angel Víctor y otro c/ Morrison, Gregorio y otros s/ daños y perjuicios", del 30.12.1999, elDial AE1387; esta Sala "Green, Nicolás y otros c/Colle, Alicia Catalina s/daños y perjuicios" del 13.04.2007).

La circunstancia de la transferencia de la guarda de los objetos que se encuentran instalados en el bien hacia el locatario es discutida en doctrina. Considero que desplazar la responsabilidad hacia el guardador de una cosa, implicaría que no tuviera sentido el vocablo "dueño" -expresamente contemplado en el art. 1113 del C.C.- que utiliza ambas palabras y que no significa la exclusión de una u otra calidad para ser responsable. Asimismo, es guardián la persona que tiene de hecho un poder efectivo de vigilancia, gobierno y contralor sobre la cosa que ha resultado dañosa (Llambìas, J.J. "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, T. IX-A, Nº 2585) y -tal circunstancia- no se configura solo por ser tenedor material sino -también- por el hecho de poseer un poder fáctico de vigilancia, gobierno y control, así como un ejercicio autónomo de ese poder (conf. C.Civ.Com. Fed, Sala 2, "Martínez, Miguel Angel c/Estado Nacional - Ministerio del Interior policía Federal y otro s/ daños y perjuicios", 14.04.1999, Expte. N° 4207/94).

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, ha señalado que se admite una doble línea de legitimados pasivos en relación al concepto de guardián de la cosa: aquellas que tienen la dirección de hecho y los que reciben el beneficio económico (citado por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut, Sala Casación, Sentencia del 23 de septiembre de 1999). Es notorio, entonces, que no es el locatario y demás ocupantes del inmueble locado, quienes poseen todas estas calidades para revestir la entidad de guardián. Y aún, cuando resulte cuestionable el tratamiento de la guarda, ello no impide responsabilizar contractualmente al locador, a tenor de lo normado por los arts. 1514, sgtes. y ccs. del Código Civil).

La responsabilidad objetiva aceptada modernamente adquiere aún más fuerza en el caso del locador, desde que este asume un costo riesgo-beneficio proveniente de la renta del inmueble, por lo que no estando acreditado que fuera el locatario el responsable, no corresponde eximir de responsabilidad al locador; máxime, aun, en el caso donde también a él le correspondía la inspección del inmueble a los fines de asegurar, incluso previo a la contratación, el uso y goce del bien en buen estado.

En definitiva, la responsabilidad de la locadora proviene tanto de lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil, como en lo precedentemente apuntado, encontrando -también- fundamento en la responsabilidad típica contractual. Ello no significa imponerle condiciones extraordinarias al propietario del bien, ya que la revisión -no solo es un derecho sino también un deber-; la que -por otro lado- no consta que fue impedida, ni que hiciera uso de ella la arrendadora.

Asimismo, se ha de señalar que, la obligación de conservar la cosa en buen estado, impuesta por los arts. 1514, 1515, 1516 1517 y cctes. del C.C, comprende no solo las partes privativas, sino que -de igual modo- se extiende y engloba a las comunes, a fin de asegurar el uso y goce del bien. Ello no obsta a la existencia de una cláusula en el contrato de locación, por la cual la locataria se encuentre obligada a comunicar a la locadora cualquier desperfecto, vicio, defecto en

la construcción o elemento de lo arrendado en el plazo de 24 horas de producido, a efectos de facilitarle la inmediata solución de los mismos (v. cláusula octava, fs. 34), ya que ello no es suficiente para eximir de responsabilidad al locador frente a los daños derivados de la cosa, en función de la interpretación de dicha cláusula ,de conformidad con el principio de la buena fe. De allí, entonces, que no cabe concluir que haya implicado una suerte de reconocimiento del perfecto estado del inmueble y de sus accesorios que prima sobre la existencia de vicios que no son de fácil ubicación.

Existe una ineficacia de las cláusulas de exención de responsabilidad del locador, si los daños se generan en vicios o defectos de la cosa locada -tal como se da en el caso- ante la existencia de una defectuosa y antirreglamentaria instalación del artefacto, atendiendo al deber de seguridad que concierne a la persona humana, ya que tratándose de cuestión de orden público, no es susceptible de pacto de exclusión de responsabilidad, sin que obste a esa responsabilidad, el tiempo que llevaba vigente , la locación.

Es así -por ende- que, tanto por la responsabilidad objetiva mencionada, cuanto por el deber de seguridad que engendra el principio de buena fe consagrado por el art. 1.198 del C.C., más lo dispuesto por los artículos mencionados del Código Civil y -específicamente- su parigual 1.525 que se extiende a los vicios o defectos de la cosa dada en locación -aunque no se hubieran conocido-, el propietario locador de la unidad resulta responsable del hecho de autos; si bien en la medida que, analizada la que pudiera corresponder a los otros codemandados, más abajo se determinará.

Es un hecho que la locadora arrendó el bien con un vicio oculto como ser la conexión antirreglamentaria de salida de gases del calefón, la inexistencia de la ventilación a cuatro vientos y la ausencia de las rejillas excluidoras de aire que -según la declaración del señor A., empleado de "Metrogas" debía haber una por cada artefacto de gas-, sin siquiera acreditar la oportuna revisación del artefacto antes de alquilarlo, sino más bien todo lo contrario. Por ello, los agravios se han de admitir, respondiendo la señora G. por el total de las sumas que más abajo se cuantifican.

V. b) La responsabilidad que atribuyen los actores al consorcio.

La responsabilidad entre coaccionantes y el Consorcio de Propietarios, es extracontractual, enmarcándose, conforme a los hechos narrados por ambas partes, en la llamada responsabilidad objetiva que ya ha sido descripta.

Los sistemas de ventilación de calefones deben considerarse como elementos de propiedad común, en forma similar a las cañerías montantes y cloacales, aunque su trayectoria podrá estar en partes propias; más aún en este caso, pues en el Reglamento de Copropiedad, se establece que son sectores o cosas de propiedad común, entre otros, "...los patios, calderas, chimeneas y/o conductos de ventilación, aire y luz..." (v. fs. 609/655, esp. fs. 625).

Así, si el edificio hubiera tenido las condiciones que indicaron los peritos, como las rejillas de ventilación y la terminación a cuatro vientos -aun cuando la unidad no hubiera tenido ventanas o puertas abiertas- no hubiera sido tal la concentración de monóxido de carbono, pues se trata de elementos que habrían aminorado los efectos de la contaminación.

Por cierto, también han quedado demostradas las condiciones antirreglamentarias de artefactos instalados con el peligro existente, ya que -con posterioridad al hecho de marras- fue interrumpido el servicio de gas a fin de que se efectuara el reacomodamiento de las instalaciones de 25 unidades funcionales del edificio en cuestión, clausurando artefactos (cocinas, estufas y calefones, según el caso), así como -también- la instalación de las rejillas de ventilación (confr. fs. 566/594).

No tengo dudas que la correcta evacuación de gases al exterior y el cumplimiento de las normas reglamentarias para la ventilación adecuada, hace al debido mantenimiento y seguridad de quienes ocupan el edificio. Es sabido que los conductos de ventilación -cuando poseen un sistema de coronamiento a los cuatro vientos, en su punto más elevado- producen un efecto de succión que favorece el ascenso y evacuación de gases y olores. Por ello -en definitiva- el Consorcio ha incumplido con las normas que podrían haber evitado hechos tan desdichados como el ocurrido.

Entonces, la deficiente evacuación de gases de la combustión y falta de rejillas reglamentarias de ventilación, actuaron -también- como causa, al consumir el oxígeno del departamento, con la presencia de monóxido de carbono (Sup. Corte Just. Mendoza, Sala 1ª, 28.08.2007, "Sura, Agustín y otro v. Zambudio, José A. y otro", JA 2008-I-727).

Entiendo así, que cabe -de igual modo- responsabilizar al ente consorcial en el caso de autos, atendiendo -como quedó dicho- a las deficiencias expuestas, que actuaron como factores que contribuyeron al fatal desenlace que terminó con la vida de la señora C..

V. c) La responsabilidad de "Metrogas S.A.".

En lo que respecta a la codemandada "Metrogas S.A." su responsabilidad es propia de su actividad y cometido; es decir, de la obligación de supervisión que resulta inherente a su labor, que le exige ejercer una razonable vigilancia de las condiciones en que el servicio se proporciona para evitar consecuencias dañosas (conf. CNCiv. y Com. Fed., sala III, octubre 11-1995, "Pandullo, Jorge Antonio y otro c/ Gas del Estado Sociedad del Estado s/ respons. por daños")

En la especie, quedo demostrado que la codemandada "Metrogas S.A.", no realizó un prudente control de la forma en que el servicio era prestado, pues el calefón se encontraba instalado en el departamento desde hace muchos años - conforme lo establecieron las pericias en forma coincidente- sin la supervisión periódica que las circunstancias aconsejan, conforme al deber de seguridad que surge de los arts. 5 y 6 de la Ley 24.240.

Asimismo, el art. 25 de dicho ordenamiento, reformado por la Ley n° 26.361, especifica -claramente- la información que las empresas prestadoras de servicios públicos deben suministrar a los usuarios, remarcando lo atinente a las condiciones de la prestación; en tanto el art. 28 -puntualmente- consagra la obligación de informar respecto a las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos.

Cierto es que tuvo que ocurrir un infausto hecho fatal, para que la codemandada "Metrogas S.A." realizara -el día posterior (26.06.2009)- la inspección y clausura del servicio de gas en varias de las unidades funcionales del Consorcio, aquí, codemandado (confr. fs. 566/594).

En virtud de lo expuesto, no resulta atendible la postura asumida por "Metrogas S.A.", quien pretende desentenderse en absoluto de lo ocurrido en el departamento de la calle Darregueyra nº 2.433, piso 1º "B" de CABA, cuando no adoptó -oportuna e inexcusablemente- medidas de prevención que la prudencia y previsión imponen en casos en los que suponen riesgos para la salud y/o integridad física de los usuarios. Nótese que, a juzgar por la propia información que suministró la empresa, en el año 2001 estaba en conocimiento de que -en muchas de las unidades funcionales- no existían rejillas compensadoras de aire. En esa oportunidad, se interrumpió el suministro del departamento del piso 1º "B" debido a encontrarse ausente el cliente el día de la inspección y -evidentemente- el servicio se restituyó, sin que la omisión de la o las rejillas correspondientes se encontraran instaladas; prueba de ello es que, en el año 2009, esa irregularidad aún persistía (v. 566/594).

A ello se suma el provecho económico que la firma prestataria "Metrogas S.A." obtiene con la comercialización del suministro; por lo que, en consecuencia, le incumbe la responsabilidad por el hecho de autos por no haber ejercido un debido control y vigilancia para que el mismo se preste en forma de no dañar a terceros. Por ello, los agravios articulados por los actores al respecto, deben ser admitidos.

VI. Planteos de las aseguradoras "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A.", "Mapfre Argentina Seguros" y "Zurich Aseguradora Argentina S.A. "(antes "HSBC La Buenos Aires Seguros S.A." y QBE Seguros La Buenos Aires S.A.).

La aseguradora "Zurich Aseguradora Argentina S.A.", refiere que, conforme lo establece el art. 46 de la Ley 17.418, era deber del tomador del seguro (en el caso el Consorcio del Edificio Darregueyra nº 2433) "... comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los tres días de conocerlo..." y -como ello no habría ocurrido- correspondía aplicar la pauta del art. 47 de la citada norma que reza, "El asegurado pierde el derecho a ser indemnizado en el supuesto de incumplimiento de la carga prevista en el párrafo 1º, del art. 46...".

Si bien para acreditar que la denuncia del siniestro no se encontraba registrada en los libros de la compañía, la interesada ofreció pericial contable, lo cierto es que la misma no se produjo. Por tal motivo, no encontrándose debidamente probado el extremo invocado, se infiere que -estando en conocimiento del hecho acaecido- la compañía no se expidió en el tiempo estipulado en el art. 56 de la ley respecto del derecho de su asegurado, importando ello aceptación.

Por otra parte, sostuvo que en el contrato de seguro suscripto con el consorcio el compromiso era dar cobertura, entre otras, a la responsabilidad civil, con excepción de que los riesgos deriven del vicio de la cosa, argumentando que quedaban exceptuados de responder, pues, los daños que aquí se reclaman, serían consecuencia de un vicio propio de la cosa.

Tal como fuera señalado, la citada en garantía no rechazó el siniestro dentro del término de 30 días previstos por el art. 56 de la ley n° 17.418, importando ello aceptación.

La sola omisión de la aseguradora de pronunciarse de acuerdo con la norma mencionada, resulta -por sí sola- relevante como productora de efectos jurídicos, pues la norma impone una obligación legal de explicarse en los términos del art. 919 del Código Civil (conf. Sala C, "Londrina S.A c/ Ruta Coop. Arg de Seguros Lda. 13/6/89). No distingue entre cláusulas de caducidad y de exclusión; señala, simplemente, que el asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado, cuál es una verdadera carga en su pro-

pio interés; pues -sino lo hace- su incumplimiento, su silencio, le trae aparejado consecuencias perjudiciales. En el caso, la aceptación del siniestro.

Por otra parte, corresponde señalar que el contrato de seguro tiene por objeto la cobertura de un riesgo asegurable; lo que al tiempo del perfeccionamiento del contrato las partes (asegurado y asegurador) consideran es la hipótesis de realización de este (siniestro). Es en virtud del aludido riesgo, que estas acuerdan que -mediante el pago de una prima o cotización a cargo del afianzado- el asegurador elimine las consecuencias derivadas de la eventualidad en la realización del siniestro, comprometiéndose, en ese caso, a resarcirle el daño o a cumplir la prestación acordada. (conf. Stiglitz, Rubén "Derecho de Seguros", T I, Editorial La Ley, p 238). No puede desconocerse el fin social fundamental del seguro, como lo es el permitir a terceros damnificados obtener el merecido resarcimiento de los perjuicios sufridos en concordancia con una tendencia -cada vez- más firme en el moderno derecho de daños, consistente en proteger a la víctima procurando que el daño injustamente causado sea debidamente reparado (conf. esta Sala, "Speso c/ Autopista del Sol SA" del 13.12.2006, entre otros).

En este sentido, debe interpretarse lo convenido por las partes respecto del objeto asegurado en los términos del art. 1.198 del Código Civil, en cuanto dispone que "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender...". Asimismo, debemos recordar que los contratos -como regla general- no pueden perjudicar a terceros. Tampoco pueden oponérseles ni ser invocados por ellos (art. 1195 y art. 1199 del Código Civil). Ergo, el contrato rige la relación jurídica entre los contratantes, excluyendo a los terceros: "res inter alios acta". En tal línea argumental, dado que la cobertura por responsabilidad civil se perfecciona entre asegurado y aseguradora y siendo el damnificado un tercero ajeno a esta relación, la pretendida exclusión de cobertura resulta inoponible al tercero damnificado.

Todo ello sin perjuicio, claro está, de las acciones que -eventualmente-, pudieran corresponder entre los litisconsortes contratantes.

Respecto de las franquicias a cargo del asegurado "Metrogas S.A.", que invocan "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A."; "Mapfre Argentina Seguros"; como así -también- el límite de cobertura opuesto por la firma "Zurich Aseguradora Argentina S.A.", cabe señalar que ello -de igual modo y alcance- resulta inoponible a la víctima (tercero damnificado).

Tal criterio se impone en orden a la función social del seguro de responsabilidad civil, como instituto adecuado a la idea solidarista que se fundamenta en el resguardo a la víctima y la reparación del daño injustamente padecido.

Lo contrario, importaría la desnaturalización de la función del contrato de seguro, considerado como una relación de consumo contemplada por el art. 42 de la CN y normas concordantes, ley n° 24.240 y sus modificatorias. No solo por no contemplar los derechos del asegurado -en procura de su indemnidad- sino primordialmente, por verse afectados los intereses de los damnificados; desvaneciéndose la garantía de una efectiva percepción de la indemnización por daños (Conf. CNCiv., en pleno, del 13.12.2006, "Obarrio, M. Pía v. Micrómnibus Norte S.A...").

Más allá que lo convenido entre los contratantes de las pólizas, es para el damnificado -como ya se dijo-," res inter alios acta" y -por lo tanto- no puede perjudicarlo, el seguro de responsabilidad civil no tiene como propósito solo defender al asegurado evitándole una grave pérdida económica, sino resguardar a la víctima el resarcimiento rápido e integral.

A mayor abundamiento se reitera que lo expuesto lo es. sin perjuicio del derecho de reintegro o repetición por parte de la aseguradora frente al asegurado.

Por las consideraciones vertidas, es dable concluir que la condena se hace extensiva a las empresas aseguradoras "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A."; "Mapfre Argentina Seguros" y "Zurich Aseguradora Argentina S.A." (antes "HSBC La Buenos Aires Seguros S.A." y "QBE Seguros La Buenos Aires S.A."), desestimándose las defensas interpuestas.

VII. Se analizará, seguidamente, la procedencia y/o cuantía pecuniaria respecto de los rubros indemnizatorios reclamados.

He de advertir, a los fines de la estimación de los montos resarcitorios, que en la demanda las sumas peticionadas fueron supeditadas a "...lo que en más o en menos surja de las probanzas en autos..." (conf. fs. 61 y vta.).

A.- Valor vida.

La supresión de una vida, más allá del desgarramiento en el mundo afectivo que puede producir, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental y, lo que se mide en signos económicos, no es la vida misma, sino la incidencia que sobre otros patrimonios produce la brusca interrupción de una actividad creadora y productora de bienes, porque ese detrimento es el que configura el daño resarcible, a la

luz de lo dispuesto en los art. 1068, 1069, 1077, 1083 y ccs. del Código Civil.

En este sentido, el objeto de este reclamo, no es por lo tanto la vida en sí misma, ya que ella es irrecuperable; la pretensión no se ejercita "iure hereditatis", sino propio por parte de los damnificados y es -sobre estos y sus necesidades- en quienes el derecho de daños se fija a fin de resarcirlos, conformando un bien patrimonial constituido por los perjuicios y efectos que se proyectan en el futuro económico de los reclamantes, a causa de la irrevocable y definitiva pérdida sufrida.

En relación a la legitimación de los convivientes para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen, ha sido reconocida por plenario del fuero in re "Fernández, M. Cristina y otro c/ El Puente SAT y otros s/ daños y perjuicios", de fecha 4 de abril de 1995.

En el caso, el señor L. A. C., demostró su relación convivencial con la señora M. J. C., desde el año 2002 hasta el 25 de junio de 2009 (v. fs. 37) y que tuvieron un hijo -L. J. C. (conf. partida de nacimiento, fs. 38)-en representación del cual, también, reclama.

De tal manera, el accionante se encuentra legitimado como damnificado indirecto, con base legal para su reclamo en los términos del art. 1079 del Código Civil.

Se trata aquí de la lesión a un simple interés, donde la certidumbre del daño debe juzgarse en función de circunstancias fácticas y no de una valoración jurídicamente protegida que depende estrictamente de pautas normativas ("Mena, Clementina c/ Varese, Gabriel M. y/o propietario y otro s/ Daños y Perjuicios" - CC0002 - SM 49909 RSD-336-1 S - 25-9-2001, elDial - W15739).

Así, el fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja, acarrea normalmente repercusiones económicas disvaliosas al sobreviniente, en razón de la privación de la asistencia que el occiso brindaba por vía de aportes dinerarios o bien, a través de algún otro género de esfuerzo mancomunado para el desenvolvimiento de la existencia (Zavala de González "Resarcimiento de daños", 2b. Daños a la persona, p. 397).

A fin de determinar su cuantificación, cuadra considerar: las circunstancias particulares de quien falleció, edad, probabilidad de vida útil, su educación, profesión u oficio, caudal de ingresos a la época del deceso –si los hubiere-, su probabilidad de progreso, aptitudes para el trabajo, nivel de vida y condición social; como la ayuda que los reclamantes recibían de la occisa. La apreciación de todos estos factores, queda sujeta al prudente arbitrio judicial (esta Sala Exptes. N° 80.109/95; 93.833/05, entre otros; CNCiv. Sala C, 18/6/79-LL-C-545; CNCiv. Sala E, 7/12/87, LL, 1988, LL, 1988-C- 107; CNCiv., Sala F, 16/5/85, LL, 1985-E-237; CNCiv. Sala G, 8/7/83, ED: 10 6-125).

En dicha inteligencia, debe ponderarse que la señora C. -a la data del trágico siniestro- tenía 30 años, estaba cursando la carrera terciaria de Profesorado de Nivel Inicial en el Instituto San Ambrosio, donde ingresó como alumna regular en el año 2008 hasta su fallecimiento (v. fs. 737/738).

Conforme la declaración testimonial de D. C. (del 22 de mayo de 2015, registrada en CD y reservada en soporte magnético), quien dijo ser amiga de la señora A. M. V. -si bien no amiga íntima- expuso que la fallecida trabajaba en una empresa de telefonía y lo sabía porque ella le había comentado su actividad y -además- estudiaba. Que la veía con bastante asiduidad, pues, el hijo de la señora C., L., iba al jardín al lado del colegio donde concurrían los hijos de la testigo y ello lo retiraba casi todos los días, ya que su madre estudiaba en ese horario. Agregó que, por dichos de la occisa, era ella el sostén económico de la familia. Adujo conocer al señor C., sin poder precisar su actividad laboral.

También declaró el señor G. H. (el 22 de mayo de 2015, registrada en CD y resguardada en soporte magnético), manifestó que trabaja desde hace 35 años, aproximadamente, en la feria de libros que está en Darregueyra y avenida Santa Fe; muy cerca de donde vivían la señora A. M. V. y la señora M. J. C. y tenía trato con ellas en calidad de vecinos y con el resto de la familia (su concubino, su hijo menor de edad, hermana, etc.), aunque no había relación de amistad. Dijo que la señora C. trabajaba en venta de telefonía celular, cree que era en un local de la empresa "Movistar" y lo sabe porque ella pasaba siempre por su lugar de trabajo. Que conoce que estudiaba para maestra jardinera en el Instituto San Ambrosio, que estaba muy próximo al domicilio de la señora C.. En relación al señor C., que trabajó en una época en el Hospital Francés, en la parte de vigilancia y lo sabe por comentarios del nombrado. Refirió que, en la pareja, ambos aportaban al sostenimiento económico y lo sabe porque los dos trabajaban.

El día 1 de octubre de 2015, prestó declaración el testigo S. O. (registrada en CD, reservada en soporte magnético). Dijo conocer al señor C. desde la infancia, época en la que eran amigos. Que, con el correr de los años, siguieron teniendo contacto; no se considera amigo íntimo del nombrado. Manifestó que trabajaron juntos en el período 2000 a 2004, en el Circulo Militar, bajo relación de dependencia, hacien-

do tareas de gastronomía (mozo, ayudante de cocina), que allí concurrían los fines de semana y algunos días en la semana, cuando eran convocados, en un horario de 9 a 18 horas –aproximadamente-, también participaban en eventos gastronómicos nocturnos para ese mismo lugar, en forma esporádica. Relató que, en un momento, el señor C. hacia tareas de mantenimiento de aires acondicionado, hacia el año 2009 y lo sabe por dichos del señor C. y por otro conocido en común. En ese momento (al 1.10.2015) C. trabajaba de cocinero en una escuela de Berazategui, por la mañana y hasta la tarde y lo sabe por dichos del señor C..

La empresa "Metrogas S.A." impugnó las declaraciones testimoniales de los señores C., H. y O., invocando la amistad que refirieron con relación a los co-actores. Al respecto cuadra precisar que, en la valoración de la prueba testifical, se le ha reconocido al magistrado una amplia facultad, gozando de la posibilidad de admitir la que, a su justo criterio, aparezca como objetivamente verídica y/o rechazar las que así no considera (CNCiv. Sala H, dic. 20/2002, Lexis 1/5516135; CNCiv. Sala M, octubre 31/1990, Lexis, 2/13100; CNCiv. Sala D, feb.22-2007, Lexis 1/70037544-1).

En la apreciación de los testimonios, lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia, requisitos que, de no concurrir total o parcialmente, autorizan a alegar sobre la idoneidad del declarante.

Asimismo, la circunstancia que un testigo esté comprendido en las generales de la ley, no debe conducir a desechar de plano y *a priori* la eficacia de su testimonio como si careciera de todo poder de convicción. Solo produce sospechas de parcialidad que hace que los dichos deban ser apreciados con mayor rigor crítico, al aplicarse las reglas de la sana crítica (CNciv. Sala C, Cattaneo Carlos c/ MONSA s/ sumario, sentencia del 17 de setiembre de 1992, Saij-sum 9617, entre otros).

No debe confundirse la impugnación de la idoneidad dirigida contra la persona del testigo, con la llamada "tacha del dicho" (conf. Morello "CPCC de la Pcia. de Buenos Aires. Anotado y comentado" Tomo 5, pág. 520). La impugnación de la idoneidad es la única que puede ser objeto de alegación y prueba, pero la impugnación a los dichos del mismo, se relativiza si la parte que la formula estuvo presente en la audiencia en la que declararon los testigos, de modo de tener la posibilidad de formular todas las repreguntas que se estimen convenientes a fin de evidenciar en qué medida el testigo pudo ser mendaz.

En este sentido, los testigos pueden ser impugnados en su idoneidad por cualquier causa referida a sus condiciones personales, morales o intelectuales que puedan tener influencia para desmejorar o hasta excluir la procedencia de sus dichos y, tal cuestionamiento, puede ser efectuado aún por quien propuso su testimonio.

Mas, no cabe confundirse la impugnación de idoneidad dirigida contra la persona del testigo, con la que apunta a evidenciar la inatendibilidad de las declaraciones.

Por otro lado, el solo hecho de la amistad con alguna de las partes no es -*per se*- un elemento de invalidación. No corresponde desechar los dichos de los declarantes en virtud de la íntima relación que vincula a estos con alguna de las partes, debido a que ese tipo de relación cercana no es causal por sí sola para arribar a tal conclusión, pues de ordinario, por ese mismo carácter, son los que en mejores condiciones pueden describir la situación en que se encuentran los peticionarios. Empero, la cercanía de la relación impone contemporáneamente -como dijera-, un mayor rigor en el examen de las respuestas, a la vez que un especial cotejo entre sus conclusiones y las que surjan de las demás pruebas sobre el particular incorporadas a la causa (CSJN, 9/8/88, LL 1989-B-361).

Cabe puntualizar que, a pesar de haber manifestado los declarantes, conocer a la fallecida, a su madre, hijo y al conviviente, ninguno refirió amistad íntima con ellos e -incluso- refirieron circunstancias que fueron, también, corroboradas por prueba informativa; como es el caso de la respuesta que brindó el "Instituto San Ambrosio", donde estudiaba la señora C. (confr. fs. 738). Por lo expuesto, no encuentro mérito para apartarme de los dichos de los declarantes. En función de lo expuesto, tomando en cuenta tanto las condiciones particulares de la fallecida "ut supra" señaladas, como las del reclamante (de 27 años de edad al momento del deceso de su pareja, las circunstancias personales emanadas del BLSG (expte. N° 75.816/2013) y demás condiciones probadas en la causa, es que considero razonable conceder a L. A. C., por el concepto en examen, la cantidad de pesos un millón ($ 1.000.000) -conf. art. 165 del CPCCN-.

Respecto del hijo reclamante -en tanto menor de edad al día de la fecha- el daño que sufre como consecuencia de la muerte de su madre se presume.

Cabe recordar asimismo que el art. 1084 del Cód. Civil, prevé como indemnización en caso de homicidio "lo que fuere necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto", mientras que el art. 108 -a su vez- establece que dicha indemnización "solo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviniente y por los herederos necesarios del muerto, sino fueren culpados

del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo".

El deber de asistencia, emergente de la responsabilidad parental, no se ciñe estrictamente a lo alimentario, sino que se extiende a las necesidades morales, culturales, de educación y de esparcimiento. En definitiva, a todo lo que la víctima representaba como sostén y efectiva ayuda para sus hijos. Cabe, pues, admitir la partida por valor vida reclamada por L. J. C. (de 5 años de edad a la fecha de la muerte de su progenitora). Propongo al Acuerdo, teniendo en consideración las condiciones personales de la señora C. expuestas, el importe de pesos dos millones ($ 2.000.000) -conf. art. 165 del Código Procesal-.

B.- Daño moral.

Existe daño moral indemnizable cuando hay una lesión o agravio a un interés jurídico no patrimonial; es decir un menoscabo a bienes extrapatrimoniales. El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, padecimiento sino aquello que sea consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido tenía un interés reconocido jurídicamente (conf. Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", pág. 234/235; Brebbia, "Daño moral", pág. 47; art. 1078 del Código Civil).

Pocos daños resultan más evidentes que los originados por la pérdida de un ser querido, que se padecen en la parte afectiva y se concretan en el dolor, la tristeza, la soledad, la angustia y el temor por las consecuencias de lo irreparable.

Esta Sala ha reconocido, en reiteradas oportunidades, el daño moral sufrido por personas que no se encuentran incluidas en el art. 1078 del CC, como la o el conviviente, los progenitores de la víctima, hermanos y otros damnificados indirectos, basándose en el derecho a una reparación integral de quien ha sufrido un daño (conf. arts. 1068, 1079 y conc. del Código Civil).

En efecto, el término de "herederos forzosos" del art. 1078 del Código Civil, refiere a todos aquellos que son legitimarios potencialmente con independencia que de hecho queden o no desplazados por la existencia de herederos de mejor grado (cfrs. LLambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil"- Obligaciones- T. IV-A, p. 107. 2365 Reparación de agravio moral. Ed. A. Perrot 1976; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" Augusto Belluscio (dir), Eduardo Zannoni (coord.), t. 5, art. 1078, p. 116/117; "Legitimación Activa para reclamar daño moral en caso de muerte de la víctima", E.D. 140-91, p. 892 y ss.; Trigo Represas-Compagnucci de Caso, Responsabilidad Civil por accidentes de automotores, 2 b., p. 573, ed. Hamurabi, 1987 Bs.As.; Pizarro, Ramón Daniel "Daño Moral -Prevención- Reparación- Punición-" p. 226 y ss. Ed. Hamurabi, febrero de 1996; Zannoni, Eduardo A. en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", t. 5., art. 1078, p. 117. Ed. Astrea 1984 Bs.As; Jorge H. Alterini, Alberto J. Bueres y Gustavo A. Bossert, en fallo "Ruiz, Nicanor y otro v. Russo, Pascual P.", 28/2/94, C.Nac. Civ., en pleno, Acuerdo Plenario, por mayoría, pub. J.A., 1994-II-679).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló -*in re*- "Badin, R. y otros v. Provincia de Buenos Aires' , 7/8/1997 que: `si bien es cierto que el art. 1078 del C.C., admite el reclamo de daño moral sufrido como consecuencia del fallecimiento de una persona solo respecto de los `herederos forzosos', corresponde asignar a tal mención una interpretación amplia, de modo que alcance a todos aquellos que son legitimarios con vocación eventual, aunque -de hecho- pudieran quedar desplazados de la sucesión por la concurrencia de otros herederos de mejor grado, comprensión que, por otra parte, se compadece con el carácter iure propio de esta pretensión resarcitoria y, además, satisface la necesidad de evitar soluciones disvaliosas (conf. F. 279.XXII, "Gómez Orue de Gaete, Frida A. y otra v. Provincia de Buenos Aires y otros s/daños y perjuicios" y B. 201.XXIII, "Bustamante, Elda y otra v. Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", pronunciamientos del 9/12/1993 y del 10/12/1996, respectivamente)".

El resarcimiento admitido por el Código debe ser, de acuerdo con elementales principios de justicia y equidad, el más completo posible, ya que el derecho no es una serie de compartimentos estancos, sino un todo integrado al servicio del hombre y del orden social consiguiente.

El juez, al aplicar la norma, más que a los términos estrictos empleados en ella, debe atenerse a desentrañar su espíritu, procurando tener en cuenta la finalidad que tuvo el legislador al sancionarla en su afán de brindar eficaz protección a los derechos subjetivos; ello es así, porque de lo contrario en forma inadmisible emplearía un método exegético puro que reduce el derecho al texto legal y lo "condena a la impotencia por divorciarlo de la vida" (conf. Llambías Jorge Joaquín "Tratado de Derecho Civil", Parte General, n° 108 - pág. 104).

La función primordial del magistrado es tutelar la justicia; para ello debe aplicar el derecho positivo al caso singular con equidad, amparando bienes humanos fundamentales cuyo menoscabo implicaría desatender "los principios generales del derecho" (art. 16

Cód. Civil, última parte) que constituyen un firme basamento de todo orden jurídico.

Bajo este marco conceptual, es que los padres de quien fallece, revisten la calidad de herederos forzosos potenciales, por tanto, la señora A. M. V., se encuentra habilitada en el presente proceso, a los efectos de poder instar la acción civil resarcitoria por daño moral por el fallecimiento de su hija.

En cuanto al coactor L. A. C., aunque el concubinario no puede verse beneficiado con las presunciones legales estatuidas para el cónyuge y los descendientes, su legitimación para reclamar el daño moral producido por la muerte de su compañera, tiene fundamento en los arts. 1068 y 1079 del Código Civil, interpretados en forma amplia como damnificado indirecto, pues no existe norma -como el art. 1078 del citado Código- que restrinja su legitimación, siendo materia sometida a interpretación judicial lo atinente a su procedencia y, en caso afirmativo, su medida (conf. esta Sala, autos "Mansilla, Félix Isaac Uriel y otro c/ Unamuno, Mariana Jeannette y otro s/ daños y perjuicios", del 17/05/13).

La solución del art. 1078 -ya citado en este caso particular, donde quien reclama es el concubino-, es disvaliosa pues -con un fundamento apodíctico- priva de la indemnización a quien -en un nexo causal con el obrar ilícito imputado a los demandados- da muestras de la existencia de un menoscabo espiritual. Esta limitación atenta contra la noción de familia, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, puesto que comprende también a la que -originada en una unión de hecho-; esto es, sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad. La finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados, atendible "prima facie" para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quien, al igual que el cónyuge supérstite, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afectación de los valores paz, seguridad, tranquilidad y justicia.

El derecho a la reparación plena e integral, no debe traer consigo la exigencia de ningún vínculo parental específico para admitir su procedencia, sino que este será un elemento convictivo más para el juez, a fin de determinar que ostente los requisitos propios de todo daño resarcible.

En estricta relación con lo expuesto en el primer párrafo de la presente, cabe agregar que el art. 1068 del Código Civil constituye un fundamento normativo esencial aplicable al caso que nos ocupa, por cuanto establece el resarcimiento de todo daño, con lo que está en línea con la doctrina imperante en el Derecho de Daños moderno, que es la que corresponde indemnizar todo daño injustamente padecido.

Entonces, una interpretación sistemática del Código Civil, integrando el mencionado art. 1078 con los arts. 1068 y 1079, permiten reconocer el resarcimiento cuando se ha acreditado el daño reparable, claro que será condición en la especie, que el concubino pruebe la convivencia o la relación con la víctima, extremos estos que han sido efectivamente demostrados (v fs. 37 y vta).

Por tal motivo, considerando los argumentos brindados, propongo desestimar los agravios respecto al rubro en estudio.

Teniendo en consideración sus condiciones personales, las objetivas del evento dañoso y lo calamitoso e injusto del repentino fallecimiento de la señora. C., es que propongo al Acuerdo incrementar las sumas fijadas por este concepto a favor del señor L. A. C., a la suma de pesos cuatrocientos mil ($ 400.000) y a favor de la señora A. M. V. (madre de la fallecida), a la suma de pesos quinientos mil ($ 500.000) -art. 165 del CPCC-.

En lo que atañe al menor de edad, teniendo en cuenta el daño irreparable que para ellos significara -a su corta edad- la muerte de su progenitora, careciendo de su presencia material y espiritual cotidiana; sus condiciones personales y demás particularidades que muestra la causa, es que propongo al Acuerdo incrementar este rubro a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000) -art. 165 del Código Procesal-.

C.- Daño psíquico.

La incapacidad es la inhabilidad o impedimento o bien la dificultad apreciable en algún grado, para el ejercicio de funciones vitales (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", T° 2a, p. 281). Comprende, en consecuencia, la merma genérica en la capacidad futura del damnificado, que se proyecta en todas las esferas de su personalidad y constituye por lo tanto un quebranto patrimonial indirecto.

Así como toda disminución de la integridad física humana debe ser materia de resarcimiento, hay que admitir que cualquier merma de las aptitudes psíquicas de un individuo constituye también un daño resarcible.

En este aspecto, se configura la lesión psíquica mediante la alteración de la personalidad, es decir, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descom-

pensación que perturbe su integración en el mundo social.

Para que proceda el reclamo resulta de fundamental importancia, la existencia de un daño cierto resarcible que indique que el hecho generador ha provocado secuelas de carácter discapacitante, con clara relación causal.

A los efectos de su determinación debe tenerse en cuenta no solo de qué manera incide su gravitación en las aptitudes para el trabajo futuro o en la frustración de obtener beneficios económicos, pues esa incidencia no es única ni exclusiva a los fines resarcitorios, sino también, de qué manera gravita en todos los demás aspectos de la personalidad (conf. esta Sala exptes. 101.557/97; 31.005/01; CNCiv., Sala F, 21/11/02, JA 2003-IV-síntesis; CCiv. y Com. Morón, Sala 1a, 1/10/02, JA 2003- IIsíntesis; Id., Sala 2a. 20/2/03, JA 2003-IV-262; CNCiv., Sala H, 23/5/02, JA 2003-I- síntesis, entre muchos otros).

Por otra parte, acreditada la relación de causalidad de las deficiencias psíquicas que padecen los damnificados con el hecho investigado, los gastos que ocasione el tratamiento que aconseja el perito para que disminuyan dichas secuelas, deben ser reparados por los demandados, aunque merece destacarse que, en lo que refiere al monto por tratamiento psicológico, únicamente existió agravio por parte de la señora Defensora Pública de Menores de Cámara, por la suma reconocida al niño.

Ello no obsta a que tenga lugar el resarcimiento por la incapacidad padecida, ni que exista por dicha causa duplicación de reparaciones (conf. exptes. N° 56.220/00, 18.147/ 03 y 112.805/ 01 de esta Sala, entre otros), puesto que una cosa es resarcir la minoración permanente de aptitudes y otra cubrir con una terapia adecuada la posibilidad de que empeore el estado del peticionante.

El informe pericial obrante a fs.859/945, da cuenta del cuadro psíquico que padecen los coaccionantes L. A. y L. J. C. como consecuencia del hecho de autos.

En relación a L. A. C., expone -en las conclusiones- que el hecho de autos es compatible con el concepto psicológico de trauma; es decir, que es un suceso externo, sorpresivo y violento en la vida de una persona caracterizado por su intensidad, la imposibilidad del sujeto para responder de modo adaptativo y los efectos patógenos duraderos que provoca en la organización psíquica. Se evidencia un estado de perturbación emocional, encuadrable en la figura de daño psíquico, por acarrear modificaciones disvaliosas en diversas áreas de despliegue vital: emocional, familiar, laboral y personal. Agregó que el vínculo causal entre el cuadro psicopatológico que presenta el examinado y el hecho de autos es causal directo, ya que la personalidad de base o el estado psíquico que poseía el actor no debe ser tomado como causa preexistente y así, suponer un nexo concausal con el accidente. Presenta alteraciones de la estabilidad emocional y psicológica derivados del hecho de autos. Conforme al Baremo para Daño Neurológico y Psíquico de los Dres. Castex y Silva, el señor L. A. C. presenta un Desarrollo Reactivo de grado Moderado y le corresponde un porcentaje de incapacidad psíquica del 15 % atendiendo a la merma del Valor Psíquico Integral o Valor Psíquico Global (859/945, esp. 937/939).

Con respecto de L. J. C., sostuvo la experta que la pérdida de la madre en las etapas constitutivas del psiquismo es dañosa; a esa edad, el psiquismo del niño está en constitución y cuando se murió la madre era el momento en que tenía más necesidad de ella. Al padre le costó hacerse cargo plenamente de la crianza de su hijo, por lo cual se apoyó en la familia materna del mismo. Por otra parte, el niño L. perdió no solamente a su madre sino, al ser criado por la línea materna, también perdió la estructura de línea genealógica de su padre, ya que para constituirnos psíquicamente necesitamos el interjuego de las dos líneas genealógicas. El padre delegó su función paterna en la crianza de su hijo, en la familia materna del niño. Teniendo en cuenta el momento evolutivo en que el menor de edad peritado pierde a su madre de forma traumática, esta marca quedará enraizada en su psiquismo, ya que no es lo mismo la muerte de una madre siendo un adulto que siendo un niño que está en constitución psíquica de su personalidad. Concluye que L. J. C., presenta indicadores de daño psíquico, que tiene nexo causal directo con la muerte de su madre y que el mismo no se puede cuantificar porque no existen baremos para medir el daño psíquico en niños, pero que ellos no existan, no significa que el daño psíquico no se haya producido (confr. fs. 859/945, esp. 899/900).

En lo relativo al tratamiento psicológico del menor de edad, refirió la experta que, si bien suele ser difícil establecer la duración del mismo, ya que depende de la reacción de cada sujeto, se puede estimar que el mismo deberá tener una duración aproximada de por lo menos un año. La frecuencia de sesiones quedará bajo criterio del profesional actuante, aunque se estima como conveniente una sesión semanal. El costo promedio de una sesión de psicoterapia individual en el ámbito privado se estima actualmente en el orden de los 400 pesos. Debido a la magnitud del hecho sufrido y teniendo en cuenta que el niño está en plena constitución psíquica de su personalidad, se sugiere posteriormente un seguimiento psicológico profesional del mismo hasta aproximadamente sus 18 o 20

años de edad para evaluar su evolución en relación a la muerte traumática de la madre (fs. 901).

Los exámenes psíquicos realizados a los damnificados, y los estudios llevados a cabo, conforman el sustento científico del informe pericial. Tales referencias han permitido a la perito, cuya solvencia resulta de su condición de técnica en la materia, establecer la relación causal de las lesiones sufridas con las secuelas padecidas. Si bien las coaccionadas "Metrogas S.A." (fs. 955/959) y "QBE La Buenos Aires Seguros S.A." -actualmente "Zurich"- (fs. 963/964), impugnaron el dictamen pericial, las recuestas esgrimidas, no contienen elementos científicos de entidad suficiente que permitan enervar las conclusiones de la experta, quien determinó -con meridiana claridad- la medida en que el acontecimiento de autos incidió en la psiquis de los peritados (v. fs. 971/977 y fs. 995/997) y logran rebatir los cuestionamientos, logrando convicción judicial el informe pericial aportado en la causa porque encuentra sustento en fundamentos técnicos de la especialidad de la profesional interviniente (art. 386 y art. 477 del Código Procesal).

Las mermas o minusvalías aludidas, se consideran de carácter crónico y permanente; en relación a los padecimientos psíquicos; la circunstancia que hayan transcurrido seis años entre la fecha de los hechos y el examen pericial, lleva a presumir que si la incapacidad fuere transitoria o temporal, ya habría desaparecido; por lo que considero que su carácter de crónica y permanente se impone; toda vez que la mejoría que -conjeturalmente- pudiera resultar del tratamiento aconsejado, resulta, a todas luces, incierta.

En mérito a lo expuesto, siendo aceptadas las conclusiones periciales realizadas, teniendo en cuenta las condiciones subjetivas de los damnificados reseñadas; secuelas e incapacidad psíquica que presentan el concubino y el hijo de la C., es que en atención a lo dispuesto por el art. 165 del CPCCN, propongo al Acuerdo incrementar los importes reconocidos por el rubro daño psíquico, a la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000) para el señor L. A. C. y a la de pesos un millón ($ 1.000.000) a favor de L. J. C. y, en relación a este último, incrementar a la suma de pesos treinta mil ($ 30.000), el tratamiento psicológico -conf. art. 165 del CPCCN-.

VIII. Costas.

Habida cuenta la forma en que prospera el reclamo de los coaccionantes, no encuentro mérito para apartarme del principio objetivo que establece el art. 68, primer párrafo del Código Procesal e imponer, las de ambas instancias, a los coaccionados vencidos. Esta circunstancia, me releva de tratar los agravios que sobre esta cuestión opuso la aseguradora "QBE Seguros La Buenos Aires S.A." (actualmente, "Zurich Aseguradora Argentina S.A.").

Por las razones expuestas, expido mi voto de la siguiente manera: I) Modificar la sentencia apelada, admitiéndose la demanda contra los coaccionados M. S. G.; "Metrogas S.A." y- sus aseguradoras "Mapfre Argentina Seguros S.A." y "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A."-; Consorcio de Propietarios edificio Darregueyra nº 2.433 de C.A.B.A. -y su aseguradora "Zurich Aseguradora Argentina S.A."-; II) Incrementar los montos otorgados en concepto de "valor vida"; "daño moral" y "daño psicológico", a las sumas de $ 1.000.000; $ 400.000 y $ 700.000 para L. A. C. y a las sumas de $ 2.000.000; $ 700.000 y $ 1.000.000 para el menor de edad L. J. C.; respecto de quien se incrementa a $ 30.000 el rubro "tratamiento psicológico" y, por "daño moral" a la suma de $ 500.000 para favor la coactora A. M. V.; III) Dejar sin efecto los porcentajes de responsabilidad dispuestos por el a-quo, debiendo los codemandados hacer íntegro pago de los montos que surgen de la presente, a los coactores L. A. y L. J. C. y A. M. V., en las cantidades que para cada uno de ellos determina esta sentencia; IV) Confirmándola en todo lo demás que decide y fuera materia de agravios y, V) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de las vencidas (art. 68 del CPCCN). VI) Dejase -expresa y formal- constancia que los importes que -en definitiva- les sean asignados al menor de edad L. J. C. deberán ser depositados en cuenta bancaria que habrá de instrumentarse por ante el Banco Nación Argentina -Suc. Tribunales- y como correspondiente a estos actuados.

El doctor *Ameal* y la doctora *Bermejo*, por las consideraciones y razones aducidas por el doctor *Onofre Álvarez*, votan en igual sentido a la cuestión propuesta.

Buenos Aires, 22 de junio del año 2021.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, por unanimidad de votos el Tribunal decide: I) Modificar la sentencia apelada, admitiéndose la demanda contra los coaccionados M. S. G.; "Metrogas S.A." -y sus aseguradoras "Mapfre Argentina Seguros S.A." y "La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A."-; Consorcio de Propietarios Edificio Darregueyra nº 2.433 de C.A.B.A. -y su aseguradora "Zurich Aseguradora Argentina S.A."-; II) Incrementar los montos otorgados en concepto de "valor vida"; "daño moral" y "daño psicológico", a las sumas de $ 1.000.000; $ 400.000 y $ 700.000 para L. A. C. y a las sumas de $ 2.000.000; $ 700.000 y $ 1.000.000 para el menor de edad L. J. C.; respecto de quien se incrementa a $ 30.000 el rubro "tratamiento psicológico" y, por "daño moral" a la suma de $ 500.000 para favor la coactora A. M. V.; III) Dejar sin efecto los porcentajes de responsabilidad

dispuestos por el *a quo*, debiendo los codemandados hacer íntegro pago de los montos que surgen de la presente, a los coactores L. A. y L. J. C. y A. M. V., en las cantidades que para cada uno de ellos determina esta sentencia; IV) Confirmándola en todo lo demás que decide y fuera materia de agravios, V) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de las vencidas (art. 68 del CPCCN) y, VI). Dejase -expresa y formal- constancia que los importes que -en definitivales sean asignados al menor de edad L. J. C., deberán ser depositados en cuenta bancaria que habrá de instrumentarse por ante el Banco Nación Argentina -Suc. Tribunales- y como correspondiente a estos actuados.

Difiérase la regulación de honorarios para una vez aprobada en autos la liquidación definitiva (art. 279 CPCCN).

Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN.

La difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art.64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido.

Notifíquese por secretaría y cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas de la C.S.J.N. 15/2013 y 24/2013. Oportunamente, devuélvase a la instancia de grado. — *Oscar J. Ameal. — Osvaldo O. Álvarez. — Silvia P. Bermejo.*

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. PEATÓN EMBESTIDO

Cruce de calzada por lugar no habilitado. Deber de circular con atención y previsión. Responsabilidad concurrente.

1. — El peatón distraído e incluso imprudente configura un riesgo común inherente al tránsito y el conductor del automotor, en su carácter de guardián de cosa peligrosa, debe prever esta contingencia como de probable acaecimiento, extremando su atención a la evolución de la circulación y conservando el pleno dominio de su rodado para ponerlo a cubierto de maniobras y actitudes inadecuadas de terceros.

2. — El actor incidió causalmente en la producción del evento dañoso, aunque de forma parcial, toda vez que atravesó la calzada por un lugar no habilitado al efecto.

3. — El obrar imprudente de la actora como la ausencia de adecuada atención en la circulación por las características del lugar donde aconteció el infortunio, hacen pasible de reproche al demandado pues la presencia del peatón no puede ser considerado como un caso fortuito que excluya totalmente la participación del riesgo por el cual responde.

4. — Para que el hecho del peatón quiebre el nexo de causalidad en los accidentes de tránsito, es necesaria una culpa grave —art. 64, ley 24.449—. En estos casos, el ordenamiento eleva el nivel de protección y exige, a los efectos de lograr el efecto interruptivo, que la conducta sea de una especial gravedad.

5. — Es cierto que la edad de las víctimas 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.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Peatón embestido.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 51 años.

Estado civil: Casado.

Actividad: Profesor de educación física.

Observaciones: Responsabilidad en partes iguales.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $250.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $500.000

Daños varios: Gastos de traslado: $2.000

CNCiv., sala J, 18/06/2021. - De Rosa, Emilio Claudio c. Bonzón, Jorge y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81597/2021]

COSTAS

Se imponen a las emplazadas.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 013384/2015/CA001

Buenos Aires, 18 de junio de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor *Caia* dijo:

La sentencia recurrida admitió parcialmente la demanda entablada y condena al demandado a pagar al actor la suma de $492.800 más intereses y costas. Hace, además, extensiva la condena respecto de "Provincia Seguros S.A." en los términos del artículo 118 de la ley 17.418.

Contra dicho pronunciamiento se alza el actor y la citada en garantía.

Con fecha 2 de junio del corriente, se dictó el llamamiento de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

I.- Los antecedentes

Presentaré, resumidas, las posiciones sostenidas por los sujetos procesales intervinientes en la causa y las aristas dirimentes del conflicto suscitado que estimo útiles para su elucidación (CSJN, Fallos 228:279 y 243:563).

Refiere el accionante, que el día 27 de marzo de 2013 siendo aproximadamente las 15.30 horas, se dispuso a cruzar caminando la avenida Ricardo Balbín a la altura numérica del 4100, por la esquina de la calle Constancio Vigil del partido de San Miguel, Pcia. de Buenos Aires, con la señal lumínica del semáforo a su favor. Que, al encontrarse trasponiendo la mitad de la avenida resultó atropellado por el vehículo Fiat Palio patente FRH718, conducido en la emergencia por el Sr. Jorge Bonzon quien circulaba a excesiva velocidad por la citada avenida, en sentido San Miguel - Moreno.

Sostiene, que el demandado no tenía el cruce habilitado porque el semáforo se encontraba en rojo para los autos que circulaban por Balbín. Que, el automotor no frenó y lo embistió con la parte frontal del vehículo.

Detalla las menguas padecidas.

Que, a fs. 37/46 comparece la empresa aseguradora "Provincia Seguros S.A.". Reconoce, que a la fecha del siniestro el demandado tenía vigente la póliza N° 6091652 que aseguraba los riesgos del vehículo Fiat Palio dominio FRH718.

Admite el hecho pero difiere en cuanto a su mecánica. Señala, que el Sr. Bonzon circulaba en su automotor por la avenida Balbín del partido de San Miguel, con la luz verde a su favor y que, próximo a llegar a la intersección con la calle Defensa, un peatón que descendió de un colectivo, cruzó la avenida de forma negligente interponiéndose en la línea de marcha de los vehículos que por allí transitaban. Que, intentó frenar a fin de evitar el impacto con la humanidad del actor, mas la maniobra resultó infructuosa.

Alega la culpa de la propia víctima.

El demandado contesta la demanda adhiriéndose al responde de la empresa aseguradora.

II.- La decisión recurrida

La sentencia recurrida admitió parcialmente la demanda entablada y condena al demandado a pagar al actor la suma de $492.800 más intereses y costas. Hace, además, extensiva la condena respecto de "Provincia Seguros S.A." en los términos del artículo 118 de la ley 17.418.

Consideró, que fue necesario el concurso de la conducta negligente de ambos intervinientes en el hecho para que se produjera el accidente en estudio, concluyendo en que la responsabilidad era compartida.

Valoró la conducta de quienes protagonizaron el accidente y la incidencia que tuvieron en la producción de este último, y estimó justo distribuir su responsabilidad en un 70% para la demandada (por ser quien conducía el automóvil con los riesgos que ello conlleva) y un 30% para el actor (por ser el peatón, aunque imprudente).

III.- Los recursos

Se agravia la parte actora con fecha 5 de mayo de 2021 por la responsabilidad atribuida y por las partidas concedidas por incapacidad sobreviniente y por daño moral, las que considera exiguas. El traslado ha sido contestado por la citada en garantía con fecha 20/05/21.

A su turno, la citada en garantía se alza también contra la responsabilidad atribuida y por los ítems resarcitorios concedidos por incapacidad sobreviniente, daño extrapatrimonial, gastos de traslado y por la

tasa de interés dispuesta. Los agravios fueron presentados el 10/05/21 y el respectivo traslado fue evacuado por la parte accionante con fecha 12/05/21.

IV.- La solución

a) Encuadre legal

El Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, contempla de manera expresa lo tocante a la "temporalidad" de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su artículo 7 sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Los hechos ilícitos y los actos jurídicos unilaterales o bilaterales, considerados como "causa fuente" (arts.726 y 727 del Código Civil y Comercial) productora de derecho u obligaciones en las relaciones jurídicas que unen a los sujetos activo y pasivo (acreedor y deudor), se hallan regidos por la ley vigente al momento de producirse el hecho lícito o ilícito, o en el momento de celebrarse el acto jurídico (el contrato), no pudiendo ser alterados o interpretados por leyes posteriores (conf. TARABORRELLI, José N., Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código, Rev. La Ley del 3/9/15).

Por ello, corresponde ponderar que en el caso sub examine se trata de una relación o situación jurídica que ha quedado constituida con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley resultando, luego, aquella la aplicable.

b) Partiendo de tal plataforma, y por razones de orden metodológico corresponde dar tratamiento en primer término a los agravios relativos a la responsabilidad atribuida en el hecho sometido a juzgamiento.

En tal sentido, adelanto que seguiré a los recurrentes en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (conf.CSJN Fallos:258:304, entre otros) pues recuerdo que como todas las pruebas no tienen el mismo peso, me apoyaré en las que resulten apropiadas para resolver el caso (conf.CSJN, Fallos:274:113) las que produzcan mayor convicción en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa.

Bajo este contexto, es menester señalar que en la especie rige la norma contenida en el artículo 1113, párrafo 2do. "in fine" del Código Civil, que regula lo atinente a la responsabilidad civil por el riesgo de las cosas, aplicable a los accidentes en que, tal como ocurre en autos, es víctima un peatón, razón por la cual el damnificado solo tenía que acreditar el perjuicio sufrido y la intervención de la cosa que lo produjo o, lo que es lo mismo, la relación de causalidad puramente material entre el vehículo del cual se trata y el daño. Esto es así en la medida en que sobre el creador del riesgo gravita una presunción de adecuación causal, que solo puede ser desvirtuada si se acredita la intervención de una causa ajena; vale decir, el hecho de la víctima, de un tercero por quien no tenga el deber jurídico de responder o, en fin, el caso fortuito o la fuerza mayor (Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 141; Zavala de González, Matilde, Responsabilidad por riesgo, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 43; Kemelmajer de Carlucci, Aída, comentario al 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", LL 1993-B-306).

Es decir, por tratarse de un daño ocasionado por el riesgo de la cosa, al damnificado le bastaba con probar el daño sufrido y el contacto con la cosa de la cual el mismo provino, pues con la reunión de esos extremos se presume la responsabilidad de su dueño o guardián, quien, para eximirse o disminuir tal atribución, debe acreditar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder, mediante la demostración cabal de los hechos que alegue con tal finalidad (conf. art. 1113 segunda parte "in fine" del Código Civil, Llambías, J.J. "Obligaciones", T. IV-A, pág. 598, nº 2626, "Estudio de la reforma del código Civil", pág. 265 y "Código Civil Anotado", T. II-B, pág. 462; Borda, G.A. "Obligaciones", T. II, pág. 254 nº 1342; Trigo Represas en Cazeaux y Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones" T. III, pág. 443; Orgaz A., "La culpa" pág. 176 y "El daño con y por las cosas" en la La Ley 135- 1995; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", T. 5, pág. 461, nº 15; Bustamante Alsina, J. "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 265, nº 860).

En cuanto a la eximente invocada en el caso, si bien la ley se refiere a la "culpa" de la víctima, lo verdaderamente relevante es que medie un hecho del damnificado –culpable o no– con aptitud suficiente para desplazar total o parcialmente la relación de causalidad adecuada entre el hecho de la cosa riesgosa y los daños cuya reparación se pretende (CNCiv. Sala A, 18/6/2013, "B. C., Martina y otros c/ M., Gustavo y otros s/ daños y perjuicios", L. n.° 606.722; ídem, 17/12/2012, "S., Benedicta c/ P., Marcelo Gabriel y otros s/ daños y perjuicios", L. n.° 601.965).

Además, para que el hecho de la víctima desplace totalmente la autoría del agente y se constituya en la causa exclusiva del perjuicio, es preciso que reúna los caracteres del caso fortuito en los términos del art. 514 del Código Civil (es decir, debe ser imprevisible o inevitable, además de exterior al riesgo propio de la cosa o la actividad). Esto es así por cuanto únicamente el caso fortuito rompe totalmente el nexo causal adecuado entre el hecho del sindicado como responsable y el daño (Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, La Ley, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 882; Cifuentes, Santos (dir.) – Sagarna, Fernando A. (coord.), Código Civil comentado y anotado, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 518; CSJN, Fallos, 321:3519, CNCiv. Sala A, "Tellechea, Roberto Alfredo c/ Dota S.A. de Transporte Automotor s/ daños y perjuicios" y "Cabrera, Amaral Ana Inés c/ Dota S.A. de Transporte Automotor y otro s/ daños y perjuicios" Expte. n.° 53686/2014 y Expte. n.º 57894/2014, del 18/05/21, entre muchos otros).

En efecto, sería más adecuado hablar de "hecho de la víctima", porque lo importante en este supuesto es la concurrencia de causas y no de culpas. Se trata de ponderar autorías materiales que repercuten sobre el nexo causal, prescindiendo del hecho culpable o no de la víctima, ya que ese hecho puede ser causa adecuada, exclusiva o concurrente, del daño (Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos G., Obligaciones t. 3, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 113y ss., ap. 2.2; López Herrera, Edgardo, Teoría general de la responsabilidad civil, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 226 y ss.; CNCiv. Sala A, "Tellechea, Roberto Alfredo c/ Dota S.A. de Transporte Automotor s/ daños y perjuicios" y "Cabrera, Amaral Ana Inés c/ Dota S.A. de Transporte Automotor y otro s/ daños y perjuicios" Expte. n.° 53686/2014 y Expte. n.º 57894/2014, del 18/05/21).

Por otra parte, tal como lo precisara la Sala A del fuero en los precedentes "C., Federico c/ H., Ricardo y otros s/ daños y perjuicios" del 29/2/2012 y en "R., Miguel Ángel c/ E., Mauricio y otros s/ daños y perjuicios" de 21/11/2012, la prueba del hecho de la víctima, en tanto causa de exoneración del responsable, debe ser aportada por este en forma certera e indubitada, sin que sea suficiente con la simple duda acerca del modo en que sucedieron los hechos (Trigo Represas - López Mesa, op. cit., t. II, p. 882 y sus citas; Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, t. 3, p. 186/187).

Es dable remarcar que, para que el hecho del peatón quiebre el nexo de causalidad en los accidentes de tránsito, es necesaria una culpa grave (art. 64, ley 24.449). En estos casos, el ordenamiento eleva el nivel de protección y exige, a los efectos de lograr el efecto interruptivo, que la conducta sea de una especial gravedad (Picasso– Sáenz, Tratado de Derecho de Daños, Ed. Thomson Reuters, La Ley, T° I, págs. 359/360).

Dicho todo esto, y a partir del "croquis ilustrativo según el relato del denunciante" obrante a fs.5 de la causa penal (agregada en autos a fs.79/123), se desprende que el actor atravesó la calzada por un lugar no habilitado al efecto. Es que, conforme lo establecido por la ley nacional de tránsito (a la que adhiere la Provincia de Buenos Aires mediante ley 13.927), en zona urbana los peatones deben transitar "…2. En las intersecciones, por la senda peatonal…". De acuerdo, entonces a la narración del propio accionante no puedo más que coincidir con el colega de la anterior instancia en que en ese lugar no hay senda peatonal; aspectos del decisorio en crisis que no solo no han sido rebatidos sino tampoco cuestionados. Así las cosas, sea que el peatón hubiese comenzado el cruce desde la acera ubicada en sentido del tránsito vehicular San Miguel-Moreno (tal como surgiría de lo detallado en el croquis); ora lo hubiese iniciado del sentido contrario (tal como se interpretó en la sentencia), lo cierto es que no puede aceptarse –como argumenta el accionante- una prolongación imaginaria y longitudinal de la acera, ya que atravesando la avenida Balbín se advierte la existencia de un boulevard sin signos de habilitarse el paso peatonal. Tanto es así, que como bien describe el mismo demandante es la intersección de la calle Defensa y la avenida Balbín donde se encuentra ubicado un semáforo y por donde debió – como bien indica el distinguido magistrado de grado- efectuarse el cruce.

Así las cosas, coincido en que la conducta del actor ha incidido causalmente en la producción del evento dañoso, aunque de forma parcial.

Recuérdese, que el peatón distraído e incluso imprudente configura un riesgo común inherente al tránsito y que el conductor del automotor, en su carácter de guardián de cosa peligrosa, debe prever esta contingencia como de probable acaecimiento, extremando su atención a la evolución de la circulación y conservando el pleno dominio de su rodado para ponerlo a cubierto de maniobras y actitudes inadecuadas de terceros (conf. La Ley, tomo 138, página 373; tomo 149, página 568; C.N.Civ., Sala "B", mayo 2- 1975, J.A. 28-1975-151; ídem, íd., junio 11-1975, J.A. 29-1975-61; ídem, Sala "C", febrero 28-1974, J.A.21-1974-29; conf. C.N.E.Civ. y Com., Sala "III", mayo 12-1988, "in re" "González de Fernández, Cecilia c/ Arias, Roberto F.", esta sala J en autos "Crechet Andrea Carina c/ Transporte La Fe de Lujan S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios" del 26-12-19; Expte. N° 18806/2015 "Moya Ramona Milagros c/ Transporte Larrazabal C.I.S.A. y otro s/ Daños y Perjuicios" del 30/05/2020, entre otros).

Así lo ha entendido la propia aseguradora quien en su contestación admitió la posibilidad de que existiera "...alguna responsabilidad por parte del demandado..." (v.38vta.). No puede, en ese sentido, desatenderse la denuncia de siniestro adjuntada a fs. 35 de la cual se desprende que "...el peatón apareció en forma sorpresiva por delante de un colectivo...", circunstancia que ameritaba de parte del conductor que transitaba por una avenida mayor atención sobre las contingencias del tránsito si se repara en la zona donde ocurrió el evento y la presencia de un vehículo de transporte público que le obstruía la visión de la acera. Y ello, dado que tampoco acreditó que se hallara habilitado por la señal lumínica tal como lo esgrimió el sentenciante de grado, lo que tampoco ha sido objeto de agravio.

Sobre el particular, la Ley Nacional de Tránsito en su artículo 39 impone a los conductores "circular con cuidado y prevención, conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo o animal, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito".

La norma en cuestión pone en cabeza de los conductores un desempeño en la conducción que no solo implica seguir las reglas y las señales de circulación, sino también el deber de circular a la defensiva, es decir, previendo el posible proceder antirreglamentario de los demás usuarios de la vía pública.

Así las cosas, se ha sostenido también que la observancia de los reglamentos que regulan el tránsito le corresponde tanto al conductor como al peatón, y es por ello que si bien debe conservarse el dominio sobre el vehículo, tal extremo no puede ser exigido al punto de responsabilizar al primero por las manifiestas imprudencias cometidas por los viandantes (conf. CNCiv. Sala E, 30- 0591; íd., Sala C, ED, 14888 y LA LEY, 119636; íd., Sala F, ED, 36108; Belluscio, Código Civil Comentado, T. 5, pág. 490, nota 323, Sala G en autos "Nollman, Pedro c/ Soldi s/daños y perjuicios" expte. n° 81.202/2011 del 14082017).

En este orden de ideas, que constituye un criterio jurisprudencial reiteradamente expuesto, que el hecho de que el peatón intente el cruce de una calzada por la mitad de cuadra o fuera de la senda peatonal configura una actitud imprudente que, valorada en conjunto con las restantes circunstancias del caso, puede conducir a que se tenga parcialmente por cortado el nexo causal como para establecer una responsabilidad concurrente (C.N.Civ., sala I, L. 81.258, del 8/3/91; íd., sala H, L. 91.981, del 28/10/91; íd., sala B, L. 107.300, del 26/8/92; íd., sala E, L. 128.697, del 21/6/93; íd., sala K, L. 133.877, del 17/12/93; íd. sala M, L. 160.628, del 24/5/95; íd., sala L, L. 48.463, del 2/6/95; íd., sala G, L. 185.520, del 14/2/96; íd., sala F, L. 179.028, del 9/9/96; íd. sala A, L. 351.407, del 8/11/02).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha resuelto que el cruce de la calzada realizado por un peatón fuera de la senda de seguridad y cuando no estaba habilitado el paso, no tiene entidad para interrumpir totalmente el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el perjuicio (art. 1113, Cód. Civil), pues a tales fines debe aparecer como la única causa del daño y presentar las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor (CSJN in re "S., M. c. Provincia de Buenos Aires y otros", 15/12/1998, íd. "Fallos" 310:2103; 316:912; causa G.563, XXV, "Giménez, Pablo Martín y otros c/ Schuarts, Eduardo", del 29 de octubre de 1996).

Sentado ello, comparto con el Sr. Juez de la instancia de grado que en el caso ha sido probado la ruptura parcial del nexo causal por el hecho de la víctima. En el puntual caso que nos ocupa, el obrar imprudente de la actora como la ausencia de adecuada atención en la circulación por las características del lugar donde aconteció el infortunio y demás circunstancias apuntadas, hacen pasible de reproche al demandado pues la presencia del peatón no puede ser considerado como un caso fortuito que excluya totalmente la participación del riesgo por el cual responde. En consecuencia, considero que tanto la conducta del demandado como la de la actora fueron factores eficientes en la producción del hecho dañoso. Y, en el caso que se nos presenta, considero que no concurren motivos para discriminar el grado de influencia causal de una u otra culpa, por lo que propondré al Acuerdo la modificación de este aspecto del decisorio de modo que la responsabilidad se distribuya de manera concurrente en partes iguales.

Resuelto lo anterior, se procederá a analizar las quejas de las partes apelantes relativas a los distintos rubros resarcitorios.

V.- Parciales indemnizatorios

a) Incapacidad sobreviniente –física y psíquica-.

El magistrado *a quo* concedió por este ítem la suma de $500.000 que, de acuerdo a los porcentajes de distribución de responsabilidad efectuados en la sentencia de grado, correspondía la suma de $350.000 a favor del actor.

La indemnización por este rubro 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 de los damnificados, 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.

En cambio, 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" Tº IV-A, pág. 129, núm. 2373; Trigo Represas en Cazeaux-Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", Tº III, pág. 122; Borda, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil- Obligaciones", Tº I, pág. 150, núm. 149; Mosset Iturraspe, Jorge "Responsabilidad por daños", Tº II-B, pág. 191, núm. 232; Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio-Zannoni "Código Civil Comentado, Anotado y Concordado", Tº V, pág. 219, núm. 13; Alterini-Ameal-LópezCabana "Curso de Obligaciones", Tº I, pág. 292, núm. 652).

Es cierto que la edad de las víctimas 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 4/3/97, voto del Dr. Posse Saguier).

Para graduar la cuantía por este rubro, deben apreciarse un cúmulo de circunstancias, entre las cuales, si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presuntamente percibir durante el lapso de vida útil, también es preciso meritar la disminución de las posibilidades, edad de las víctimas, cultura, estado físico, profesión, sexo; es decir que el aspecto laboral es solo un ingrediente a computar, pues el daño también se trasunta en la totalidad de la vida en relación a aquella (conf. CNCiv. Sala "E", L- 49.829, del 5/8/98, voto del Dr. Mirás).

En cuanto al daño psicológico o psíquico, habré de decir que, a mi entender, no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza.

En la unidad indisoluble de la persona, formada por cuerpo y alma, su integridad y normalidad psíquica constituye una dimensión reconocible y valiosa. Consecuentemente, debe ser objeto de protección, generando consecuencias resarcitorias el hecho que la menoscaba (conf. ZAVALA DE GONZALEZ, Disminuciones psicofísicas, to.1, Astrea, pág.109).

Es que el porcentaje incapacitante padecido por las víctimas repercute unitariamente en sus personas, lo cual aconseja que se fije una partida indemnizatoria que abarque ambos aspectos "físico y psíquico", porque, en rigor, si bien conforma dos índoles diversas de lesiones, las mismas se traducen en el mismo daño, que consiste en la merma patrimonial que sufren las víctimas por la disminución de sus aptitudes y para el desempeño de cualquier trabajo o actividad productora de beneficios materiales (conf. CNCiv. Sala A, "Morini Elsa Erlinda c. Viviani Jorge Luis y otros s/ daños y perjuicios", del 18/8/11, entre otros citados).

El daño psíquico es una clase de lesión a la persona que constituye fuente de daños resarcibles. Supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente. Existe la posibilidad de que la víctima experimente un daño exclusivamente psíquico, sin lesiones corporales. Es decir, aquel no debe ser restringido al proveniente de una agresión anatómica (conf. Zavala de González, ob. cit., págs.109/112).

Al resarcir este tipo de daño no se trata de comprender ni de identificarse empáticamente o moralmente el damnificado, sino de objetivar un diagnóstico clínico que tenga entidad psicopatológica. Asimismo, en un individuo sano, las perturbaciones podrán conmover o alterar momentáneamente el equilibrio por un lapso, mas lo normal es que pueda evitar el acarreamiento de connotaciones de índole patológica a través de sus propias defensas (conf. esta Sala, "Saavedra, Nelson c/Luján Pérez, Marcelo y otros s/ daños y perjuicios" (expte.44.859/10), del 13/12/12).

La reparación del daño físico y psíquico causado debe ser integral, es decir, debe comprender todos los aspectos de la vida de un individuo, dicho de otro modo, debe resarcir las disminuciones que se sufran a consecuencia del evento y que le impidan desarrollar normalmente todas las actividades que el sujeto realizaba, así como también compensar de algún modo las expectativas frustradas.

Así las cosas, veamos las pruebas:

De las constancias de fs. 129/136 (29/12/2016) se desprende la atención recibida por el actor el mismo día del hecho en el "Hospital Dr. Raúl F. Larcade" de San Miguel, Pcia. de Buenos Aires.

A fs. 106 (fs. 24 de la causa penal certificada a fs. 123) luce la constancia de la atención traumatológica recibida el mismo día del hecho en el nosocomio re-

ferido, de la que se desprende que el Sr. De Rosa presenta politraumatismo, Traumatismo en hombro I. y región lumbo sacra, luxo fractura Glenohumeral.

Respecto al hombro izquierdo, a fs. 6/9 obran las constancias de la intervención quirúrgica a la que debió ser sometido en el "Sanatorio Modelo" de Caseros el día 3 de abril de 2013, esto es 7 días después del accidente, constancias que si bien fueran desconocidas por la emplazada, se corroboran con la documentación de fs. 265/278 emanada de "IOMA" (1/2/2018).

Toma vital importancia la pericia médica llevada a cabo por el Dr. Napolitani a fs. 289/296 (21 de junio de 2018), de la cual emerge que además de la secuela por la fractura del hombro izquierdo, el peritado se ve afectado en su rodilla derecha.

A fs. 296 el perito detalla que el actor presenta una incapacidad psicofísica del 35% de carácter parcial y permanente.

Distribuye esa incapacidad de la siguiente manera: "...Omalgia izquierda con repercusiones en arco de movilidad (10%), Cervicalgia con repercusiones en arco de movilidad (5%), Secuela esguince rodilla derecha con repercusiones en arco de movilidad (10%), R.V.A.N. grado II predominio depresivo (10%). Existiendo nexo de causalidad verosímil desde punto de vista médico legal entre hechos invocados en escrito de inicio y estado actual de la accionante..." (sic).

La pericia resultó impugnada por la parte actora a fs. 300 (11/10/18), la que es contestada por el galeno a fs. 302 (26/10/18).

Su turno la parte demandada impugna el dictamen pericial a fs. 304/305 el 8/11/2018, lo que fuera respondido por el experto a fs. 309/310 el 19/06/19.

Ambas impugnaciones se realizaron sin el aval de un profesional en la materia.

Debe recordarse que aun cuando 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 objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. IV, pág. 720 y jurisprudencia allí citada; Morello-Sosa-Berizonce, "Código Procesal Civil y Comercial, comentado y anotado", pág. 455 y sus citas; Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado", pág. 416 y sus citas).

Ahora bien, cabe rememorar lo sostenido por el primer sentenciante en cuanto a lo dictaminado por el perito en el ámbito psicológico, ya que no era su función expedirse sobre esta faz.

Desde este punto, no es factible tener en cuenta el 10% de incapacidad atribuido por Reacción Vivencial Anormal Neurótica Grado II predominio depresivo, ya que al respecto se tendrá en miras el dictamen pericial psicológico llevado a cabo a fs. 193/216 por la profesional desinsaculada al efecto.

Dicho esto, corresponde analizar, en virtud del agravio esgrimido por la parte actora, lo atinente a la lesión de su rodilla derecha.

Como ya se expuso precedentemente, el perito médico determinó un 10% de incapacidad producto de "Secuela esguince rodilla derecha con repercusiones en arco de movilidad".

El magistrado *a quo* determinó que tal lesión no se hallaba relacionada causalmente con el evento que nos ocupa ya que "ello no encuentra respaldo en ningún pasaje de estos autos, dado que de ninguna constancia de estos autos surge que De Rosa se hubiera esguinzado la rodilla derecha por el accidente objeto de autos". (ver fs. 342vta.).

Sostiene la actora que en su escrito inicial ha indicado que como consecuencia del evento dañoso ha sufrido entre otras cosas, graves lesiones en la rodilla derecha (cfr. fs. 12vta.). Si bien asiste razón a la quejosa en este aspecto, lo cierto es que también ha indicado haber padecido la pérdida de seis dientes y dos hernias de disco a causa del hecho, mas esto no ha sido corroborado en la pericia médica llevada a cabo en autos ni por otro medio probatorio.

Llama la atención que el actor haya experimentado varios accidentes anteriores y posteriores al que aquí nos ocupa y que no haya hecho mención de esto en las periciales médicas y psicológica llevadas a cabo en las presentes actuaciones.

Nótese que de fs. 72 se desprende que en el año 2007 el actor padeció una fractura distal de cúbito derecho el 31/11/2007 que fue tratado con yeso, con fecha 10/05/2010 se lo asistió por una lumbalgia con irradiación abdominal.

Asimismo, a fs. 283 obra constancia de la SRT donde se informa sobre un accidente que protagonizó el actor el día 20 de abril de 2016 que revistió un accidente laboral, descripto como caídas de personas con desnivelación por caídas desde alturas (árboles, edificios, andamios, escaleras, máquinas de trabajo, vehículos). El diagnóstico fue fractura de vértebra lumbar, fractura de columna lumbar, traumatismos internos, región lumbosacra (columna vertebral y músculos adyacentes).

A fs. 277 obra la evidencia de un estudio de laboratorio pre quirúrgico de fecha 14/09/2016, mas de ello no hay constancias posteriores acerca de cirugía alguna.

Es dable señalar que todas estas vicisitudes padecidas por el actor fueron anteriores a la pericia médica llevada a cabo el 21 de junio de 2018 (fs. 289/296).

La aseveración de que todos estos antecedentes médicos no tienen vinculación con los daños físicos que aquí reclama, no le incumbía efectuarla al actor, sino que debieron ser denunciados estos episodios al momento de la pericia médica, la que por otro lado, lamentablemente, no tuvo en cuenta las H.C. del actor que se encontraban ya en esa ocasión –al momento de llevarse a cabo la pericia médica- glosadas a la causa.

Dicho esto, encuentro que no se halla debidamente probada la relación causal de la lesión de la rodilla derecha con los eventos dañosos que aquí se investigan.

Sentado ello, sobre este tópico corresponde rechazar los agravios vertidos por la parte actora; como así también los propuestos por la demandada en punto a las dolencias efectivamente conectadas con el siniestro generadoras de la minusvalía estimada por el galeno.

Para ello me valgo del análisis de la prueba pericial médica ya profundizada y de las constancias de la prueba pericial psicológica de fs. 193/216 de fecha 11 de julio de 2017.

De la misma surge que "....El señor Emilio De Rosa presenta una personalidad neurótica con características esquizo- fóbico-depresivas y expresiones de ansiedad y angustia.", continúa "Sus propias dificultades (la falta de movimiento y pérdida de fuerza en el brazo y pierna izquierda; dolor del hombro accidentado y en la espalda) le generan angustia y actualizan el recuerdo del accidente... El estado psicológico actual del señor Emilio De Rosa, como consecuencia del evento dañoso, se corresponde con una profunda tensión y temor. Este estado es de suficiente intensidad lo que constituye una herida importante y profunda infligida al narcisismo, que descompensa los sistemas de defensa elaborados, activando un estrés postraumático..." (cfr. fs. 215).

Concluye la experta, que el Sr. De Rosa posee una incapacidad psíquica del 30% por un Desarrollo psicopatológico postraumático. (ver fs. 216).

El informe pericial ha sido impugnado por la parte demandada y citada a fs. 247/249 (03/11/2017), lo que ha sido respondido por la Lic. Ferreira el 24 de noviembre de 2017 (fs. 259/260) donde ratifica su experticia.

De lo dicho cabe aclarar que, como ya se ha referido, no se encuentra demostrada la relación causal entre las lesiones en la rodilla ni las hernias de columna con el evento que aquí se ventila, por lo que deberá tenerse presente que las limitaciones descriptas por la perito a fs. 215, no se vinculan causalmente con el hecho de marras.

En cuanto al porcentaje de incapacidad, debe tenerse presente que los peritos la califican de manera genérica y abstracta, y los jueces el modo e intensidad con que aquella trasciende en la existencia productiva y total del damnificado. De ahí que para determinar la cuantía de la indemnización no debe estarse solo a los porcentuales de incapacidad determinados por el perito, sino que también deben valorarse otras circunstancias como la edad, empleo, estado civil, además de la concreta incidencia patrimonial que las secuelas pueden tener sobre la víctima. Ocurre que los porcentajes estimados pericialmente constituyen solo una pauta para cuantificar el resarcimiento y no obligan, en consecuencia, a efectuar cálculos matemáticos, pues lo que interesa es determinar la medida en que la disfunción puede repercutir en la situación concreta de la víctima (cfr. CNCivil, sala "H", in re "Di Feo de Lapponi, Ana C/ Libertador S.A.C.I. y otro S/ Daños y Perjuicios", L. 271.705, de febrero de 2000).

Por tanto, en cuanto al monto, teniendo en cuenta las condiciones personales del damnificado como ser su edad 51 años al momento del hecho, casado, profesor de educación física (cfr. fs. 286vta., pericia médica y psicológica), limitaciones de capacidad detectadas, accidentes previos y posteriores al presente, deviene prudente y razonado proponer al Acuerdo se eleve a pesos un millón ($1.000.000) la suma concedida para enjugar la partida por incapacidad sobreviniente física y psíquica (art. 165 CPCCN); prosperando el reclamo por la suma de pesos quinientos mil ($500.000) en razón del modo en que quedó establecida la responsabilidad en el evento.

b) Daño moral

Respecto del presente rubro, puede decirse que se define como la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precipuo en la vida del hombre, que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más grandes afectos, a lo que se puede agregar que, ya sea que se caracterice como la lesión sufrida en los derechos extramatrimoniales o como el que no menoscaba al patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley o el que se infiere a los sentimientos, a la integridad física o intelectual, o a las afecciones legítimas, es decir que se causa a los bienes ideales de las personas, es condición esencial para esa indemnización que él exista o se haya producido (conf. Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, pág. 287, núm. 85; Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, pág. 179, núm. 556/7; Orgaz, Alfredo, El daño resarcible, pág. 223, núm. 55).

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, págs. 103, 1143 y "El concepto de daño moral", JA del 6- 2-85; C. N. Civ., esta Sala, 23/6/2010, expte. 26720/2002 "Pages Mariano José c/ Laudanno Andrés Fabián y otros s/ daños y perjuicios"; Idem., id., 15/04/2010, expte. 114.354/2003 "Rendon, Juan Carlos c/ Mazzoconi, Laura Edith daños y perjuicios"; entre otros).

Por lo demás, es dable señalar, que la procedencia y determinación de este daño no está vinculada a la existencia o entidad de los perjuicios materiales, pues media interdependencia entre tales rubros, que tienen su propia configuración (conf. Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tº I, p. 13, ed. Abeledo Perrot; CSJN., 06/10/2009, "Arisnabarreta, Rubén J. c/ E. N. (Min. De Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento"; Ídem., 07/11/2006, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. 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 Hortensia Mercedes y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 329: 3403; Id., 06/03/2007, ORI, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 330: 563, entre muchos otros).

Si bien pertenece al sagrado mundo subjetivo de los damnificados, para su reparación económica debe traducirse en una suma dineraria y no resulta sencillo determinar su cuantía; para ello deben tenerse en consideración las circunstancias del hecho, la persona de la víctima y el daño sufrido en los valores mencionados.

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, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós) (Conf CNCiv, Sala A 17/7/2014 ". R. M. B. c/ Banco Supervielle S.A. s/ daños y perjuicios" del voto del Dr. Sebastián Picasso; Cita: MJ-JU-M-88578-AR | MJJ88578 | MJJ88578).

En virtud de las consideraciones vertidas, y ponderado la entidad de los acontecimientos, teniéndose en cuenta el sufrimiento y angustia verosímilmente padecido, propongo al Acuerdo se eleve a pesos quinientos mil ($500.000) la suma concedida para compensar el daño extrapatrimonial (art. 165 CPCCN); prosperando el reclamo por la suma de pesos doscientos cincuenta mil ($250.000) en razón del modo en que quedó establecida la responsabilidad en el evento.

c) Gastos de traslados

La sentencia reconoció la pretendida partida y la fijó en la suma de $4.000, suma de la cual la citada en garantía se agravia por considerarla elevada.

Ahora bien, este tribunal ha señalado reiteradamente que para que proceda la reparación de este tipo de daños no es necesaria la existencia de prueba

fehaciente, sino que en atención a la entidad de las lesiones se puede presumir su extensión, más ante la falta de prueba acabada, la estimación de debe hacerse con suma cautela.

Cabe señalar que los gastos de traslados, no exigen necesariamente, la prueba acabada de su existencia, si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento a que fueran sometidos los accionantes.

Con relación a los gastos de traslado, es presumible que el damnificado 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 (CNCiv. Sala A, 4/4/2013, "P., Jaime c/ B., Mario Daniel y otros s/ daños y perjuicios", L. n.° 605.352).

Sin perjuicio de ello, la presunción es susceptible de rebatirse por prueba en contrario, la que deberá producir quien alega la improcedencia del reclamo (si el recurrente es el demandado) o pretende una suma superior a la fijada por el sentenciante en uso de las facultades que le otorga el art.165 del Cód. Procesal, cuando se trata del accionante. (conf. C. N. Civ., esta Sala, 22/03/2010, expte 89.107/2006, "Ivanoff, Doris Verónica c/ Campos, Walter Alfredo" daños y perjuicios").

En virtud de las consideraciones expuestas es dable presumir que el accionante debió incurrir en tales erogaciones en función del tipo y entidad de las lesiones sufridas, por lo que considero que el rubro es procedente y que la suma fijada no resulta elevada, por lo que propicio la desestimación de los agravios y se confirma en tal sentido el pronunciamiento apelado, esto es, la suma de pesos cuatro mil ($4.000) para enjugar el presente ítem resarcitorio (art. 165 del Código Procesal); prosperando el reclamo por la suma de pesos dos mil ($2.000) en razón del modo en que quedó establecida la responsabilidad en el evento.

VI.- Tasa de interés

La sentencia recurrida establece que los intereses serán calculados desde la fecha del hecho, y hasta el momento del efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina.

Sobre este punto se agravia la parte citada en garantía.

Al respecto, cabe recordar que la indemnización resulta un equivalente del daño sufrido y el interés compensa la demora en su reparación al no haber el responsable cumplido inmediatamente con su obligación de resarcir.

Se trata entonces de una estimación "actual" que el juez de grado ha tenido en cuenta para sopesar la variación patrimonial de la prestación debida, considerando para ello que estamos ante una indemnización de daños que, lejos de resultar una obligación "dineraria" en la que se adeuda un quantum y resulta insensible a la variación del poder adquisitivo, importa una verdadera obligación "de valor" en la que se debe un quid y, por tanto, sí admite o reconoce las alteraciones sufridas por el poder adquisitivo (Casiello, Juan, Méndez Sierra, Eduardo, "Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual", LL 28/08/03, pág. 1).

Sabido es que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen, ya que el orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley.

Ahora bien conforme la jurisprudencia y doctrina mayoritaria imperante en el fuero la tasa que corresponde aplicar desde el inicio de la mora y hasta el efectivo pago del capital de condena, es la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero in re, "Samudio de Martínez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta SA, salvo que su aplicación, en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia, pueda implicar como un efecto no querido, un resultado contrario y objetivamente injusto, produciendo una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido (conf. CNCiv., esta Sala, expte. Nº 69.941/2005 "Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios", del 10/8/2010, entre otros muchos).

En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un "enriquecimiento indebido" único supuesto fáctico que justificaría apartarse del principio general (conf. C.N.Civ., esta Sala, 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 "Rendon, Juan Carlos c/ Mazzoconi, Laura Edith"; ídem 24/2/2017 Expte N° 51917/2009 "Suárez Adriana Soledad y otro s/ Flecha Manuel Edmundo y otros s/ Daños y Perjuicios").

En el caso, a mi juicio, no obran en la causa constancias que acrediten que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco

existen elementos que siquiera lo hagan presumir, si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general referida la misma debe ser probada en forma clara por el deudor en el ámbito del proceso (conf. art. 377 del CPCCN), circunstancia que no se verifica en los presentes, (cfr. CNCiv esta Sala, 13/6/2019, Expte N° 31.025/2.010, "Pachinotti, Mirtha Helena y otro c/ Carpio Guzmán, David y otros s/ Daños y Perjuicios" Ídem, 14/6/2019, Expte N° 35196/2017 "Scapula Leonardo Marcelo c/ De Marco Lucio y otros s/ Daños y Perjuicios" Ídem id, 14/06/ 2019 Expte N° 46914/2013 "Enrico Mario Marcelo y otros c/ Valko Andrea Emilia y otros" Ídem id, 12/7/ 2019 Expte N° 44145/2014 "Pérez Noelia Sabrina C/ Giménez Walter Adrián y otros s/ s/ daños y perjuicios" Ídem id 28/8/2019 Expte N° 16215/2016 "Palma José Luis y otro c/ Canteros Gustavo Javier y otro s/ Daños y Perjuicios") por lo que cabe desestimar los agravios.

En merito a lo expuesto, se propone al Acuerdo:

I.- Modificar la sentencia en el sentido que: a) la responsabilidad se distribuya entre actor y demandado de manera concurrente en partes iguales; b) elevar los montos de condena de los rubros "incapacidad sobreviniente" y "daño moral" por los que prospera la demanda a las sumas de $ 500.000 y $ 250.000, respectivamente; y readecuar a la suma de $2.000 los gastos de traslados, c) imponer las costas de Alzada a cargo de las emplazadas.

II.- Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios.

Así mi voto.

Las doctoras *Scolarici* y *Verón* adhieren al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales en los términos de la Acordadas 12/20, 31/20 CSJN, de lo que doy fe.

Buenos Aires, 18 junio de 2021.

Vistos:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal *Resuelve:*

I.- Modificar la sentencia en el sentido que: a) la responsabilidad se distribuya entre actor y demandado de manera concurrente y en partes iguales; b) elevar los montos de condena de los rubros "incapacidad sobreviniente" y "daño moral" por los que prospera la demanda a las sumas de $ 500.000 y $ 250.000, respectivamente; y readecuar a la suma de $2.000 los gastos de traslados, c) imponer las costas de Alzada a cargo de las emplazadas.

II.- Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y fue objeto de apelación y agravios.

III.- En materia de honorarios, ponderando la naturaleza del proceso, calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado, así como la incidencia de su labor profesional en el resultado del proceso, etapas cumplidas, ameritando las pericias presentadas y la injerencia de las mismas en el resultado del pleito, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1, 10, 15, 16, 19, 21, 22, 24, 29 inc. a), b) y c), 51, 52, 59, 60, 61 y ccdtes. de la ley 27.423 y art. 478 del Código Procesal y en orden a las pautas establecidas en la mentada norma, en virtud del art. 279 del CPCCN, se regulan los honorarios del Dr. Carlos Daniel Briozzo en 128 UMA, equivalente a la fecha a la suma de pesos quinientos treinta y un mil cuatrocientos cincuenta y seis ($531.456); los del Dr. Rodrigo Jorge del Valle Fernández en la cantidad de 3 UMA, correspondiente a la suma de doce mil cuatrocientos cincuenta y seis ($12.456); los emolumentos de la Dra. Martina Esther Moretti se establecen en 40 UMA, equivalentes a la suma de pesos ciento sesenta y seis mil ochenta ($166.080) y los de la Dra. Nadia Martina Schmidt en 92 UMA equivalente a la suma de trescientos ochenta y un mil novecientos ochenta y cuatro ($381.984).

A su turno, se fijan los estipendios de la perito psicóloga Lic. Iris Diana Ferreira se fijan en 40 UMA, equivalente a la fecha a la suma de pesos ciento sesenta y seis mil ochenta ($166.080); y los del perito médico Eduardo Héctor Napolitani se establecen en 40 UMA, equivalente a la fecha a la suma de pesos ciento sesenta y seis mil ochenta ($166.080) (Ac. 7/2021 CSJN del 20 de abril de 2021).

Por último, los emolumentos del mediador Carlos Ariel Gómez Alfonso se fijan en 68,41 UHOM, equivalentes a pesos cincuenta y seis noventa y seis con 20/100 ($56.096,20). (Decreto 47/2021).

En cuanto a las tareas desarrolladas en la Alzada conforme la aplicación de la nueva normativa arancelaria (art 30 de la ley 27.423) se regulan los honorarios del Dr. Carlos Daniel Briozzo en 46 UMA, equivalente a pesos ciento noventa mil novecientos noventa y dos ($190.992) y los de la Dra. Nadia Martina Schmidt en 49,61 UMA equivalente a pesos doscientos cinco mil novecientos ochenta con 72/100 ($205.980,72) y los del Dr. Federico José Pasquali en 15 UMA, correspondientes a la suma de pesos sesenta y dos mil doscientos ochenta ($62.280).

Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici. — Maximiliano L. Caia.*

RESPONSABILIDAD MÉDICA. ERROR EXCUSABLE

Dolor abdominal que finalizó en peritonitis. Imposibilidad de anticipar la patología. Rechazo.

1. — La demanda de mala praxis debe rechazarse, pues no se encuentra configurado en autos un error de diagnóstico inexcusable, en atención a la sintomatología que presentaba el paciente, el estudio que le fue ordenado y practicado —ecografía—, el modo de presentarse el cuadro clínico —inespecífico—, infrecuente, que además evoluciona rápida, intempestiva y parte de una forma clínica a una quirúrgica. Luego, no obstante, la ausencia de los estudios de laboratorio referidos por el galeno, no se encuentra probado que hubiesen permitido anticipar la patología dadas las características referidas, ni que su temprano conocimiento hubiese permitido abordarlo con probabilidades de encarar con mayores tiempos el tratamiento pertinente.

2. — Dentro del contexto de la mala praxis médica cabe ubicar al error de diagnóstico, puesto que, al ser la medicina una ciencia incierta, son numerosas las dificultades que debe enfrentar un médico abocado a diagnosticar, máxime cuando los signos de que dispone son equívocos, la enfermedad no ha evolucionado todavía suficientemente y, sobre todo, porque nadie está a cubierto de interpretar a veces equivocadamente los datos de que dispone.

3. — Si bien el diagnóstico se erige en una de las causas originarias del deber de responder del profesional hacia al paciente, es de destacar que no todo error de aquel implicará culpa del médico, ya que no toda equivocación en la que incurra el profesional al efectuarlo será objeto de reproche. Por el contrario, en forma previa a analizar la responsabilidad profesional por error en el diagnóstico, existe el error excusable, que es aquel en el que incurre el médico sin que de su parte medie actitud culpable alguna y el error inexcusable, que es aquel en el que incurre el profesional en su actuación, que podría haberse evitado si el médico hubiera actuado diligentemente y no culpablemente como lo ha hecho.

4. — El diagnóstico constituye la piedra angular de la actuación médica frente al paciente, en tanto es indudable que, un diagnóstico erróneo impedirá al médico indicar un tratamiento correcto, ya que este será determinado en función de las conclusiones a las que arribe el galeno en la emisión de aquel.

5. — Si bien el error de diagnóstico se erige en una de las causas originarias del deber de responder del profesional hacia el paciente, es de destacar que no todo error en el diagnóstico implicará culpa del médico. El yerro consiste en no identificar correctamente la dolencia que padece el paciente. Puede tratarse de un error excusable o inexcusable o injustificado. Si se trata de un error excusable, no acarreará la responsabilidad del médico. Ello ocurre cuando existen varias dolencias con sintomatología común o compatible, que puede hacer confundir inicialmente al galeno, quien no puede estar seguro del encuadramiento del padecimiento, hasta que transcurra cierto tiempo y se aprecie el efecto del tratamiento aconsejado o cuente con otros estudios o posibilidades diagnósticas.

CNCiv., sala J, 18/06/2021. - O. I. M., A. E. J. c. Swiss Medical SA s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81548/2021]

Expte. n° CIV 049371/2015/CA001

Buenos Aires, 18 de junio de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

El doctor *Caia* dijo:

La sentencia recurrida rechazó la demanda entablada, con costas a la vencida.

Contra dicho pronunciamiento se alza la parte actora.

Con fecha 02 de junio del corriente, se dictó el llamamiento de autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

I.- Los antecedentes

Presentaré, resumidas, las posiciones sostenidas por los sujetos procesales intervinientes en la causa y las aristas dirimentes del conflicto suscitado que estimo útiles para su elucidación (CSJN, Fallos 228:279 y 243:563).

Refiere el actor, que el día 8 de octubre del 2014 se despertó con un profundo malestar en la zona abdominal, lo que motivó su concurrencia a la guardia del "Swiss Medical Center" (sucursal Barrio Norte). Que,

si bien fue informado que sería atendido por el Dr. Quintana, luego de una larga espera lo hizo el Dr. Luis H. V. a quien le indicó que lo aquejaba un agudo dolor abdominal. Que, acto seguido el galeno procedió a examinarlo y hacerle una serie de consultas respecto de sus antecedentes.

Afirma, que por las particulares características del dolor que presentaba el médico debió haber descartado la posibilidad de una apendicitis. Que, ello no fue evaluado por el galeno quien le indicó la realización de una ecografía abdominal. Que, dado que el cuadro que presentaba era "dolor abdominal" le diagnosticó que era causado por "dolor abdominal", indicándole buscapina cada cuatro horas y dándole el alta.

Asevera, que fue tal la gravedad del error de diagnóstico del personal de la demandada que a poco más de 24 horas de retirarse de la clínica se descompensó, debiendo ser retirado de urgencia por una ambulancia y llevado en forma inmediata a cirugía.

Narra, que de la epicrisis realizada por la "Clínica Zabala" se desprende que ingresó el día 9 de octubre del 2014 con un cuadro de abdomen agudo, siendo sometido a una cirugía de apendicetomía laparoscópica convertida por apendicitis aguda gangrenosa y peritonitis apendicular. Que, como consecuencia de ello permaneció internado hasta el 21 de octubre. Que, presentó como complicación un íleo postquirúrgico y una evisceración con atrapamiento de asa de intestino delgado, por lo que el 13 de octubre debió ser operado nuevamente realizándose una eventroplastia con colocación de malla. Que, su evolución fue posteriormente satisfactoria a pesar de lo cual debió permanecer en reposo por varios meses alterando su vida, como consecuencia de una enfermedad que podría y debería haber sido evitada por el médico interviniente, mediante la realización de los estudios correspondientes y el diagnóstico adecuado.

Achaca responsabilidad a la demandada por la mala praxis de quien se encontraba bajo su dependencia (el Dr.V.).

Describe los padecimientos sufridos y los rubros cuya reparación reclama.

La demandada "Swiss Medical S.A." y su aseguradora "SMG Compañía de Seguros Sociedad Anónima", luego de formular una negativa pormenorizada de los hechos relatados, describen las atenciones recibidas por el actor el 8 de octubre de 2014 por el Dr. V. y al día siguiente en su domicilio para su posterior derivación a la "Clínica Zabala".

Señalan, que las imputaciones de "mala praxis" que denuncia el actor son injustas y carentes de todo asidero científico.

Afirman, que en todo momento "Swiss Medical" brindó asistencia médica en tiempo y forma; actuando los profesionales médicos de manera correcta. Que, al ser atendido por el Dr. V. el paciente no presentaba síntoma o signo alguno que ameritara una conducta médica diferente a la llevada a cabo. Que, no consta en la documental que el paciente tuviese clínica compatible con una apendicitis u otra patología de resolución quirúrgica.

Explican, que la apendicitis (inflamación del apéndice) es un cuadro de abdomen agudo de consulta frecuente y puede tener una presentación clínica muy variada, por lo cual con cierta frecuencia suele suceder que los pacientes son operados tardíamente ya con un apéndice perforado.

Aseguran, que el diagnóstico de apendicitis aguda es esencialmente clínico basado en síntomas y signos. Que, los síntomas iniciales a veces son bastantes inespecíficos. Que, el paciente describe nauseas, vómitos y se queja de molestias abdominales en distintos puntos; con el correr de las horas y el avance de la enfermedad el dolor se va localizando lentamente en la zona derecha baja del abdomen. Que, en ese momento comienza a ser más intenso, se mantienen las náuseas, los vómitos y se puede sumar fiebre. Que, es allí cuando el cuadro clínico es más claro y se puede sospechar la apendicitis.

Exponen, que al momento de la consulta el actor no presentaba ni nauseas, ni vómitos, ni diarrea como tampoco fiebre, de esta forma es comprensible que el cuadro fuera interpretado como un dolor abdominal inespecífico. Que, el médico de guardia solicitó una ecografía abdominal y coincidiendo con el cuadro clínico que a ese momento el actor presentaba no mostró hallazgo relevante alguno.

Comentan, que para el diagnóstico de la apendicitis aguda se describen en la literatura médica, distintos "scores" o "puntuaciones" basadas en los distintos signos y síntomas de la apendicitis. Que, son parámetros o criterios universalmente consensuados y considerados útiles para plantear de manera objetiva la sospecha diagnóstica de apendicitis. Que, tomando el "Score de Alvarado" (el más ampliamente usado), el actor al momento de la consulta no presentaba ninguno de los parámetros establecidos.

Alegan, que frente a un cuadro de dolor abdominal de horas de evolución, sin fiebre, sin nauseas, sin vómitos, sin diarrea, sin signos peritoneales y con una ecografía sin hallazgos relevantes, los profesionales

hubieran definido al cuadro como un dolor abdominal inespecífico. Que, la "descompensación" que refiere el actor se produjo 24horas después de haber consultado; aclarando que la presentación clínica de una apendicitis inicialmente puede ser inespecífica y varias horas después manifestarse en forma más evidente.

Sostiene, que al concurrir al "Swiss Medical Center" el actor no presentaba una clínica que ameritara la realización de otros estudios complementarios; ni existían elementos suficientes para sospechar que el paciente padecía una apendicitis aguda. Que, el cuadro nosológico se presentó de modo totalmente inespecífico, efectuándose correctamente una ecografía abdominal sin que mostrara hallazgo relevante alguno. Que, el accionar médico fue adecuado en tiempo y forma.

II.- La decisión recurrida

La sentencia en crisis rechazó la demanda entablada, con costas.

Para así decirlo el distinguido magistrado de grado consideró que la apendicitis es un proceso evolutivo, secuencial, de allí las diversas manifestaciones clínicas y anatomopatológicas que suele encontrar el galeno dependerán fundamentalmente del momento o fase de la enfermedad en que es abordado el paciente. Estimó, que en el caso, existieron razones al momento de la consulta para actuar como actuó el medico que diagnosticara esto es no había ninguna razón para no tomar una conducta expectante ya que apenas llevaba unas horas con dolor. Señaló, que las cirugías por apendicitis en pacientes adultos son de difícil diagnóstico y manejo, dado que muchas veces el concepto clínico difiere de lo que se encuentra en pacientes de menor edad; se trata de un cuadro clínico no frecuente, que en un adulto evoluciona en 24 hs. rápida, intempestiva y parte de una forma CLINICA a una QUIRÚRGICA. Que, en el caso de autos al momento de la consulta apenas llevaba algunas horas con dolor, sin que conste en la documental médica que haya presentado un "dolor intenso", o que presentara "signos peritoneales" (son los signos médicos que demuestran la existencia de irritación peritoneal en un proceso inflamatorio de abdomen). Que, si no los presentaba es adecuado interpretar que O. NO cursaba con un "abdomen agudo" al momento de consultar. Concluye, que el cuadro clínico al momento de consultar era inespecífico, se trataba de un dolor abdominal y no existían signos o síntomas que ameritaran efectuar un accionar diferente, sino que fue la propia evolución del proceso nosológico la que permitió el diagnóstico y tratamiento más de 24 hs. después de aquella primera consulta.

III.- Los recursos

Se agravia la parte actora con fecha 14/05/21 atento el rechazo de la acción promovida. En primer lugar, entiende que se ha violado el debido proceso y su derecho de defensa en juicio al haberse considerado una prueba acompañada en forma extemporánea por la demandada, respecto de la cual no ha tenido derecho a réplica alguna y cuya admisión ha sido rechazada en autos. Que, surge de su relato que al momento de concurrir a la guardia, el médico que lo atendió – Dr. V.- le indicó la realización de una ecografía abdominal. Que, ni el informe de la ecografía ni ningún otro antecedente de la misma fue entregado al actor al momento de retirarse de la consulta. Que, al contestar demanda la contraparte omitió acompañar la mentada ecografía, siendo quien se encontraba en mejores condiciones de proveer oportunamente la prueba en cuestión, ya que el estudio se había realizado en sus propias instalaciones y con sus propios profesionales. Que, a fs.297, al contestar el traslado de la pericia médica sorpresiva y extemporáneamente la demandada acompañó un pretenso "informe" de la ecografía. Que, si bien el Sr. Juez a quo decidió su desglose por haber sido extemporáneamente incorporada y poner en conocimiento del perito médico legista que debería abstenerse de expedirse (fs.316); fue un elemento "clave" en la justificación del rechazo de la demanda. Enfatiza, que el sentenciante hizo mérito de ese informe otorgándole valor probatorio pese haber sido desconocido, acompañado en forma extemporánea y cuyo desglose fue ordenado en autos; y que más allá de ello, no existe prueba alguna que acredite que el pretenso informe acompañado es auténtico. Destaca, que el perito médico oficial en su primer informe al punto de pericia n° 16 indicó claramente que el 08/10/2014 estaba cursando el cuadro de apendicitis aguda. Y, que no hallaba en autos la ecografía realizada en el nosocomio. Puntualiza que ese informe, cuya autenticidad niega, contiene diagnóstico de meteorismo y que el perito indicó que no es compatible con el diagnóstico de apendicitis aguda. No encuentro examen de sangre ni interconsultas con cirugía". Sintetiza, que el perito indicó entonces que el paciente se encontraba cursando una apendicitis aguda al momento de la consulta, y que el diagnóstico de meteorismo no es compatible con la apendicitis aguda. Luego, concluye en que no podía estar al momento de la consulta cursando una apendicitis aguda y la ecografía reflejar meteorismo.

En segundo término, se queja del apartamiento injustificado de las conclusiones de la pericia médica e insiste en que en el caso que nos ocupa, el Dr. V. (médico dependiente de la demandada) no tomó las debidas precauciones, no realizó los estudios correspondientes, lo cual queda evidenciado a poco que se advierte que quien ingresó con motivo de un "dolor

abdominal", fue dado de alta al ser diagnosticado con (valga la redundancia) "dolor abdominal". Cuestiona, que la sentencia no solo se apartó de las conclusiones de la pericia médica, sino que la controvierte basándose en información obtenida por buscadores de internet. Tan es así, que pese a lo sostenido por el colega de la anterior instancia, el perito médico indicó que el actor estaba cursando el cuadro de apendicitis aguda al momento de concurrir a la guardia, y que el médico de guardia NO realizó las medidas universalmente aceptadas para estudiar un abdomen agudo (el dolor abdominal por el cual el actor concurrió a la consulta); ignorando los procedimientos que le hubieran permitido detectar la apendicitis aguda que el actor se encontraba cursando. Se alza contra el apartamiento injustificado y arbitrario, que la sentencia realiza tanto de la pericia médica como de la historia clínica obrantes en autos.

El correspondiente traslado ha sido contestado el 23/05/21.

IV.- La solución

a) Encuadre legal

En razón de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 7 de la ley 26.994, modificado por ley 27.077), creo necesario señalar que la cuestión que aquí se ventila habrá de ser dirimida de conformidad con la legislación vigente al momento en que aconteció el hecho generador de los derechos cuyo reconocimiento se pretende.

El artículo 7, del Código Civil y Comercial, reproduce -salvo el agregado final respecto de las relaciones de consumo- el artículo 3 del Código Civil (t.o. ley 17.711).-El cambio legislativo plantea un problema, ya que trae aparejado un conflicto o colisión de normas en el tiempo -que son las que rigen hechos, relaciones o situaciones jurídicas-, debiendo decidir qué norma ha de aplicarse (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución, en Claves del Código Civil y Comercial, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, págs.137 y sgtes.); tal como aconteció con la reforma introducida por la ley 17.711 al Código Civil.

En aquella oportunidad, la jurisprudencia entendió que la obligación que tiene causa en el hecho ilícito encuadra en la categoría de "relación jurídica", quedando sometida su regulación a la ley vigente al tiempo de producirse. Ello se explica porque el hecho ilícito, que es fuente de la obligación del responsable, al producirse instantáneamente, no queda sometido a acción fecundante alguna del tiempo, ni perdura más allá que en la virtualidad de sus consecuencias de esas pendientes de reparación; estas son consecuencias de una relación jurídica: la obligación -de la cual es acreedora la víctima y deudor el responsable-, ya existente al entrar en vigor los nuevos dispositivos, de manera que corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de esa obligación, así como su contenido, inclusive la extensión del daño y su avaluación (conf.Roubier "Droits-Subjetifs et situetáseejuridiquees", Ed.Dalloz, París 1963). Luego, no cabe revalorar el significado jurídico del hecho generador con el prisma de la ley nueva (CNCiv., en pleno "Rey, Jose J. c/Viñedos y Bodegas Arizu SA", del voto de la mayoría, del 21/12/1971).

En consecuencia, corresponde verificar si las situaciones y sus consecuencias están o no agotadas, si está en juego una norma supletoria imperativa, y ahora sí, como novedad, si se trata o no de una norma más favorable para el consumidor. Así por ej., si el hecho ilícito que causó el daño aconteció antes de agosto de 2015, a esa relación jurídica se aplica el Código Civil, se haya o no iniciado el juicio y cualquiera sea la instancia en la que se encuentre (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015, en Revista La Ley del 2 de junio de 2015).

En el caso, si bien se trata de la reparación de daños producidos en ocasión de un contrato de prestaciones médicas, se arriba a idéntica solución ya que los hechos ilícitos y los actos jurídicos unilaterales o bilaterales, considerados como "causa fuente" (arts.726 y 727 del Código Civil y Comercial) productora de derechos o obligaciones en las relaciones jurídicas que unen a los sujetos activo y pasivo (acreedor y deudor), se hallan regidos por la ley vigente en el momento de producirse el hecho lícito o ilícito, o en el momento de celebrarse el acto jurídico (el contrato), no pudiendo ser alterados o interpretados por leyes posteriores (conf. Taraborreli, José N., Aplicación de la ley en el tiempo según el nuevo Código, en Revista La Ley, del 3/9/15).

b) Partiendo de tal plataforma, abordaré a continuación los agravios traídos a esta instancia, a cuyo fin, analizaré en el acápite subsiguiente el plexo probatorio.

En primer lugar, resulta prudente analizar el cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 265 del CPCC por el accionante en función de lo expuesto por la emplazada en su contestación.

La expresión de agravios constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe contener una exposición jurídica que contenga una "crítica concreta y razonada de las partes del fallo

que el apelante considere equivocadas". Lo concreto se refiere a lo preciso, indicando, determinando, cuál es el agravio. Deben precisar así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión del a quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento (conf. Morello, Augusto "Códigos Procesal en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación. Comentado y Anotado", t. III, p. 351, Abeledo Perrot, 1988; CNCiv., esta Sala J, Expte. Nº 2.575/2004, "Cugliari, Antonio Carlos Humberto c/ BankBoston N.A. s/ cancelación de hipoteca", del 1/10/09).

De la lectura pormenorizada de la presentación del actor del día 14 de mayo de este año se advierte que se ha dado cumplimiento con la normativa citada y aún en el caso que pudiera considerarse que resulte dudoso el cumplimiento del art. 265 del CPCN, lo cierto es que corresponde proceder al estudio de los agravios allí vertidos en función del criterio amplio que debe regir la protección del derecho de defensa en juicio.

c) En tal sentido, adelanto que seguiré al recurrente en las alegaciones que sean conducentes para decidir este conflicto (conf.CSJN Fallos:258:304, entre otros) pues recuerdo que como todas las pruebas no tienen el mismo peso, me apoyaré en las que resulten apropiadas para resolver el caso (conf.CSJN, Fallos:274:113) las que produzcan mayor convicción en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. Se considerarán, entonces, los hechos "jurídicamente relevantes" (Aragoneses Alonso, Pedro, Proceso y Derecho Procesal); o "singularmente trascendentes" (Calamandrei, Piero, La génesis lógica de la sentencia civil).

No es un hecho controvertido que el actor concurrió el día 8 de octubre del 2014 a la guardia del "Swiss Medical Center" donde fue atendido por el Dr. V. quien, luego de examinarlo, le diagnosticó que la dolencia que presentaba era causada por "dolor abdominal". Tampoco se encuentra en discusión que el día 9 de octubre del 2014 ingresó a la "Clínica Zabala" con un cuadro de abdomen agudo, siendo sometido a una cirugía de apendicetomía laparoscópica.

La cuestión, luego, gira en derredor de esa primera actuación del Dr. V. a quien le achaca el actor haber cometido un error en su diagnóstico pasible de reproche al haber omitido la realización de los estudios correspondientes para descartar la posibilidad de una apendicitis.

Debe determinarse, luego, la responsabilidad endilgada cuya causa se atribuye al desempeño profesional del médico tratante en la atención médica de guardia del 8 de octubre de 2014.

d) Bajo este contexto, y para el tratamiento de cuestión tan compleja y delicada sometida a la consideración, habré de formular algunas precisiones indispensables para su correcta dilucidación y decidir si se configura o no en autos el tipo de responsabilidad que pesa sobre los profesionales de la medicina y los entes asistenciales.

Del médico:

En ese sentido, en cuanto a la apreciación de la culpa, es útil recordar que la responsabilidad médica no se limita a supuestos de culpa grave o inexcusable, pues tal categoría está excluida de la normativa de los artículos 512 ó 1109 del Código Civil. Y que, pese a la circunspección con que debe juzgarse la conducta profesional para ponerlo a cubierto de la proliferación de posibles demandas temerarias, su culpa leve igualmente generaría responsabilidad, pues quien ejerce tal ministerio se halla moralmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud del paciente. A punto tal que cuando está en juego la posibilidad de que sobrevenga un alto riesgo en la salud, "...la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leves adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad" (del voto del Dr. Vocos, "Biedma c/ Clínica Bazterrica ", CNCiv. Sala "A" del 29/7/77, E.D. 74.563).

Asimismo, y como es sabido, el criterio de culpa se sustenta en la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales, ya que se configura cuando no se ha previsto lo que era previsible o cuando previsto, no se han adoptado las medidas necesarias para impedir el daño o se ha afrontado voluntariamente la posibilidad de que este se produzca (conf. Orgaz, La culpa, p. 27/28). Precisamente, en orden al juicio de probabilidad de las consecuencias imputables, es necesario valorar también en el caso no solo aquellas pautas del art. 512, sino además la mayor capacidad de previsión del profesional de conformidad a lo normado en los artículos 902 y 909, del Código Civil. En estos preceptos se establece una exigencia de mayor previsibilidad para atribuir efectos que, de otro modo, quedarían fuera del marco causal jurídicamente relevante (conf. Goldenberg, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, p. 88; Orgaz, El daño resarcible, 3era. ed. actualizada, pág. 58). Porque, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia, diligencia y pleno conocimiento de las cosas mayores serán las consecuencias de los hechos consumados por el médico (conf. CNCiv. Sala A, L. 125.129 del 11/6/93, entre otros; CNCiv. Sala "C" 12/9/80, E.D. 90-649).

En ese contexto en que, por lo visto, el deber de previsión de la consecuencias dañosas adquieren especial relevancia cuando se trata de la responsabilidad de los profesionales médicos, la culpa que se presenta tanto por la negligencia o impericia como cuando se omite cierta actividad que habría evitado o contribuido a evitar el resultado dañoso, no podría excusarse la responsabilidad en el mero hecho de que las intervenciones quirúrgicas decididas eran las únicas alternativas posibles, ya que de lo que aquí se trata es juzgar si conforme a los antecedentes clínicos de la actora y los riesgos propios de una intervención como la que se le practicó, podría justificarse el daño que sobrevino (CNCiv. Sala "A" L.164.008 del 7/3/97, voto del Dr. Molteni).

Ahora bien, conforme al criterio predominante en la doctrina y jurisprudencia, la obligación del médico es efectivamente de medios y no de resultados, de modo que se trata aquí de ponderar si la diligencia que indudablemente se comprometió contractualmente, se cumplió con aptitud suficiente para llevar a cabo las medidas que normalmente procura el resultado esperado, o aquellas específicas que emanan de la calidad necesaria para llevar normalmente a buen término la actividad (conf. Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, nº 1436; Bueres, Responsabilidad Civil de los Médicos, p. 373; CNCiv. Sala "A" L. nº31.511 del 17/8/88).

Al respecto, se ha sostenido que en este tipo de obligaciones de medio y no de resultados, solo se promete la diligencia y no la aptitud para cumplir con las medidas que normalmente procuran la curación del paciente, su atención y los medios apropiados a esa finalidad (conf. CNCiv. Sala "A", voto de la Dra. Ana María Luaces, L. 83.491, del 25/11/91,).

De allí que, si no queda demostrado el nexo de causalidad entre una denunciada actitud culposa del médico y el daño experimentado, no cabe acceder a la pretensión formulada.

En efecto, en la prestación médica enderezada a asistir al paciente no se garantiza la recuperación del asistido, sino el adecuado tratamiento. El profesional se obliga a utilizar los medios propios de su ciencia y de su arte, más no puede ofrecer el resultado óptimo de la curación sin secuelas. Se adquiere el compromiso de atender al paciente con prudencia y diligencia (conf. Bueres, A. J., ob. cit., pág. 130; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, pág. 451).

Del ente asistencial:

La obligación que liga al establecimiento asistencial con el paciente, que utilizó tanto a su personal médico como a las instalaciones necesarias para su atención y tratamiento, es de naturaleza contractual (arts. 499 y sgtes. del Código Civil y, especialmente, arts. 512, 519, 520 y 521 de dicho ordenamiento). Es así que el deber de reparar surge de la obligación tácita de seguridad que le incumbe y que funciona en carácter accesorio del deber principal de prestar asistencia con los medios y personal adecuado. De ahí que la demostración de negligencia u omisión en el servicio médico o en el tratamiento pondrá de manifiesto la transgresión de la prestación debida (conf. CNCiv. Sala A, voto de la Dra. Ana María Luaces en L.125.129 del 11/6/93 y sus citas; voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro en libre nº 231.858 del 5/3/98 y sus abundantes citas; Bustamante Alsina, "Responsabilidad Civil de los Médicos" en L.L.1976-C,pág.66; Bueres, "Responsabilidad Civil de los Médicos", pág. 127 y siguientes; íd., "Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos",pág.26, nº3;Ghersi,"Responsabilidad de los Médicos y Entidades Asistenciales" en J.A. 1988-IV-696;Belluscio, "Obligaciones de Medio y de Resultado... Responsabilidad de los Sanatorios" en L.L. 1979-C,pág.19/22).

Bajo esta óptica, no cabe duda que ese deber de conducta secundario -en relación con la obligación principal de prestar el servicio de salud- destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por la producción de accidentes o bien por cualquier otra circunstancia, configura una obligación de resultados (conf. Mazeaud-Tunc, "Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Contractual y Delictual", t. I, vol. I, nº 159-2, pág. 236, cit. por Bueres A. J., op. cit., pág. 440).

e) Señalado lo cual entiendo que en el caso se impone en primer término el estudio del nexo causal, presupuesto ineludible de la responsabilidad que se pretende atribuir.

Ante el problema de la extensión del resarcimiento debido, es dable establecer si el daño reconoce una causa eficiente en el hecho imputado a los presuntos responsables. Si así fuera existiría un nexo de causalidad material, tal hecho como tal causa del hecho dañoso, el que para hacer nacer la obligación de resarcir el daño debe ser jurídicamente relevante, es decir encuadrar en alguno de los tipos de causalidad que la ley toma en cuenta en la teoría de la responsabilidad (arts. 903/5 y concordantes).

La causalidad adecuada es la que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente, cuando el primero tiene la virtualidad de producir el segundo, según el curso natural y ordinario de las cosas, sea por sí solo o por la conexión de otro hecho que invariablemente acompaña al primero.

Para que un daño deba repararse, jurídicamente es preciso que haya sido causado por el responsable con su acción u omisión (Orgaz, "El Daño Resarcible", pág. 3 y ss.). A este requisito también se alude al legislar sobre la procedencia de la reparación, que el daño indemnizable es el que se causare o se hubiera causado u ocasionado a otro (Responsabilidad extracontractual, arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113, 1114, etc. o contractual arts. 508, 521, etc.).

A esta altura cabe preguntarse cuándo debe considerarse que la acción u omisión de una persona ha causado realmente un perjuicio y con qué criterio se debe determinar esta circunstancia, necesaria para que el perjuicio le pueda ser imputado jurídicamente a su autor.

La vinculación causal no siempre es clara. La causalidad tiene por objeto establecer cuándo y en qué condiciones un daño debe ser imputado objetivamente a la acción o a la omisión de una persona para ser considerado tal sujeto como autor o causante de tal daño.

En un sistema jurídico como el nuestro la relación de causalidad tiene importancia sustancial, no solo como condición general de la responsabilidad, sino también para establecer la medida de la misma, ya que salvo excepciones muy limitadas, el responsable está obligado a resarcir los daños que tengan vinculación causal con su acto.

Para establecer la causa de un daño es preciso hacer un juicio de probabilidad y determinar si la acción u omisión era por sí misma capaz de ocasionar normalmente el daño, lo que solo puede hacerse si la experiencia de la vida conlleva a una respuesta afirmativa, considerando en tal caso que existe relación de causalidad y el daño es objetivamente imputable al agente. Este juicio de probabilidades se hace en abstracto, según ya dije por el curso ordinario de las cosas y la experiencia de vida y no en concreto por lo que debe retrocederse hasta el momento de la acción u omisión a fin de establecer si esta era o no idónea para ocasionar el daño en un proceso causal adecuado.

El criterio que debe primar en el juicio de probabilidad o idoneidad entre la acción u omisión del presunto responsable y el daño, es el de la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la situación concreta a persona normalmente razonable y sensata.

Ello así, debe ameritarse por confrontación aquel modelo abstracto con la conducta cuestionada y sus particularidades específicas. Aplicado al caso concreto y dentro del esquema de análisis el patrón abstracto y objetivo de conducta y comparándola con los antecedentes que han quedado acreditados en autos, deberá establecerse si de los mismos surge una acción u omisión imputable a título de culpa atribuible como causa adecuada del daño generado.

La responsabilidad demanda que el daño esté en relación de causalidad con el acto positivo o negativo del o de los presuntos responsables, es decir que haya sido autor o jurídicamente causante del mismo. Nuestro Código deja librado al criterio judicial el establecer cuándo una acción u omisión es o no adecuada con respecto a un resultado, estableciendo la clasificación entre las consecuencias según su mayor o menor normalidad o previsibilidad con relación al acto. Así se determina las siguientes reglas de imputación: las consecuencias inmediatas son siempre imputables al autor del acto (art. 903) pues la adecuación se presenta en su máxima pureza; las mediatas son imputables en tanto sean previsibles (art. 904) y finalmente las casuales no son imputables en tanto son imprevisibles (art. 905, primera parte). En estas últimas falta en rigor la conexión causal entre el acto y las consecuencias.

El problema jurídico de la conexión causal consiste en determinar de conformidad a la ley cuándo o con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada. Según nuestro derecho hay conexión causal entre un acto, lo que supone una acción u omisión de la persona presuntamente responsable y un resultado, cuando ese acto ha contribuido de hecho a producirlo, esto es, ha sido una de las condiciones imprescindibles de él y además debía normalmente producirlo conforme al orden natural y ordinario de las cosas (arts. 901), pues es errado imputar un daño a un sujeto con la sola consideración de que, sin su acto no se habría producido.

En lo que hace a materia probatoria, tratándose de obligaciones de medio, en las que el interés definitivo perseguido es aleatorio, contingente y potencial y donde el deudor cumple la prestación observando el esfuerzo o actividad debida, incumbe al damnificado probar la relación causal y la culpa de quien prestó el servicio a fin de responsabilizar a este y a la institución de que se trate.

Es por ello que a la demandada le basta probar que el daño provino de un caso fortuito en sentido amplio pues ello provocaría la fractura de la relación causa-efecto y/o la ausencia de culpa.

f) Así las cosas, en punto a la responsabilidad endilgada, deviene necesario proceder al análisis del plexo probatorio, así como también de las constancias emergentes de la historia clínica y demás elementos obrantes en autos.

Para la primera de las cuestiones, se debe dilucidar si ha mediado de parte del profesional –V.- que asistió al actor, algún obrar negligente u omisión de una acción debida que hubiera evitado el desenlace que se le atribuye.

En cuanto a la calidad del peritaje médico legal es de suma importancia, ya que en el informe que brinda el médico, ya sea oral o escrito, el inicial o el definitivo, se basará la Autoridad Judicial como eventual elemento de prueba para considerar y dictar sentencia. Este estriba en una presunción concreta, de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Se lo presume honesto, capaz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Existen dos motivos para la admisión de la fuerza probatoria: presupuesto de que el perito no cae en el error, y por otro lado, el presupuesto de que no tiene intención de engañar. El dictamen sirve entonces para brindar mayor o menor fe sobre la existencia de las cosas objeto del mismo (conf. Virginia Berlinerblau - Claudia Moscato, Calidad del Dictamen Médico Legal: Herramientas para su Valoración en La Prueba Científica y Los Procesos Judiciales, págs. 44/45; Academia Judicial Internacional; La Ley; 2006).

De este modo, en esta clase de pleitos en que se debaten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia de modo que tanto los hechos comprobados por los expertos, como sus conclusiones, deben ser aceptados por el Sentenciante salvo que se demuestre la falta de opinión fundante o de objetividad, para lo cual quien impugna debe acompañar la prueba del caso, pues al respecto ni el puro disenso, ni la opinión meramente subjetiva del impugnante podrían ser razonablemente atendibles para poner en tela de juicio la eficacia del dictamen. Por el contrario, se requiere para ello demostrar fehacientemente que el criterio pericial se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (conf. CNCiv., Sala "A", voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro publicado en L.L. 1991-A-358; Palacio-Alvarado Velloso, Código Procesal... tomo 8, 538/9 y sus citas; Morello-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales... T. V-B, pág. 455 y sus citas; Falcón, Código Procesal..., pág. 416 y sus citas, entre otros).

De acuerdo con la experticia médica de fs.285/295 del31/3/2017el actor refiere que el 8/10/2014 concurrió a la guardia de "Swiss Medical" por presentar dolor abdominal. Detalla de la documentación acompañada por el propio accionante a fs.3 y emanada de "Swiss Medical Center" que consultó "...por dolor agudo. Allí se puede leer también que se trata de un paciente masculino sin antecedentes de relevancia. Presentó cuadro clínico...consistente en dolor abdominal tipo puntada en hipogastrio y flanco. Refiere constipación. Frecuencia cardíaca 78, tensión arterial 120/70, temperatura axilar 36, hemodinámicamente estable, afebril...leve distensión abdominal, timpanismo moderado, dolor a la palpación en hipogastrio. Como examen complementario hay ecografía abdominal. Diagnóstico presuntivo: dolor abdominal...no se encuentra ecografía abdominal ni la medicación que se indicó...".

Que, el propio actor refiere que al día siguiente volvió a llamar a un médico de "Swiss Médical", que fue asistido en su casa (no hay constancia) y trasladado a la "Clínica Zabala". A fs.4/29 figura evolución del actor el 9/10/2014 "...paciente que comienza hace 36 horas con dolor abdominal en hemiabdomen inferior, asociado a nauseas sin vómitos. Se le realiza ecografía abdominal que informa meteorismo y vuelve a casa con indicación de antiespasmódicos reglados. Por aumento de dolor consulta en la fecha se le encuentra signos de peritonismo, ingresa a quirófano con diagnóstico de apendicitis aguda inicia apendicectomía por vía laparoscópica luego convertida a cirugía convencional...en el resto de las fojas se encuentra descripción de las atenciones al paciente... se le realiza entonces por peritonitis apendicular eventroplastía con colocación de malla de vicryl. Pudiéndose leer a fs.6 la epicrisis, con fecha de egreso 21/10/2014, motivo de internación abdomen agudo, se somete a una apendicectomía laparoscópica convertida por apendicitis aguda gangrenosamas peritonitis apendicular...presentó como intecurrenciaileo post quirúrgico + evisceración con atrapamiento de asa de intestino delgado, por lo que el 13/10 se reoperó, realizándole eventroplastía con colocación de malla...".

Liminarmente, en torno a la primera de las quejas elevadas por el accionante, debe decirse que si bien es cierto que el informe de la ecografía fue incorporado extemporáneamente por la demandada (fs.298) y luego ordenado su desglose (fs.316 del 28/6/2017); no lo es menos que su mención consta en la historia clínica (fs.10) tal como fue, además, descripta por el perito. Así lo responde el galeno al interrogatorio "...encuentro relatado, en el informe que el actor tiene de la segunda internación en la Clínica Zabala, en donde al ingreso se registra que se le halló en ecografía abdominal con informe de meteorismo..." (rta.9). Ergo, el agravio habrá de ser desestimado en tanto no se advierte que ese acto procesal, debidamente advertido y sancionado, lo colocase en un estado de indefensión.

g) Pues bien, dentro del contexto de la mala praxis médica cabe ubicar al error de diagnóstico, puesto que, al ser la medicina una ciencia incierta, son numerosas las dificultades que debe enfrentar un médi-

co abocado a diagnosticar, máxime cuando los signos de que dispone son equívocos, la enfermedad no ha evolucionado todavía suficientemente y sobre todo, porque nadie está a cubierto de interpretar a veces equivocadamente los datos de que dispone (GAMARRA, Jorge, "Responsabilidad civil médica", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989, T. 1, p. 67).

Si bien el diagnóstico se erige en una de las causas originarias del deber de responder del profesional hacia al paciente, es de destacar que no todo error de aquel implicará culpa del médico, ya que no toda equivocación en la que incurra el profesional al efectuarlo será objeto de reproche. Por el contrario, en forma previa a analizar la responsabilidad profesional por error en el diagnóstico, debemos indicar que existen en materia médica dos clases de errores diferentes consecuencias uno del otro: a) Error excusable: es aquel en el que incurre el médico sin que de su parte medie actitud culpable alguna; b) Error inexcusable: es aquel en el que incurre el profesional en su actuación, que podría haberse evitado si el médico hubiera actuado diligentemente y no culpablemente como lo ha hecho. Esta distinción entre la excusación o no del error, tiene su fundamento en la propia naturaleza de la obligación médica, que resulta ser en esencia una obligación de medios. Dentro de este análisis cabe incorporar al diagnóstico médico, ya que su emisión no puede ser considerada como una obligación de resultado asumida por el profesional: este se compromete a emitirlo empleando toda su pericia y el apego a la lexartis para conseguirlo. Pero, no se puede soslayar que la inexactitud de la medicina provoca que muchas veces se arribe a un diagnóstico equivocado; no obstante, cuando ello ocurre, se debe analizar previamente si ha existido culpabilidad o no del médico al momento de su emisión: si no la hubo, no habrá responsabilidad, y si aquella existió, el profesional deberá responder por ello (Conf. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "La responsabilidad civil del profesional liberal", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 389).

Desde ese piso de marcha, ante el cuestionario del accionante indicó el perito médico que "…no figura en la historia clínica de ingreso los diagnósticos diferenciales que se tuvieron en cuenta…"; ni que la apendicitis aguda hubiese sido uno de ellos. Tampoco "…se encuentra registrado que se le haya solicitado análisis de laboratorio. No hay registros de blanco u otros… la temperatura axilar y rectal del actor…interconsulta con cirugía antes de permitir el egreso del paciente de la institución…". Dice, que "…el paciente, habiendo sido intervenido el 09 de octubre; se desprende que el 08/10/2014 estaba cursando el cuadro…el dolor fue informado el 08 de octubre. Por lo tanto hay una concatenación de episodios clínicos a partir del 08 de octubre cuando se informa dolor, hasta el 09 de octubre en que es operado…se infiere que el actor estaba cursando un cuadro abdominal con deterioro en 24horas, para ser intervenido quirúrgicamente…"(rtas.16 y 18). Mencionó, que "…las medidas universalmente aceptadas para estudiar un abdomen agudo, no se objetivan en lo que se encuentra registrado en la historia clínica de Swiss Medical al ingreso del paciente a la consulta…"(rta.17).

No obstante, señaló que "…las cirugías por apendicitis en pacientes adultos son de difícil diagnóstico y manejo, dado que muchas veces el concepto clínico difiere de lo que se encuentra en pacientes de menor edad…"(rta.21).

Al evacuar los puntos de pericia de la demandada y su aseguradora indicó "…teniendo en cuenta el diagnóstico de meteorismo, esto no es compatible con diagnóstico de apendicitis aguda….en cuanto a la evolución de las apendicitis, estas pueden ser en forma progresiva y en el transcurso de horas y días…" (rtas.5 y 7).

Ante la impugnación y pedido de explicaciones de la accionada (fs.298/306 del 10/4/17), el galeno a fs.317/318 (29/6/17) indicó "…se detallaron los pormenores en todo lo relatado. La vida del actor no estaba en peligro de muerte en el momento de la consulta realizada en el SMC. El médico de guardia no tiene porqué colocar los diagnósticos diferenciales que hace, solo los debe pensar. Se relató lo que se encontró en las HC consultadas, no puedo objetivar si se realizó o no lo que no está escrito. Si se debería haber realizado un laboratorio mínimo en esta primera consulta. Si el actor el 9/10 tuvo una apendicitis aguda quirúrgica el 8/10 la estaba cursando pues estaba con dolor abdominal….Se debió haber realizado un laboratorio de rutina en este paciente para la mejor comprensión del cuadro clínico. EL informe de la ecografía abdominal dice que hay distensión abdominal nada más y meteorismo (gases), no implicando ni explicando lo que sucedió…el cuadro nosológico se presentó en forma inespecífica….Dentro de las medidas tomadas en la primera consulta falto un laboratorio hematológico….". Destacó, que "…no se trata de impericia, pues no se juzga un acto que verse sobre un manejo incorrecto de la información científica, ni de negligencia pues no se puede saber dado que no está relatado impresionando que el accionar fue pronto, tampoco imprudente pues fue mesurado en su acción…Se trata como ya se ha explicado varias veces de un cuadro clínico no frecuente, como es una apendicitis aguda en un adulto que en 24hs evoluciona rápida, intempestiva y parte de una forma clínica a una quirúrgica… paso a decir que el diagnóstico de apendicitis en un adulto es de difícil diagnóstico y manejo…porque hay que pensar que al no ser frecuente y muchas veces diferente (semiología) de los que se ve en menores el tiempo es

el que manda lo que hay que hacer. El manejo de un cuadro apendicular, que se realizó cuando se tuvieron todos los elementos, más el tiempo transcurrido es el habitual y que se efectuó..."

En lo tocante al pedido de explicaciones solicitado por la actora a fs.308/309 (7/4/2017), el galeno a fs.331 (29/12/2017) dijo que "...el médico adoptó las medidas que implementó, que son las que figuran en la historia clínica...como dice la arte y viendo lo que sucedió después, que una cirugía de 24hs antes hubiera encontrado al paciente en mejor estado clínico, para ser intervenido. El contexto clínico de una cirugía programada con anterioridad implica en un paciente mejor "salida" del evento y menor tiempo de recuperación...".

Si bien, a fs.335/337 la parte demandada impugnó parcialmente las explicaciones brindadas, debe recordarse que aun cuando 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 objetivamente demostrativos de que la opinión de los expertos se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acercade la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. IV, pág. 720 y jurisprudencia allí citada; Morello- Sosa-Berizonce, Código Procesal Civil y Comercial, comentado y anotado, pág. 455 y sus citas; Falcón, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado y comentado, pág. 416 y sus citas).

En el caso, considero que el experto actuante ha realizado un adecuado análisis de las constancias obrantes en el expediente y de los antecedentes y documentación clínica del actor, habiendo fundado debidamente las conclusiones a las que arribara.

Con lo señalado hasta aquí, he transcripto los fundamentos centrales del dictamen. Por ello, al encontrarse ese trabajo debidamente fundado, con el correspondiente asidero científico refrendado en las respuestas brindadas a las impugnaciones deducidas, le habré de otorgar a las mismas la fuerza probatoria del artículo 477 del Código Procesal, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 386 del mismo cuerpo legal.

Sentado ello, teniendo en cuenta los elementos probatorios reunidos, los que fueron analizados en su conjunto y armónicamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, atendiendo a las circunstancias del caso, siendo estas reglas las del correcto entendimiento humano extraídas con recto criterio de lógica y basadas en la experiencia de las probanzas agregadas al presente, entiendo que en la oportunidad no se acreditaron los hechos invocados por el accionante, no existiendo prueba de un proceder contrario a derecho por parte del médico perteneciente a la entidad sanitaria demandada.

Del estudio de las probanzas agregadas a la causa no surge que exista responsabilidad por mala praxis médica imputable a actuación negligente e imperita del Dr. V. en su asistencia de guardia al actor el día 8 de octubre de 2014.

Destáquese, que si bien es cierto que "...no figura en la historia clínica de ingreso los diagnósticos diferenciales que se tuvieron en cuenta..."; aclaró el perito luego que "...El médico de guardia no tiene por qué colocar los diagnósticos diferenciales que hace, solo los debe pensar...". Asimismo, aun cuando hubiese existido "...una concatenación de de episodios clínicos a partir del 08 de octubre cuando se informa dolor, hasta el 09 de octubre en que es operado..."; explicó que "...las cirugías por apendicitis en pacientes adultos son de difícil diagnóstico y manejo, dado que muchas veces el concepto clínico difiere de lo que se encuentra en pacientes de menor edad...". Finalmente, en lo que resalta el actor en su queja concerniente a que "...las medidas universalmente aceptadas para estudiar un abdomen agudo, no se objetivan en lo que se encuentra registrado en la historia clínica de Swiss Medical al ingreso del paciente a la consulta...", especifica luego que "...se debería haber realizado un laboratorio mínimo en esta primera consulta..."; no obstante lo cual"...teniendo en cuenta el diagnóstico de meteorismo(mencionado en la historia clínica como se dijo supra), esto no es compatible con diagnóstico de apendicitis aguda....en cuanto a la evolución de las apendicitis, estas pueden ser en forma progresiva y en el transcurso de horas y días...".

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos del derecho continental, resultará inexcusable aquel error de cierta gravedad, craso y objetivamente injustificable para el profesional que lo comete. Ello así, puesto que no todo error médico resulta ser generador de culpa: existen equivocaciones que resultan admisibles en determinados casos en los cuales el médico, pese a haber adoptado todos los cuidados exigidos por la naturaleza de la obligación, no logra identificar el diagnóstico correcto y sobreviene el daño en el paciente. Algunos autores, estiman que es posible que el error de diagnóstico sea considerado excusable cuan-

do el profesional de la medicina se encuentra frente a síntomas complejos en el paciente y ello crea en el galeno una duda razonable (Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge Loernzetti, Ricardo L., "Contratos médicos", Ed. La Rocca, Santa Fe, 1991, p. 138. Albanese, Susana, "Error de diagnóstico y su interpretación jurisprudencial", La Ley, 1992-E, 331). Además, los temas médicos constituyen materia de opinión, y están sujetos a conjeturas varias, por lo cual deben los magistrados ser muy cuidadosos al momento de analizar la responsabilidad que se le imputa a un médico por error en el diagnóstico, tal como lo referiremos seguidamente. Si a esto adicionamos que en gran cantidad de situaciones los síntomas que presenta el paciente son equívocos, resulta claro y evidente que no es un tema de fácil resolución el determinar la responsabilidad civil médica por un diagnóstico equivocado. (Conf. ATAZ LOPEZ, Joaquín, "Los médicos y la responsabilidad civil", ob. cit., p. 307). Así, el error alcanzará la categorización de inexcusable cuando el médico cometa un error que resulta ser objetivamente injustificable para un profesional de la categoría en la que se halla situado (vgr. especialista); en cambio, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible u opinable del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por lo tanto, que no generará responsabilidad (Ver Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", ob. cit., ps. 116 y ss.; Bueres, A., J., "Responsabilidad civil de los médicos", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 3ra. edición renovada, 2006, p. 569).

Desde esta perspectiva, resultan dirimentes las aclaraciones del especialista al decir que "...La vida del actor no estaba en peligro de muerte en el momento de la consulta realizada en el SMC...el cuadro nosológico se presentó en forma inespecífica....Se trata como ya se ha explicado varias veces de un cuadro clínico no frecuente, como es una apendicitis aguda en un adulto que en 24hs evoluciona rápida, intempestiva y parte de una forma CLINICA a una QUIRUGICA....paso a decir que el diagnóstico de apendicitis en un adulto es de difícil diagnóstico y manejo...porque hay que pensar que al no ser frecuente y muchas veces diferente (semiología) de los que se ve en menores el tiempo es el que manda lo que hay que hacer. El manejo de un cuadro apendicular, que se realizó cuando se tuvieron todos los elementos, más el tiempo transcurrido es el habitual y que se efectuó...".

El diagnóstico constituye la piedra angular de la actuación médica frente al paciente: es indudable que, un diagnóstico erróneo impedirá al médico indicar un tratamiento correcto, ya que este será determinado en función de las conclusiones a las que arribe el galeno en la emisión de aquel. Resulta apropiado definirlo entonces, como un proceso que reconoce etapas progresivas y que se desarrollan temporalmente de modo sucesivo. La primera, comenzará con la revisión que realice el médico del paciente, la cual le permitirá al profesional tomar los primeros conocimientos de la afección que este padece considerando para ello los síntomas que le manifieste el enfermo en el reconocimiento. Este proceso debe continuar con una segunda instancia que debe consistir en la realización por parte del paciente de los estudios y análisis que le indique el profesional (radiografías, análisis de laboratorio, ecografías, tomografías, resonancias magnéticas, etcétera), lo cual le posibilitará al médico la obtención de datos científicos relacionados con el estado de salud del enfermo. Finalmente, luego de que el galeno evalúe, coordine y analice los datos obtenidos en el examen físico del afectado con los resultados que han arrojado los exámenes técnicos por él encomendados, estará en condiciones de emitir un diagnóstico de la afección del paciente (Conf. Calvo Costa, "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", Hammurabi).

Si bien el error de diagnóstico se erige en una de las causas originarias del deber de responder del profesional hacia el paciente, es de destacar que no todo error en el diagnóstico implicará culpa del médico. El yerro consiste en no identificar correctamente la dolencia que padece el paciente. Puede tratarse de un error excusable o inexcusable o injustificado. Si se trata de un error excusable, no acarreará la responsabilidad del médico.

Ello ocurre, cuando existen varias dolencias con sintomatología común o compatible, que puede hacer confundir inicialmente al galeno, quien no puede estar seguro del encuadramiento del padecimiento, hasta que transcurra cierto tiempo y se aprecie el efecto del tratamiento aconsejado o cuente con otros estudios o posibilidades diagnósticas (Conf. Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, Ob. Cit., pag. 327/334).

El error médico generador de responsabilidad, se encuentra íntimamente ligado a la idea de culpa; es frecuente que el profesional que incurre en la equivocación del diagnóstico lo haga por ausencia de conocimientos (impericia), ligereza (no haber examinado lo suficiente al enfermo), por no haber tomado los recaudos previos necesarios (v. gr., estudios clínicos), etcétera (Conf. Carlos A. Calvo Costa, ob. cit.).

Entiendo entonces que, pese a la enjundiosa crítica ensayada por el accionante, no se encuentra configurado en autos un error de diagnóstico inexcusable, en atención a la sintomatología que presentaba el Sr. O., el estudio que le fue ordenado y practicado (ecografía), el modo de presentarse el cuadro clínico –ines-

pecífico-, infrecuente, que además evoluciona rápida, intempestiva y parte de una forma clínica a una quirúrgica. Luego, no obstante la ausencia de los estudios de laboratorio referidos por el galeno, no se encuentra probado que hubiesen permitido anticipar la patología dadas las características referidas, ni que su temprano conocimiento hubiese permitido abordarlo con probabilidades de encarar con mayores tiempos el tratamiento pertinente.

En síntesis, teniendo en cuenta los elementos probatorios reunidos, los que fueron analizados en su conjunto y armónicamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, considero que sin perjuicio del esfuerzo probatorio desplegado por la parte actora, no ha sido acreditada la mala praxis médica que se pretende endilgar a la emplazada, por lo que no cabe sino más que desestimar los agravios vertidos y confirmar la sentencia en crisis.

V.- Costas

Con respecto a las costas, cabe recordar que son las erogaciones que necesariamente deben hacer los sujetos del proceso, para obtener la actuación de la ley mediante la resolución judicial que pretenden (Podetti, Tratado de los actos procesales, Pág.111), siendo principio general en la materia que el objetivamente derrotado debe resarcir íntegramente las mismas al vencedor (Conf. Morello,"Cód. Procesal Comentado y Anotado", Tomo II, pág.363. Ed. Abeledo Perrot).

De tal modo, no constituyen una suerte de castigo para el vencido, sino una forma de resarcir las erogaciones en las que debió incurrir aquel que se vio constreñido a iniciar una acción judicial a fin de lograr el reconocimiento de su derecho. Ahora bien, el principio así esbozado no resulta ser absoluto ya que en el segundo párrafo de la citada norma del ritual aquel se ve atenuado al autorizar a los jueces a que, enmarcados en un prudente arbitrio, ponderando cada caso en particular y siempre que resulte justificada tal exención, prescindan de su aplicación, en tanto encuentren mérito suficiente para ello (conf. CNCiv., esta Sala J,"Kruck, Edith L. c/ Cons. de Prop. Juan de Garay 1294/96/98/1300 s/ejecución de convenio", 15/06/21; íd., íd., expediente N° 96598/2019Saliter, Marcos c/ Intrusos: Ocupantes Recuero 2701/05/ esq. Arrotea S/N CABA y otros s/Desalojo: intrusos" del 17/03/21).

Se ha sostenido reiteradamente sobre la materia que la condena en costas al vencido es la regla y su dispensa, la excepción de modo que el apartamiento de tal principio solo debe acordarse cuando medien razones fundadas, pues la exención debe ser aplicada con criterio restrictivo (conf. Elena Highton-Beatriz Arean, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tomo 2, pág.65, Ed.Hammurabi).

Por otro lado, esta Sala tiene dicho que la sola creencia subjetiva de la razón probable para litigar, no es, de por sí, suficiente para eximir del pago de las costas del juicio, pues es indudable que- salvo hipótesis de actitudes maliciosas- todo aquel que somete una cuestión a los tribunales de justicia es porque cree tener la razón de su parte, mas ello no lo exime del pago de los gastos si el resultado del juicio no le es favorable (conf. CNCiv., Sala J, Expte. N° 45.248/20."Gómez c/ Penso s/ med. Prec." del 28/12/20).Solo es admisible la eximición frente a las características peculiares y dificultades del asunto pero, en tales supuestos, la razón probable para litigar debe encontrarse avalada por elementos objetivos de apreciación de los que se infiere la misma sin lugar a dudas. No basta, por tanto, la mera expectativa que pudo abrigar el perdidoso, en cuanto a obtener un resultado acorde con su pretensión (íd. íd., concita de Morello-Sosa-Berizonce y jurisprudencial; íd. íd., r. Nº186.589, del 5/3/96).

En la especie, dadas las particularidades que presenta el caso, existen razones que pudieron llevar al actor a creerse con derecho para demandar, atendiendo las circunstancias apuntadas de la causa que se erigen en motivos de entidad para sustentar en razones de equidad el apartamiento del principio rector del vencimiento objetivo establecido en el ordenamiento aplicable, correspondiendo que las costas de ambas instancias sean impuestas por el orden causado (art.68 del Código Procesal).

En merito a lo expuesto, se propone al Acuerdo:

I.- Rechazar los agravios vertidos por la parte apelante y en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida en todo cuanto decide, con excepción de las costas que se imponen en el orden causado y las comunes por mitades.

II.- Costas de Alzada por su orden (art. 68 del rito).

Así mi voto.

La doctora *Verón* y la doctora *Scolarici* adhieren al voto precedente.

Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras y Señor Vocales en los términos de la Acordadas 12/20, 31/20 CSJN, de lo que doy fe.

Buenos Aires, 18 junio de 2021

Vistos:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal *Resuelve:*

I.- Rechazar los agravios vertidos por la parte apelante y en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida en todo cuanto decide, con excepción de las costas que se imponen en el orden causado y las comunes por mitades.

II.- Costas de Alzada por su orden (art. 68 del rito).

III.- En lo que atañe a los honorarios, corresponde, en primer lugar, adelantar que esta Sala considera que la ley 27.423 es la que mejor preserva el valor de las retribuciones judiciales, las que gozan, a su vez, de privilegio general y revisten el carácter alimentario (cfr. art. 3 de la ley citada); como así también, que su aplicación no afecta la garantía de igualdad ante la ley (cfr. art. 16 C.N.), ni el derecho de propiedad (cfr. art. 17 C.N.). Ello, pues, si bien ningún cambio puede realizarse en el marco de una disminución o pérdida de un derecho adquirido, en la especie, las modificaciones arancelarias que prevé la ley son admisibles, en tanto reportan un mayor beneficio a los profesionales del derecho.

En este sentido, corresponde remarcar que las tareas del abogado desarrolladas en un proceso judicial generan su crédito por honorarios. A medida que el letrado va realizando su tarea profesional se van devengando en forma simultánea sus honorarios y una vez finalizada su labor, se habrá devengado todo el honorario profesional que le corresponderá en definitiva por dicha actuación.

En efecto, la ley de honorarios carece de toda influencia en el devengamiento del crédito por honorarios, ya que estos se devengan por la actuación profesional, con ley de honorarios o sin ella y, en este caso, diga lo que diga la ley de honorarios. Estos emolumentos devengados, a su vez, constituyen una relación jurídica obligacional preexistente a la regulación judicial y, en defecto de acuerdo válido, la regulación judicial es una consecuencia necesaria de esa relación jurídica obligacional a los fines de la determinación de su monto (cfr. Toribio E. Sosa - "Conflicto de leyes arancelarias nacionales", La Ley, 1/6/18).

De allí, que de conformidad con lo dispuesto por el art. 7º párr. 1º del Código Civil y Comercial de la Nación, su aplicación es inmediata, incluso con respecto a honorarios devengados antes de su entrada en vigencia, pero aún no regulados judicialmente. (v. arg. esta Sala, "S. M. S. D. V. I. M. y otro c/ C. B. N. H. y otro s/ Ejecución Hipotecaria" Exp. Nro.104405/2007 del 6/11/2019 y "T. C., V. H. c/ T. T., G. y otros s/ Nulidad de escritura Exp. Nro. 1746/2017 del 24/2/2021, entre otros).

A tales efectos, corresponde acudir a las pautas de valoración enumeradas en el artículo 16 (calidad, extensión, complejidad y trascendencia del trabajo profesional, entre otras), atender a las etapas cumplidas (art. 29), y computar el monto del proceso (art. 22), con más sus intereses (art. 24) y la reducción correspondiente (30% conforme segundo párrafo del artículo 22). Sobre dicho monto, cabe aplicar la escala prevista en el art. 21, párrafo 2°, sin perder de vista el factor de correlación al que alude, esto es, que "en ningún caso los honorarios" podrán ser inferiores al máximo del grado inmediato anterior de la escala, con más el incremento por aplicación al excedente de la alícuota que corresponde al grado siguiente".

Dichas pautas son las que permitirán un examen razonable a los fines de determinar la retribución de los profesionales intervinientes.

Para ello, se considerará el monto del asunto, el que surge del monto de la demanda con más sus intereses al que se le deducirá el porcentaje correspondiente; el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; el resultado obtenido; la trascendencia de la resolución a que se llegare para futuros casos; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y pautas legales de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, 58 y c.c. de la ley 27.423 y acordada 07/2021 de la C.S.J.N.

En cuanto a los auxiliares de justicia (peritos de oficio), se evaluará la labor efectuada con arreglo a las pautas subjetivas del artículo 16 de la ley 27.423, en cuanto resultan aplicables a la actividad prestada en el expediente, apreciada por su valor, motivo, calidad, complejidad y extensión, así como el mérito técnico- científico puesto al servicio de las mismas, entre otros elementos; el monto que resulta de la liquidación mencionada precedentemente, lo dispuesto por el artículo 21, y 61 de la citada ley y pautas del art. 478 del Código Procesal.

En consecuencia, atendiendo a que fueron apelados únicamente por altos y por no considerarlos elevados se confirma la regulación del Dr. Pablo Jorge Fazio en su calidad de letrado apoderado de la demandada y citada en garantía.

Respecto a los honorarios de la representación letrada de la parte actora, encontrándose apelados por altos y bajos, por considerarlos reducidos, se fijan en 100 UMA los emolumentos del Dr. Juan Cruz

Caimi Villanueva, lo que representa la suma de pesos cuatrocientos quince mil doscientos ($415.200) y en 15 UMA a favor de la Dra. Ángeles Piccione Moro por su intervención en las audiencias de fs. 175, 194/197, 204/206, 221/222 y fs. 377, lo que representa la suma de pesos sesenta y dos mil doscientos ochenta ($62.280).

A su turno, por considerarlos reducidos, los honorarios de la perito psicóloga Claudia Viviana Viegas Carromba se fijan en la cantidad de 38,40 UMA equivalente a pesos ciento cincuenta y nueve mil cuatrocientos treinta y seis con 80/100 ($159.436,80) y los del perito médico Antonio Carlos Catalán Pellet, en la cantidad de 51,20 UMA que equivalen a la suma de pesos doscientos dieciséis mil setecientos treinta y cuatro con 40/100 ($216.734,40) (Ac. 7/2021 CSJN del 20 de abril de 2021).

En cuanto a las tareas desarrolladas en la Alzada conforme la aplicación de la nueva normativa arancelaria (art 30 de la ley 27.423) se regulan los honorarios de los Dres. Juan Cruz Caimi Villanueva y Miguel Eduardo Mirmi en 34,5UMA, equivalente a pesos ciento cuarenta y tres mil doscientos cuarenta y cuatro ($143.244) en conjunto; y los del Dr. Pablo Jorge Fazio en 18,12 UMA, lo que representa la suma de pesos setenta y cinco mil doscientos treinta y cuatro con 24/100 ($75.234,24).

Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici. — Maximiliano L. Caia.*

MALA PRAXIS OBSTÉTRICA

Daño neurológico. Nudo de cordón umbilical. Hipoxia isquémica. Actitud pasiva frente a la disminución de los latidos del feto. Omisiones en la historia clínica. Procedencia.

1. — Existen elementos para inferir que el médico demandado no obró con la prudencia y diligencia que exigían las circunstancias pues, de otro modo, habría adoptado una actitud activa frente a la disminución de los latidos del feto. Ante la falta de datos en la historia clínica sobre la evolución de la frecuencia cardíaca fetal en ese lapso tampoco es posible saber con certeza con qué intensidad o cómo evolucionó la hipoxia intraparto. Solo se conoce que la niña nació con acidosis grave, que los signos vitales eran incompatibles con la vida y que experimentó una lesión cerebral que la incapacitó gravemente.

2. — Es procedente la demanda por mala praxis, ya que la omisión de los controles fue decisiva para producir el resultado, pues normalmente el sufrimiento fetal es por sí misma suficiente para provocarlo. Pero aún si por mera hipótesis de trabajo se considera que la disminución de la frecuencia cardíaca fetal no fue la causa de las secuelas que exhibe la niña, sino que estas obedecen exclusivamente a los efectos de la aparición del nudo real o verdadero de cordón —imprevisible hasta el momento del nacimiento—, no se explica por qué razón fueron subestimados los signos de alarma, no se evaluaron los parámetros clínicos y obstétricos en la madre ni se registraron las contracciones uterinas en los controles finales del parto.

3. — Las omisiones que contiene la historia clínica no favorecen en absoluto la postura de los demandados. De allí, si dicho instrumento —que es primordial para reconstruir el modo en que tuvieron lugar los hechos— es incompleto o fue mal confeccionado y el desenlace aparece como exorbitante frente a los antecedentes verificados, no cabe otra explicación plausible que sostener que el obstetra no obró con la diligencia que es exigible durante los controles inmediatamente anteriores al parto.

4. — No puede admitirse la demanda de mala praxis contra la partera, pues se trata de una auxiliar del médico obstetra durante la evolución del trabajo de parto que concluye con el nacimiento, a quien no le incumbía decidir el procedimiento a seguir. Además, actúa a las órdenes del médico obstetra que, en el caso estaba presente.

5. — Probada la culpa del obstetra, surge —sin más— la responsabilidad del establecimiento asistencial como de la obra social demandada.

6. — A efectos de determinar la indemnización por incapacidad sobreviniente, no corresponde computar la expectativa de vida en concreto sino la genérica que corresponde a cualquier persona en condiciones normales, pues no es dudoso que la esperanza de vida menguada es el resultado de la mala praxis profesional y constituye, por cierto, una de las aspiraciones frustradas por la culpa enrostrada a los responsables pues, si se hubiera obrado con diligencia, la víctima habría conservado intactas aquellas expectativas, como cualquier persona de su edad.

7. — La víctima, desde el nacimiento, vio frustrada la posibilidad de llevar una vida digna, pues carga desde entonces con una gran discapacidad que desde los albores de su existencia obstó a la formación armónica de su personalidad, impidiéndole desempeñarse en la vida cotidiana en las mismas condiciones que los demás.

8. — Se presentan enormes dificultades a la hora de fijar de antemano una suma única para atender a los gastos médicos futuros, no solo por las enormes posibilidades científicas que generalmente aparecen y podrían modificar el panorama actual en cuanto a la posibilidad de realizar nuevos intentos para mejorar la salud sino, además, por los eventuales cambios que pueda experimentar la niña a lo largo de los años, extremo que aprehende el tiempo estimado de sobrevida.

9. — Tratándose de un menoscabo causado a la persona en razón de la falla incurrida en el transcurso del cumplimiento de la prestación médico-asistencial, es adecuado hacer correr los intereses desde que se verificó el incumplimiento material pues, los demandados incurrieron desde entonces en retardo jurídicamente relevante.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis obstétrica.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $2.500.000

Daño patrimonial

Daños varios: Gatos médicos futuros: $3.000.000

CNCiv., sala M, 09/08/2021. - K., F. M. y otros c. Clínica Bazterrica (OMINT de Servicios) y otros s/ daños y perjuicios - Resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/117926/2021]

COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

INTERESES

Se aplica desde el incumplimiento y hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, la tasa pura del 8% anual y desde allí en adelante, la tasa activa cartera préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Expediente N° 84.222/2015,

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 9 de 2021.

Considerando:

La doctora *Benavente* dijo:

I. F. M. K. y E. T., en representación de su hija menor de edad, M. L. T., promovieron demanda contra la Clínica Bazterrica —actualmente gerenciada por Omint SA—; la Obra Social del Personal de Seguros SA; A. T. F. y J. C. G. P. por el pago de que los emplazados habrían causado con motivo del nacimiento de su hija, M. T. K.

Solicitaron la citación en garantía de "TPC Compañía Argentina de Seguros SA" y de "Federación Patronal Seguros SA".

Relataron que F. M. K. cursó un embarazo sin ningún tipo de complicaciones. Realizó los controles de rutina y no se detectaron anomalías ni en la madre ni en la persona por nacer. El 6 de abril de 2010, en horas de la madrugada, K. ingresó a la Clínica Bazterrica. Fue revisada por guardia y le quitaron el tapón mucoso. Aproximadamente a la hora 2:00 hs., el personal se comunicó con la partera, A. T. F. En un primer momento se colocó suero a la paciente, pero ningún profesional la volvió a ver hasta las 5:00 de la mañana, en que la llevaron al quirófano. Se produjo un parto espontáneo sin complicaciones para la madre. Sin embargo, la niña nació con una circular de cordón umbilical alrededor del cuello que no fue detectada a tiempo por no haberse realizado un control clínico pues, de lo contrario —sostiene— debería haberse practicado una operación cesárea.

La recién nacida ingresó en neonatología inmediatamente después del parto con un cuadro de depresión neonatal e hipotonía, que indudablemente fueron causadas por la lesión neurológica del sistema nervioso central. Tres días después del nacimiento, se realizó una resonancia magnética que dio cuenta de que la niña tenía estructuras anatómicas normales pues no presentaba malformaciones, de modo que —concluyen los actores— las gravísimas deficiencias neurológicas que padece obedecen a la encefalopatía crónica secundaria e hipoxia isquémica perinatal.

Por su parte, el Dr. J. C. G. P. negó la responsabilidad que le fue atribuida. Detalló los controles que se efectuaron a la madre durante el embarazo, el último de los cuales tuvo lugar el 5 de abril de 2010, mientras transitaba la 38.5 semanas de gestación. Sostiene que, según los estudios realizados, presentó monitoreo reactivo en tanto que la ecografía dio cuenta de un peso fetal estimado de 3400 gramos. Destacó que el tacto vaginal puso de relieve que el cuello posterior estaba borrado al 30% con 1 a 2 cm de dilatación y presentación cefálica móvil. El 6 de abril de 2010, al ingresar por guardia, K. estaba afebril y hemodinámicamente compensada. Los latidos fetales eran 145 por minuto y las contracciones, de 15 segundos de duración, eran menos de tres cada diez minutos. La bolsa se encontraba íntegra. El monitoreo fetal en ese momento resultó reactivo, como pudo comprobar también la partera que se presentó después en la clínica y convocó al médico una vez que la paciente tenía dilatación completa. El trabajo de parto comenzó sin complicaciones y fue controlado adecuadamente.

A las 5:30 hs., la madre se encontraba normotensa y afebril, con dilatación, cuello borrado al 90% y presentación móvil. Las contracciones comenzaron a producirse dos cada diez minutos, con una duración de 30 segundos. Los latidos fetales no presentaban ninguna alteración. Se realizó analgesia peridural de conducción y a las 7:59 hs. de la rotura artificial de membranas, se obtuvo un líquido claro. Nació una niña de 39 semanas y un Apgar de 5 al minuto y 8 a los cinco minutos. La beba requirió cuidados de reanimación pero inmediatamente después, a los cinco minutos, recuperó los parámetros normales, a excepción del tono muscular. Se decidió ingresarla a Neonatología. El dato llamativo seguía siendo la hipotonía muscular junto con la dificultad de succión. Su evolución no fue satisfactoria desde el punto de vista neurológico. Para indagar en las causas, se relevaron antecedentes de convulsiones en el padre y un tío y, además, se envió a estudio la placenta alterada en su forma (arriñonada). Se informó luego "placenta del tercer trimestre con maduración vellositaria acorde a la edad gestacional y signos de isquemia". Existían dos diagnósticos probables: hipereclepxia y encefalopatía epiléptica neonatal, cuadros que no tienen que ver con el parto.

En cuanto a la distocia funicular que se presentó en el parto, el médico demandado sostuvo que no fue la circular de cordón la que habría provocado la moderada depresión neonatal, sino el nudo real de cordón, de difícil diagnóstico antenatal. A su modo de ver, no existió falta de control o alteraciones en las mediciones de las condiciones fetales.

A fs. 310 ss., se presentó TPC Compañía Argentina de Seguros SA y contestó demanda. Tras reconocer la vigencia de la póliza "claims made" que la ligaba a CS Salud —por entonces propietaria de Clínica Bazterrica—, denunció un tope de cobertura de U$S125.000, tanto por acontecimiento como por la totalidad de los reclamos que pudieran producirse durante la vigencia de la póliza. Aclaró que se denunciaron dos siniestros durante ese período.

En cuanto al fondo, sus argumentos son análogos a los expuestos por el profesional demandado, anteriormente reseñados.

A fs. 345 ss., Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda, contestó demanda en similares términos a los expuestos con anterioridad.

Omint SA, por su parte, relató los hechos en forma coincidente con los restantes demandados y señaló que el resultado fue imprevisible para los médicos.

A fs. 374 ss. se presentó A. T. F. Manifestó que el ingreso de K. por guardia se produjo a las 0:45 hs. del 6 de abril de 2010. Se confeccionó la historia clínica de ingreso y se realizó monitoreo fetal. Detalla el partograma y señala que a las 7:59 se produjo la rotura artificial de membranas, a partir de lo cual la atención fue plasmada en el parte quirúrgico que efectuó el médico obstetra interviniente. La beba nació a las 8:20 (sic), por su polocefálico, con circular de cordón deslizable al cuello y "nudo real de cordón" de 3405 gramos de peso, Apgar 5/8 y 39 semanas de edad gestacional. Requirió reanimación. Se diagnosticó "recién nacido deprimido moderado, ingresando a terapia intensiva neonatal". Explicó en qué consiste el nudo verdadero de cordón umbilical destacando que es infrecuente y de hallazgo en el parto, pues el diagnóstico antenatal, accesible por imágenes en algunos casos, es aún difícil e incierto.

Sostiene, básicamente, que no existe responsabilidad de su parte, porque le está prohibido realizar tratamiento fuera de los límites de sus incumbencias, toda vez que estas consisten en atender a la mujer embarazada, controlar el trabajo de parto y asistirlo en condiciones normales. Solicita se cite a Seguros Médicos SA.

A fs. 404, Federación Patronal Seguros SA se presentó y reconoció la póliza que celebró con el Colegio de Médicos de la provincia de Buenos Aires, en cuya nómina figura la cobertura asegurativa al Dr. J. C. G. P.

Luego de describir los antecedentes del caso, indica que si bien la niña presentó circular de cordón y nudo real de cordón, no se evidenciaron manifestaciones de sufrimiento fetal que pudieran justificar un cuadro de hipoxia/anoxia intraparto. Sostiene que no

se presentaron signos tales como anormalidades en la frecuencia cardíaca fetal y, por ende, no había motivos para indicar una operación cesárea. A su modo de ver, no hubo negligente control gestacional porque la circular de cordón no era previsible sino producto de movimientos fetales o maternos. El monitoreo y el líquido amniótico no revelaron alteraciones.

Seguros Médicos SA reconoció la vigencia de la póliza celebrada con A. T. F., con una franquicia de $15.000 y un monto asegurado de $100.000.

Una vez producida la prueba ofrecida por las partes y vencido el plazo para alegar, el 23/09/2020 la Sra. jueza dictó sentencia, admitiendo la demanda y condenando a todos los emplazados a pagar la suma que indica, con más sus intereses y las costas del juicio. Al propio tiempo, declaró inoponible a la actora las franquicias y condiciones limitativas del seguro y, por tanto, hizo extensiva la condena en toda su magnitud contra Federación Patronal Seguros SA (aseguradora del Dr. G. P.); TPC Compañía Argentina de Seguros SA (aseguradora de Omint SA de Servicios); Seguros Médicos SA (citada en garantía por A. T. F.) y contra la Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda. A su vez, declaró inaplicable al caso, por inconstitucional, el art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, con costas por su orden. Finalmente, reguló los honorarios de todos los profesionales intervinientes.

El pronunciamiento fue apelado por todos los involucrados. Los emplazados procuran se revise la solución expuesta en el primer pronunciamiento y, en subsidio, cuestionan los montos por los que prosperó el reclamo, la tasa de interés y la declaración de inaplicabilidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial. La "Obra Social de la Actividad de Seguros, Reaseguros, Capitalización y Ahorro y Préstamo para la Vivienda" se agravió porque se hizo extensiva la sentencia en su contra. Las restantes aseguradoras criticaron, además, la decisión de declarar la nulidad e inoponibilidad tanto de la franquicia como de la suma máxima asegurada.

La parte actora, a su vez, solicita se incremente la cuantía que fue reconocida.

II. Es inequívoco que, de conformidad con las reglas del derecho transitorio, la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico que, en el caso, es el Cód. Civil y sus leyes complementarias. Sin embargo, el nuevo ordenamiento aprehende las consecuencias que al tiempo de su entrada en vigencia no se encontraban consumadas **(1)**.

Al respecto, cuadra distinguir —por un lado— la configuración del daño como elemento medular de la responsabilidad civil y, por otro, la fijación del monto resarcitorio que no es sino una consecuencia de esa relación jurídica que, al estar pendiente de determinación —deuda de valor— no se encuentra consolidada y, por tanto, ha de quedar gobernada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación **(2)**.

III. Por una razón de orden lógico, comenzaré el análisis de los agravios de los demandados.

El marco conceptual a la luz del cual debe ser examinado el caso ha sido exhaustivamente desarrollado por la colega de grado. No obstante, no está de más recordar sintéticamente algunos aspectos teóricos sobre cuya base fundaré mi voto.

No cabe duda que la obstetricia es la rama de la medicina más expuesta al escrutinio público por los riesgos que con frecuencia trae aparejados. De allí, si bien no desconozco algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que consideran que la obligación del obstetra es obligación de resultado **(3)**, comparto el criterio mayoritario que afirma que se trata de una obligación de medios **(4)**. Desde esta perspectiva, el médico debe hacer todo lo posible para cumplir adecuadamente con las terapéuticas que deben llevarse a cabo sobre los pacientes cuya atención le ha sido confiada, de modo tal de no causar daños injustificados durante los procedimientos que realiza **(5)**. En caso contrario se configurará su culpa, ya sea por impericia, o bien por negligencia o imprudencia.

Una fuerte tendencia señala que en la vida moderna no se puede vivir sin cometer errores **(6)**. Es que, por lo general, el éxito final de una práctica determinada no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como —v. gr.— aquellas circunstancias imposibles de controlar. Esto significa que en muchas situaciones se ha prestado una diligencia adecuada y sobreviene igualmente un resultado inesperado. Por eso se dice que la medicina lejos está de ser una ecuación matemática y muchas veces se puede incurrir en error pese a haber obrado correctamente, de acuerdo a las directrices de la ciencia. Pero no hay error sino culpa cuando la falla proviene de una falta de atención o una inadvertencia inexcusable —valorada de conformidad con lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil— en un caso determinado **(7)**.

Más allá de lo expuesto, no debe perderse de vista que al intervenir valores tan trascendentes, la menor imprudencia, negligencia o descuido más leves, tendrán una dimensión especial en caso de que con ellos haya sido posible desencadenar responsabilidad profesional. De allí, es exigible a los profesionales una máxima diligencia que lleva a extremar el deber de prevención y adoptar todos los recaudos que re-

sulten indispensables para atender a la seguridad del paciente **(8)**.

Por cierto, cuando se discuten cuestiones ajenas al ordinario conocimiento de los jueces, la pericia médica adquiere singular trascendencia, pero de ello no se sigue que el juzgador se encuentre impedido de valorar sus conclusiones a la luz de la sana crítica (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), y mucho menos que se encuentre ligado por aquella, declinando —así— la función constitucional de juzgar, para la que fueron designados. Bien se ha dicho que la valoración de la prueba es un ámbito que incumbe especialmente al juzgador, por tratarse de materia jurídica **(9)**, para lo cual puede valerse de la opinión de los expertos como así también de toda otra prueba que se aporte al proceso. En esto consiste —ni más ni menos— el ejercicio adecuado de la directiva que proporciona el art. 477 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, según el cual "la fuerza probatoria del dictamen será valorada 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, conforme a los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca". De allí, cuando se han producido dos informes que contienen puntos de vista distintos, como ocurre en el caso, el juez examinará los fundamentos de uno y otro y si no son compatibles, dará preeminencia a aquel que genere mayor fuerza convictiva, ya sea por la exposición de los fundamentos o por la incumbencia de cada uno de los peritos, extremos ambos que permitirán formar opinión sobre la responsabilidad de los profesionales involucrados.

En la especie, se produjeron dos informes periciales que llegaron a conclusiones distintas. Pero, más allá de la diferente interpretación final a la que arriban los expertos, las coincidencias entre ambos son las siguientes: a) el embarazo fue normal, no se presentaron signos de alarma; b) en la historia clínica no figuran signos de sufrimiento fetal previo al ingreso al quirófano; c) la anestesia aplicada antes del parto era suficiente para realizar, en su caso, una operación cesárea; d) la niña sufrió riesgo de vida; e) el monitoreo fetal al ingreso fue reactivo; f) según la historia clínica, el líquido amniótico al momento del nacimiento era claro; g) no figura en la historia clínica bradicardia ni meconio al momento del nacimiento; h) al nacer, se registró un Apgar de 5 y a los cinco minutos del parto era de 8; i) en la historia clínica de Obstetricia y Neonatología figura que se presentó un nudo real de cordón; j) el nudo verdadero de cordón no siempre es diagnosticable por ecografía; k) en la mayoría de los casos de niños que presentan daños neurológicos no siempre están relacionados con lesiones intraparto; l) la falta de oxígeno es solo una de las posibles causas de daño neurológico prenatal.

Las notorias diferencias entre las conclusiones del Dr. Sola (fs. 663/667) y las del Dr. Cortese se producen a partir de la interpretación de las constancias de la historia clínica. Para el primero, fue el nudo real de cordón el que desencadenó la hipoxia isquémica. Se trata de un evento imprevisible o de muy difícil diagnóstico ya que se instala en el último momento durante el período expulsivo del trabajo de parto. Incluso para el Dr. Sola, la presencia de líquido amniótico claro descarta sufrimiento fetal previo. No encontró ninguna anormalidad en el partograma. Al momento del nacimiento, la menor no tuvo llanto espontáneo, seguía hipotónica con falta de reflejos a la estimulación. Nació deprimida. La hipoxia isquémica producida por el nudo real del cordón umbilical se detuvo al cortarlo de inmediato, pero las lesiones de hipoxia ya se habían producido en el cerebro y en los otros órganos. Destaca que la magnitud del daño experimentado surge a partir de datos objetivos, como son los valores de los gases en sangre que se midieron de inmediato. Así, el pH de 6.79 es casi incompatible con la vida, acompañándose con un exceso de base de -21.4, que se denomina acidosis metabólica extrema, que exhibe idéntica incompatibilidad. Verificados esos extremos, el equipo médico actuó con celeridad y efectuó maniobras adecuadas, pero resultaron tardías porque la Anoxia Isquemia por Nudo Real de cordón actúa en minutos.

Para el Dr. Cortese, en cambio, si bien los datos asentados en el partograma no revelan alteraciones ni de latidos cardíacos fetales ni de la frecuencia e intensidad de la dinámica uterina, en el trazado del monitoreo fetal sí existe una alteración de la frecuencia cardíaca fetal, que no fue anotada en aquel, que tornaba indispensable el seguimiento estricto y la eventual intervención profesional (ver cuestionario de la codemandada F.). La alteración del trazado a que se refiere se produjo a las 6 hs.

Al formular las consideraciones médico legales, el Dr. Cortese destacó que, entre el ingreso de la actora por guardia, a las 00:45 hs., y la hora en que la madre fue trasladada al quirófano y se inició el registro del partograma —a las 5:30 hs.— no figura ningún control. Subrayó, además, que hay un monitoreo fetal a las 6:00 hs. que, si bien no tiene el registro simultáneo de las contracciones uterinas, muestra una evidente desaceleración de los latidos. Dicho registro fue interrumpido. Al respecto, el perito informó que se sospecha peligro, compromiso o pérdida del bienestar fetal, si la frecuencia cardíaca inmediatamente después de una contracción está repetidamente debajo de 120 latidos por minuto. Añadió que es muy probable que exista peligro fetal si se ausculta que la frecuencia es

inferior a 100 por minuto, aun con una buena recuperación, con carácter previo a la siguiente contracción. Cuando se observan desaceleraciones de esa magnitud es mejor continuar la monitorización del trabajo de parto de manera electrónica (fs. 655).

Destaca el perito Cortese, que luego del monitoreo que se realizó a las 6:00 hs. —que dos horas antes del nacimiento mostraba una llamativa caída en la frecuencia cardíaca fetal—, no consta ningún registro posterior, ni se menciona siquiera ese evento en el partograma. Tampoco se indica que se hubiera seguido un control exhaustivo o que se hayan adoptado las medidas habituales para este tipo de casos, como —v.gr. administración de oxígeno, decúbito lateral, inhibir las contracciones— para actuar en consecuencia, de acuerdo con su evolución. Las dos horas que pasaron desde que comenzaron los signos de alarma hasta el nacimiento fueron perjudiciales, pues la beba nació con acidosis grave. Concluyó, finalmente, que las desaceleraciones indicaban un compromiso fetal que fue ignorado y que debido a su persistencia en el tiempo afectó al feto, ya que la circular funicular, el nudo real de cordón y la acidosis al nacimiento en sangre de cordón confirman que había una causa de hipoxia intraparto dos horas antes del nacimiento (ver fs. 555 y vta.).

De la comparación precedente se deduce que el Dr. Sola solamente examinó los datos que figuran en la historia clínica y no advirtió —o, al menos, no hizo al respecto ninguna mención— que no se llevó a cabo ningún control entre el momento en que la madre ingresó por guardia y las 5:30 de la mañana en que fue trasladada a quirófano. Tampoco señala en su informe la notoria disminución de la frecuencia cardíaca del feto que, como mínimo, exigía implementar una conducta médica distinta de la empleada por tratarse de un signo de alarma.

Por cierto, llama la atención que la disminución de la frecuencia cardíaca fetal no figura siquiera en el partograma, de modo que, al parecer, el codemandado G. P., actuó con prescindencia de la referida señal que, en definitiva, fue determinante para producir el resultado. Es significativo que el Dr. Sola no hubiera efectuado ninguna referencia a esos datos en su informe —que indudablemente tuvo a la vista— aunque más no sea para explicar por qué no los consideraba relevantes. Solo hizo reiterada mención a la imprevisibilidad del nudo real de cordón —que ciertamente se había formado— pero no parece haber realizado una lectura crítica de la historia clínica. Pienso, por tanto, que el enfoque distinto del problema por parte de ambos expertos, surge a partir de una interpretación lineal e incompleta de los antecedentes por parte del Dr. Sola.

Coincido, entonces, con la colega de grado en que existen elementos para inferir que el médico demandado no obró con la prudencia y diligencia que exigían las circunstancias pues, de otro modo, habría adoptado una actitud activa frente a la disminución de los latidos del feto. No paso por alto que, según los demandados, las dos horas transcurridas desde el comienzo de los signos de alarma hasta el nacimiento habrían dado como resultado la muerte segura del feto. Ante la falta de datos en la historia clínica sobre la evolución de la frecuencia cardíaca fetal en ese lapso tampoco es posible saber con certeza con qué intensidad o cómo evolucionó la hipoxia intraparto. Solo se conoce que la niña nació con acidosis grave, que los signos vitales eran incompatibles con la vida y que experimentó una lesión cerebral que la incapacitó gravemente.

En el contexto señalado, no abrigo dudas que la omisión de los controles fue decisiva para producir el resultado, pues normalmente el sufrimiento fetal en las condiciones descriptas en el informe del Dr. Cortese, es por sí misma suficiente para provocarlo. Pero aún si por mera hipótesis de trabajo se considera que la disminución de la frecuencia cardíaca fetal no fue la causa de las secuelas que exhibe la niña, sino que estas obedecen exclusivamente a los efectos de la aparición del nudo real o verdadero de cordón —imprevisible hasta el momento del nacimiento—, no se explica por qué razón fueron subestimados los signos de alarma, no se evaluaron los parámetros clínicos y obstétricos en la madre ni se registraron las contracciones uterinas en los controles finales del parto.

Para apreciar la culpa médica, se han expuesto distintas alternativas. Así, es cada vez más frecuente encontrar pronunciamientos que, con sustento en lo que se denominan "cargas probatorias dinámicas", desplazan la carga de la prueba a quien está en mejores condiciones de arrimar elementos al proceso. También la regla "*res ipsa loquitur*" ha permitido fundar condenas cuando el daño no puede explicarse, de acuerdo con el sentido común, sino por la existencia de culpabilidad, pues el resultado producido no es la consecuencia normal ni integra el riesgo médico corriente o habitual. En el derecho comparado, por su parte, se han formulado las teorías de la prueba de "primera impresión", de la "anscheinbeweis", entre otras, de manera que evidenciados por el paciente ciertos datos empíricos, el juez ha de tener por probada la falta galénica o del centro asistencial cuando el daño, en su ocurrencia según la experiencia, no pudiera explicarse de otra manera que no fuese en virtud de la comisión de la referida culpa, a menos que se rindiera una contraprueba eficaz: su no culpa o el casus **(10)**.

Algo similar aconseja alguna doctrina a la hora de flexibilizar la prueba del nexo causal, que suele ser dificultoso de acreditar para los profanos. La teoría de la causalité virtuelle y de la presunción de causalidad —originadas en la jurisprudencia de la Casación francesa y seguida en distintos países de Europa— **(11)**, postula una libre valoración de la relación causal y consiguiente inversión de la carga probatoria. En consecuencia, se presume el nexo causal entre el daño y la conducta del facultativo que no consta de modo directo o cierto y se condena a este a reparar el perjuicio. También se esbozó la creation d'un risque injustifié por el facultativo. En verdad, estas teorías, en estado puro, no han sido bien recibidas por la doctrina y la jurisprudencia nacional. Es que, en nuestro derecho, no se admite la teoría de la causalité virtuelle, sino que la carga de probar el nexo causal recae, en principio, sobre el pretensor **(12)**, de manera que el paciente está precisado a producir las pruebas que proporcionen elementos que autoricen a tener por vinculada la conducta o el hecho con el resultado. Con esos datos, podrá presumirse la adecuación de las consecuencias, si las reglas de la experiencia indican que un hecho debió ser causa de un daño, según un criterio de regularidad **(13)**. Sin perjuicio de ello, se ha señalado que ciertas negligencias abstractas —por sí solas no causales— (v.gr., historia clínica mal llevada, quirófano con falta de asepsia, instrumentos médicos insuficientemente esterilizados, etc.), generan una situación de riesgo de dañosidad, de modo que todas estas circunstancias pueden contribuir de manera coadyuvante o corroborante de otros elementos probatorios, a efectos de tener por demostrada la relación causal **(14)**.

Generalmente, por las dificultades que muchas veces trae aparejada la prueba a cargo del damnificado —que, por cierto, no se encuentra en igualdad de condiciones que los profesionales— algunos autores y fallos sostienen que la prueba presuncional juega un rol trascendente a la hora de valorar la vinculación entre el resultado y un acto médico o paramédico específico, en aquellos supuestos en que no existe certeza o cuando se trata de "cursos causales no verificables" **(15)**. De allí, frente a la inexistencia de evidencia científica directa, es posible concluir en la configuración de los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento cuando de las circunstancias puede deducirse la probabilidad o previsibilidad objetiva que autorice a suplir la prueba categórica y completa del nexo causal. A tal efecto en algunos pronunciamientos se ha sostenido que el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia, si los elementos de juicio suministrados autorizan a tener por acreditado un grado suficiente de probabilidad **(16)**. No se trata de aceptar la teoría de la causalité virtuelle o la de la creation fautive d'un estat dangereaux, antes mencionadas, sino en todo caso, esta última con algunas correcciones **(17)**.

Por lo demás, como bien advirtió la jueza, las omisiones que contiene la historia clínica no favorecen en absoluto la postura de los demandados. De allí, si dicho instrumento —que es primordial para reconstruir el modo en que tuvieron lugar los hechos— es incompleto o fue mal confeccionado y el desenlace aparece como exorbitante frente a los antecedentes verificados, no cabe otra explicación plausible que sostener que el obstetra no obró con la diligencia que es exigible durante los controles inmediatamente anteriores al parto. Repárese que la historia clínica inexplicablemente no refleja la existencia de sufrimiento fetal agudo que llevaba necesariamente a sospechar que la beba podría experimentar al nacer un síndrome hipóxico isquémico. Ante esa falta de registración, como lógica consecuencia, tampoco se efectuó un seguimiento exhaustivo y continuo del proceso de oxigenación y de la frecuencia cardíaca. De modo que esa falla en la anotación de los signos relevantes constituye un indicio grave que da cuenta de que la conducta médica no se ajustó a la lex artis y dio como resultado un diagnóstico erróneo.

No paso por alto que la obra social demandada hizo hincapié en que la placenta exhibía una forma anómala, arriñonada que motivó que fuera estudiada. Sin embargo, dicho extremo no parece haber incidido en el resultado o, al menos, no lo probaron quienes estaban en mejores condiciones para acreditarlo. Advierto además que de haber sido un factor decisivo en el desenlace, no encuentra explicación por qué motivo, a lo largo de todo el proceso de gestación se hizo hincapié en que el embarazo fue normal y no existieron factores de riesgo ni en el feto ni en la madre. Tampoco se sostuvo que la irregularidad que se denuncia y que pudo haber incidido en el desarrollo y oxigenación de la persona por nacer, hubiera provocado la hipoxia.

No puede soslayarse que en varios pasajes de este proceso se pretende inclinar la investigación de las causas de la grave afección a otros factores, como la edad de la madre, su sobrepeso, patologías presentes en el padre y en tío de la niña y a la formación arriñonada de la placenta. Pero nada indica que alguna de esas variables hubiera incidido en el resultado. La resonancia magnética del encéfalo efectuada en los días posteriores inmediatos al nacimiento dio cuenta de que las estructuras anatómicas eran normales, en tanto que el informe de neurología diagnosticó que la menor experimentó encefalopatía crónica secundaria a hipoxia isquémica perinatal (543/4). Y es en este punto que advierto que los informes médicos no son absolutamente contradictorios sino que tienen algunos aspectos en común, toda vez que, más allá de las

dudas razonables sobre el origen de la afección, existe coincidencia en el diagnóstico final por cuanto ambos expertos indican que existió lesión neurológica del sistema nervioso central, solo que para el Dr. Sola la hipoxia isquémica obedeció a la imprevisible presencia del nudo verdadero de cordón, en tanto que para el Dr. Cortese, el sufrimiento fetal era claramente detectable dos horas antes del parto y pudo haber sido conjurado si se hubieran adoptado los controles que exigen las reglas del arte, seguidos por supuesto de una conducta profesional apropiada.

Coincido con la colega de grado —reitero— en que las constancias agregadas a esta causa permiten inferir con suficiente grado de certeza, que el informe pericial elaborado por el Dr. Cortese es más completo y razonado, en la medida que subraya la falta de registración de datos relevantes, extremo que no ha sido negado. Ellos llevan a inferir que existió culpa profesional. Esas apreciaciones, insisto, resultan convincentes (art. 477 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), pues a partir de una errónea lectura de los signos, no se advirtió el riesgo que corría el feto ni se adoptaron las medidas adecuadas para evitar el sufrimiento fetal agudo, que pudo ser conjurado si se hubieran practicado con premura las medidas que requería la gravedad de la situación (art. 902 Cód. Civil).

En tales condiciones, con respecto al codemandado G. P. resulta aplicable el criterio según el cual con elementos de juicio concretos aportados al proceso "...el juez conformará un tipo abstracto de comparación, flexible, circunstancial, específico, que represente la conducta que debió obrar el agente en la emergencia. Y de la confrontación entre el actuar real y el actuar debido (idealmente supuesto) surgirá si hubo o no hubo culpa **(18)**. Se ha dicho —así— que la negligencia consiste en la conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinado comportamiento solícito, atento y sagaz. Es decir, obra con negligencia quien no toma las debidas precauciones que imponían las circunstancias del caso **(19)**.

IV. No encuentro, en cambio, razones para condenar a F. Es que, si el médico que asistió a la paciente durante el embarazo estaba presente durante el proceso inmediatamente anterior al parto, era el principal encargado de dirigir su desarrollo y, en su caso, ante las dificultades que se fueron presentando, era quien estaba llamado a definir si aquel se haría mediante cesárea o por vía vaginal. La indiferencia frente al riesgo del que daba cuenta la disminución de la frecuencia cardíaca de la beba, revela que el médico obstetra no estuvo a la altura de las circunstancias y, por tanto, debe responder a título de culpa (art. 512 Cód. Civil) por las graves secuelas neurológicas sufridas por la niña.

En tales condiciones, aun cuando en algún caso podría endilgarse responsabilidad a la actuación de la partera si el incumplimiento de los deberes a su cargo fuera causa eficiente y adecuada de los perjuicios sufridos por la madre o por el hijo, a mi modo de ver no se presenta esa situación en la especie. Por un lado, se trata de una auxiliar del médico obstetra durante la evolución del trabajo de parto que concluye con el nacimiento, a quien no le incumbía decidir el procedimiento a seguir.Pero, además, la partera actúa a las órdenes del médico obstetra que, en el caso estaba presente. Repárese que la ley 17.132 admite la subordinación profesional de la obstétrica, cuya actividad es de colaboración y se ejerce bajo el control y dirección del profesional médico. No advierto entonces hecho alguno atribuible a la actividad de la partera que sea demostrativo de culpa en su función, ni tampoco que alguno de sus actos hubiera causado el daño.

Por tanto, a mi juicio, corresponde acceder a las quejas de A. T. F. y, por ende, liberar también a Seguros Médicos SA.

V. En los agravios coincidentes de Omint y TPC Compañía de Seguros SA se sostiene que no debió condenarse por el 100% de los daños, sino por la chance de haber nacido sin los gravísimos problemas que exhibe M., toda vez que la vuelta de cordón y el nudo real o verdadero de cordón no fueron puestos por el profesional, sino que se trató de una patología propia intraparto.

Es sabido que en todos los casos en que se encuentra involucrada la pérdida de una chance, la víctima solo contaba con una posibilidad o probabilidad de ver finalmente obtenida una ganancia o evitado un perjuicio. La principal característica de la pérdida de una chance —y no de otra especie de perjuicio— es justamente que lo único que existe es una posibilidad, pero no una certeza sobre la producción del resultado. El eventual beneficio que espera la víctima puede o no ocurrir, y en definitiva, nunca se sabrá si habría acaecido de no haber mediado el evento dañoso. Como indica Chabas respecto de la responsabilidad médica: "...es necesario, entonces, que la víctima haya estado ya comprometida en un proceso que podía conducirla a la muerte de tal manera que, después del acto o la abstención incriminada al médico, han quedado eliminadas las chances de no morir" **(20)**. Señala dicho autor que la diferencia entre el resultado perdido y la chance no es un asunto de grados, sino una cuestión de esencia **(21)**.

En este caso, es verdad que ni la circular de cordón deslizante ni el nudo verdadero o real de cordón fueron puestos por el profesional que asistió el parto. También lo es que aun cuando se hubieran adoptado

las medidas apropiadas a tiempo, no era posible tener absoluta certeza del resultado. Sin embargo, dicha falta de certeza proviene en el caso de la esencia propia de la medicina que no es una ciencia matemática, extremo que debe distinguirse cuidadosamente de la chance, que compromete el proceso que podía conducir a la pérdida de lo que estaba en juego. La chance no es lo mismo que el riesgo que supone toda actuación médico-asistencial. No diferenciar claramente la posibilidad —contenido de esta especie de daño— y el evento esperado en sí mismo puede traer como corolario que en determinados supuestos se confundan los casos en que la víctima tiene solo una posibilidad de obtener el beneficio, y aquellos en que ella tiene todas las chances de que acaezca el resultado favorable. Cabe diferenciar, entonces, tener chances de no morir o de no padecer lesiones graves y la de tener todas las posibilidades de vivir o de evitar el daño **(22)**. De lo contrario, la noción de chance serviría de coartada para escurrir la culpa médica pues, de ser así, los profesionales solo responderían si hubieran incurrido en una conducta deliberada, o si con su intervención causaron un daño hasta entonces inexistente.

Pienso entonces que, frente a los signos de alarma que fueron ignorados y que comenzaron dos horas antes del parto, una actitud diligente en línea con los signos de los que daba cuenta el último estudio realizado, se hubiera podido evitar el penoso resultado. Por tanto, en este punto debería confirmarse lo decidido por la jueza de grado en tanto hizo responsable al médico obstetra, al establecimiento asistencial, a la obra social demandada y las aseguradoras por la totalidad de los perjuicios causados.

VI. Probada la culpa del obstetra, surge —sin más— la responsabilidad del establecimiento asistencial como de la obra social demandada. Al respecto, se ha sostenido que la responsabilidad tanto de los hospitales y de las clínicas como así también de las obras sociales o de las empresas de medicina prepaga es directa y objetiva. Basta entonces con probar la falta médica para que estas respondan por los daños causados **(23) (24)**. Pero aun cuando se analice la cuestión desde otro enfoque y se entienda que en estos casos se produce una estipulación a favor de terceros o bien se sostenga que la clínica o el hospital responden en forma refleja —con sus respectivas variantes— como bien sostiene Kemelmajer de Carlucci, en el orden práctico, se llega a la misma conclusión, esto es, que los centros asistenciales responden por la mala praxis en que incurrieron los médicos o por el hecho de sus dependientes —enfermeros, camilleros, etc.— no pudiendo exonerarse probando que eligieron o vigilaron correctamente a sus médicos **(25)**.

En el contexto explicado, encuentran respuesta los agravios de la Obra Social de la Actividad de Seguros. Aun cuando es cierto que no se trata de una empresa de medicina prepaga, sino que tiene un régimen específico, por más que por vía de hipótesis se considere que no resulta de aplicación el régimen de consumo al que se ha referido la juzgadora, la solución final que propicio es coincidente con la alcanzada en el primer pronunciamiento, en la medida que la atención de la actora tuvo lugar en uno de los establecimientos cuya contratación fue expresamente admitida por la referida obra social. Los convenios o cláusulas de indemnidad que hubiera pactado esta última con los prestadores es, por cierto, inoponible a sus afiliados que no participaron en el acuerdo.

VII. Los agravios de TPC Compañía de Seguros SA y de Federación Patronal Seguros SA giran en torno a la declaración de nulidad e inoponibilidad de las cláusulas del seguro contratado a la actora.

Cabe destacar, en primer lugar que, como bien destaca "Federación Patronal", ambas aseguradoras reconocieron la cobertura. Solo TPC Compañía de Seguros SA identificó su cobertura con una cláusula de las denominadas "claims made", pero dicha modalidad contractual no ha incidido en la garantía que ha prestado en este caso en particular. Incluso, la suma asegurada ha sido pactada en moneda extranjera —dólares estadounidenses— de modo que las observaciones que se realizan en torno a la pérdida del poder adquisitivo del peso, no resultan de aplicación a la póliza contratada por TPC y CS Salud SA —hoy Omint SA— responsable de la Clínica Bazterrica.

Tampoco se hizo valer la exclusión de cobertura por adulteración de la historia clínica, extremo este que tampoco ha sido fehacientemente probado, pues en todo momento, tanto la sentencia que se revisa como este voto, se refirieren a las omisiones que contiene aquella pieza, pero no se ha concluido que hubiera sido deliberadamente adulterada.

En tales condiciones, los fundamentos del fallo para declarar la nulidad de sendas pólizas devienen, cuanto menos, superfluos.

Cabe destacar que por más que sea una práctica habitual de los establecimientos médicos exigir a los profesionales la contratación de un seguro, no se trata en el caso de un seguro obligatorio impuesto por la ley, como ocurre, por ejemplo, en el caso del seguro automotor (art. 68 de la ley 24.449), o el previsto para los establecimientos asistenciales.

Las conclusiones precedentes no son de aplicación a la póliza celebrada por Federación Patronal. En este caso, se ha pactado el tope de $200.000 por todos los acontecimientos que pudieran ocurrir durante su vigencia, y un descubierto a cargo del asegurado del

10% del siniestro —mínimo 3% y máximo 6% sobre suma asegurada—.

Es claro que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118 LS, cualquiera sea el alcance de la sentencia dictada en una acción de daños y perjuicios, su ejecución contra el asegurador no podrá exceder el límite de la cobertura, pues la norma solo reconoce el derecho de ejecutar la condena a su respecto en la medida del seguro, expresión esta que debe entenderse (equivalente) a la suma asegurada. **(26)** No obstante, en épocas de elevada depreciación de la moneda, el tope histórico convenido puede quedar reducido a una parte ínfima del monto de condena. El envilecimiento constante del peso, ligado a la dilatada duración de los juicios, constituyen factores que conspiran contra el cumplimiento de la finalidad prevista por el legislador. Repárese que en esa hipótesis el seguro tiene la certeza de que su obligación siempre estará circunscripta a una suma determinada e inalterable, por más que el transcurso del tiempo y la influencia de la erosión constante de su poder adquisitivo, la transforme en irrisoria. El asegurado, como sucede en este caso, ve cristalizado el tope de la cobertura y menguada la garantía contratada en el momento del pago de la condena. Repárese que el siniestro que aquí se debate tuvo lugar en el año 2010, la demanda se promovió en 2015 y la póliza entre el Colegio Médico de la Provincia de Buenos Aires —en donde figura como asegurado el codemandado J. C. G. P.— fue celebrada el 1° de julio de 2007.

Al respecto, en un pronunciamiento reciente, esta Sala ha resuelto que cuando se trata de un seguro voluntario de responsabilidad civil, para evitar resultados como el que surgiría de aplicar literalmente la suma total asegurada, debe recurrirse a la aplicación de leyes análogas (art. 2 del Cód. Civ. y Comercial). En ese sentido, el Tribunal entiende que la situación que guarda semejanza con los antecedentes de este caso es la regulada por el art. 32 de la ley 27.440, **(27)** que rige para seguros voluntarios de retiro. **(28)** Dicha norma establece que "las pólizas de seguros para casos de muerte, incluyan o no modalidades de capitalización, y los seguros de retiro en todas sus modalidades podrán actualizarse por el Coeficiente de Estabilización de Referencia, según lo establecido en el artículo 27 del decreto 905/2002, ratificado por el artículo 71 de la ley y por otros índices aprobados por la normativa vigente, sin que sea de aplicación para estos casos los artículos 7° y 10 de la ley 23.928 y el artículo 765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación". En consecuencia, desde la fecha de entrada en vigencia de dicha norma y hasta el efectivo pago de la condena, se aplicará el índice previsto en el citado artículo sobre el tope de cobertura que surge de la póliza **(29)**.

VIII. Me ocuparé de las quejas vinculadas al reclamo indemnizatorio. Los emplazados consideran excesivas las sumas por las que prosperó la acción, en tanto que los actores sostienen que resultan insuficientes.

i.- Incapacidad sobreviniente

Es bien sabido que el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. Por tanto, debe señalar parte por parte los errores fundamentales de la sentencia y realizar un análisis razonado que demuestre que es errónea, injusta o contraria a derecho. No es admisible remitirse a presentaciones anteriores (art. 265 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), ni a argumentos previos como así tampoco realizar apreciaciones genéricas o subjetivas que solo revelen una mera disconformidad con la resolución apelada **(30)**. La falta de observancia de las pautas expuestas trae como consecuencia la falta de apertura de la Alzada y, por consiguiente, la deserción del recurso de apelación (art. 266 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Esta es la situación que advierto con respecto a las quejas de la parte actora, por cuanto los padres en representación de la menor, se han limitado a discrepar con la cuantía fijada, sin exponer fundamentos atendibles que autorice a incrementar las partidas.

Con relación a las quejas de los emplazados destaco que, según se desprende de los antecedentes incorporados a la causa, M. L. T. K. nació deprimida grave por el cuadro de asfixia experimentado durante el parto, que impactó en su cerebro. Siete años después del nacimiento, la Dra. T. —neuróloga infantil que la asiste— informó que la niña padece una encefalopatía epiléptica sintomática, fármaco resistente, a pesar del uso de múltiples combinaciones de drogas antiepilépticas. Las dos RMN de cerebro realizadas muestran severas lesiones lacunares, compatibles con signos de daño hipóxico talámico y estriado bilateral, adelgazamiento del manto cortical y sustancia blanca cerebral, lesión cortical occipital mesial derecha. Las lesiones corresponden a una severa encefalopatía hipóxico isquémica perinatal. Luego de dejar constancia de que M. es llevada regularmente a control, la Dra. Tenenbaum mencionó que ha requerido internación por un cuadro de dificultad respiratoria y fiebre, probablemente secundario a mecanismo aspirativo (fs. 544).

Como consecuencia de la lesión cerebral, M. presenta hipotonía muscular, flacidez, no puede mantenerse de pie ni caminar, su inteligencia se encuentra afectada, no habla y está parcialmente desconectada del ambiente y consigo misma. Se hallaron, además, severos daños del sensorio motriz, convulsiones y

equivalentes epilépticos. Requiere continua asistencia de terceros. Tan importante es su desconexión que no ha sido posible llevar a cabo ninguna de las técnicas usualmente empleadas para realizar el examen psicológico.

Como se advierte, la gravedad de las lesiones se refleja en la incapacidad total que exhibe la niña desde el nacimiento.

Los emplazados sostienen que los 60 años estimados por los progenitores resultan excesivos, pues la expectativa de vida de M. no puede superar la edad de 30. Aunque en ningún caso se ha proporcionado sustento científico sobre esas afirmaciones, no corresponde a mi juicio computar la expectativa de vida en concreto sino la genérica que corresponde a cualquier persona en condiciones normales, pues no es dudoso que la esperanza de vida menguada es el resultado de la mala praxis profesional y constituye, por cierto, una de las aspiraciones frustradas por la culpa enrostrada a los responsables pues, si se hubiera obrado con diligencia, M. habría conservado intactas aquellas expectativas, como cualquier persona de su edad.

Por lo demás, más allá de la cuantía solicitada en la demanda, el pedido quedó supeditado a lo que en más o en menos resulte de la prueba. La acción —como dije— fue iniciada en el mes de noviembre de 2015. Al respecto, cabe tener en cuenta que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia que "la condena judicial no quebranta los términos de la litis ni decide ultra petita aun cuando exceda el importe indicado en la demanda, si la expresión de este último ha sido seguida de la reserva relativa a "lo que en más o en menos resulte de la prueba". Esto es así por cuanto, en tales condiciones, debe entenderse que la determinación de los daños ha sido librada a lo que surja acreditado en el período probatorio que, obviamente debe ser valorado por el juzgador **(31)**. Ese es uno de los beneficios que presenta la fórmula mencionada, que permite apreciar las oscilaciones intrínsecas del daño **(32)**.

Desde otro ángulo, es preciso señalar las características propias de la víctima que, desde el nacimiento, vio frustrada la posibilidad de llevar una vida digna pues carga desde entonces con una gran discapacidad que desde los albores de su existencia obstó a la formación armónica de su personalidad, impidiéndole desempeñarse en la vida cotidiana en las mismas condiciones que los demás.

Por tanto, si sobre la base del 100% de incapacidad, se computa la edad promedio de vida —75,28—, y la evolución probable de ingresos que hubiera podido obtener a partir de la mayoría de edad de no haber quedado impedida, pienso que la suma de $14.000.000 fijada en el pronunciamiento recurrido no es elevada y postulo mantenerla.

ii.- Daño moral

Participo de la postura que sostiene que la indemnización del daño moral es satisfactiva de un interés extrapatrimonial que ha sufrido agravio, de modo que las personas de muy corta edad o que carecen de conciencia, tienen igualmente derecho a la referida indemnización, ya que no debe entenderse como la reparación de un modo de sentir agravio, dolor o pena moral, sino como resarcimiento objetivo de un bien jurídico que también se atribuye a los incapaces **(33)**. Para la teoría objetiva a la que adhiero, la característica del daño extrapatrimonial no es el sufrimiento, sino la violación de algunos de los derechos inherentes a la personalidad, los que están presentes en cualquier persona aun cuando algunas veces no puedan desplegar por sí mismas la actividad que constituye su contenido **(34)**. Esta conclusión ensambla con el estatus constitucional que se ha reconocido al principio neminen laedere y, con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN), que impone que la interpretación que se realice en función de los niños debe ser aquella que consulte su mejor interés (art. 3).

Por lo demás, es bien sabido que, en principio, nadie mejor que el propio interesado puede cifrar este tipo de perjuicio por el carácter personal y subjetivo que lo caracteriza, cuadra tener presente que por tratarse de una deuda de valor, es procedente que el juez fije el importe prudencialmente al momento de dictar sentencia, siempre que guarde razonable proporción con lo solicitado al momento de interponerse la demanda.

En tales condiciones, advierto que la suma fijada por este renglón resulta elevada, de modo que, a efectos de que guarde proporción con el reclamo, postulo reducirla a la de pesos dos millones quinientos mil ($2.500.000).

iii.- Gastos de futuros tratamientos.

Al fundar esta partida, los padres de la niña manifestaron que, actualmente, la obra social se hace cargo de su tratamiento. Sin perjuicio de ello, destacaron que, en el futuro puede haber otras terapéuticas más exhaustivas o adelantadas en cualquier parte del mundo, razón por la cual la presente petición incluye como valor indemnizable la posibilidad de esos futuros tratamientos para el desarrollo de la menor.

Se ha comprobado que a raíz del cuadro de encefalopatía hipóxico isquémica con manifestaciones epilépticas que padece M., necesitará durante toda su vida de asistencia permanente, cuidados complejos, la intervención de un equipo interdisciplinario, estimulación sensorio motriz, aparatos ortopédicos, silla de ruedas, que a medida que se amortice el uso y crezca la niña, deberán ser reemplazadas.

Coincido con la colega de grado en las enormes dificultades que se presentan a la hora de fijar de antemano una suma única para atender a los gastos médicos futuros, no solo por las enormes posibilidades científicas que generalmente aparecen y podrían modificar el panorama actual en cuanto a la posibilidad de realizar nuevos intentos para mejorar la salud sino, además, por los eventuales cambios que pueda experimentar la niña a lo largo de los años, extremo que aprehende el tiempo estimado de sobrevida.

Tampoco puede prescindirse del contexto normativo vinculado a las prestaciones de salud de las personas con discapacidad, que dispone una amplia cobertura para sus necesidades. Así, el Programa Médico Obligatorio y el Sistema de Prestaciones Básicas que prevé la ley 24.901, y que se complementa con otras normas —v.gr. ley 26.682, 26.480—. Concretamente, la obra social demandada ha proporcionado numerosas prestaciones en los términos señalados por la legislación vigente, de conformidad con lo que surge del informe pericial contable producido a fs. 630/635. Incluso, en la demanda se reconoce la cobertura recibida.

Para fijar la cuantía de este renglón, no puede prescindirse de las directivas de las Convenciones Internacionales —algunas de las cuales tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN)— que prestan especial tutela a toda persona en situación de vulnerabilidad en cuanto a su estado de salud, protección que se intensifica cuando el afectado es una niña o un niño (35).

Frente a este panorama, aun cuando en el futuro pudieran surgir nuevas terapéuticas no cubiertas —aquí o en otro lugar del planeta— la suma por la que prosperó este renglón me parece muy elevada para cubrir esa eventualidad que, por el momento, parece solo una hipótesis lejana, aunque probable. En tales condiciones, juzgo prudente reducir la suma fijada para esta partida a la de pesos tres millones ($3.000.000).

IX. Los demandados sostienen genéricamente que no corresponde fijar los réditos desde el momento del parto, porque implicaría un enriquecimiento sin causa para la actora.

Tratándose de un menoscabo causado a la persona en razón de la falla incurrida en el transcurso del cumplimiento de la prestación médico-asistencial, es adecuado hacer correr los intereses desde que se verificó el incumplimiento material pues, contrariamente a lo que sostienen los apelantes, los demandados incurrieron desde entonces en retardo jurídicamente relevante **(36)**. Es que, como se ha dicho —con razón— en los casos de mala praxis médica la mora se produce en el mismo instante del acto médico desencadenante de los daños por los que prospera la pretensión, por lo que los intereses corren desde ese momento. Es que aun frente a hipótesis de responsabilidad contractual tratándose de una obligación incumplida en forma definitiva no es necesaria la previa intimación para constituir en mora **(37)**. Por tanto, corresponde desestimar los agravios formulados sobe el particular por los emplazados.

Por lo demás, la sentencia fijó los daños a valores actuales, temperamento que he seguido a lo largo de este voto, en que tuve en cuenta la indemnización a valores del pronunciamiento recurrido. De allí, solo cabe coincidir con el fallo apelado en cuanto a que desde el incumplimiento y hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, corresponde aplicar la tasa pura del 8% anual y desde allí en adelante, la tasa activa cartera préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina **(38)**. Ello, con excepción de los gastos por futuros tratamientos cuyos intereses, en este caso en particular, por el carácter netamente futuro del gasto, serán liquidados a la tasa activa a partir de la sentencia de primera instancia.

X. Constitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

El análisis de constitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones a llevar a cabo por un tribunal, y es un acto de suma gravedad que impone ser considerado como la última ratio de nuestro orden jurídico. Por tal motivo es preciso que los jueces sepan mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones **(39)**. De allí que un tribunal de justicia no puede sustituir al legislador y decidir según sus propios criterios en forma general las causas sometidas a su decisión, pues de ese modo estaría invadiendo la esfera propia del poder legislativo.

Dada la trascendencia que reviste un análisis de constitucionalidad, se sabe, no pueden mediar inconsistencias. Para declarar la inconstitucionalidad de la norma, debe demostrarse claramente de qué manera esta contraría la Constitución Nacional y debe probarse, asimismo, que ello ocurre en el caso concreto **(40)**.

En la especie, se advierte que la normativa cuestionada tiene el propósito de limitar el daño resarcible que debe afrontar el deudor, entendido aquello como uno de los arbitrios enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad, apuntando a asegurar la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos.

La limitación de responsabilidad que establece el art. 730 del Cód. Civ. y Comercial —al igual que su antecedente inmediato anterior— obedece a razones de interés público y constituye un régimen especial válido, adoptado por el órgano legislativo dentro de sus potestades reglamentarias **(41)**. Repárese que la finalidad que tuvo en miras el legislador se manifiesta como uno de los arbitrios posibles enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad, asegurando la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos. La elección de otros medios posibles y conducentes para tales objetivos constituye una cuestión que excede el ámbito del control de constitucionalidad y está reservada al Congreso **(42)**. El criterio fue ratificado posteriormente en "Scaglione" **(43)** y "Fernández" **(44)**, a los que me remito para evitar reiteraciones innecesarias.

Sobre la base de los postulados anteriormente señalados, pienso que en tanto la decisión apelada declaró la invalidez constitucional del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, debe ser revocada.

XI. Las demandadas se agraviaron por la imposición de las costas. En atención al criterio objetivo que se desprende del art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, no advierto ningún motivo por el cual aplicar la excepción que contiene el segundo párrafo de la referida norma. Por tanto, propicio desestimar las quejas vinculadas a esta cuestión.

Incluso, voto porque las costas de Alzada sean impuestas también a los demandados, en atención a la finalidad que cumplen en juicios como el presente y porque —además— fueron sustancialmente vencidos en los recursos. Ello, con excepción de las causadas por la intervención de A. T. F. y Seguros Médicos SA, que resultan excluidos de la condena, respecto de los cuales propongo establecer las costas por su orden, por las particularidades que ofrece la cuestión debatida.

XII. En síntesis. Voto por revocar la sentencia en cuanto condena a A. T. F., desvinculándola de la condena, al igual que a "Seguros Médicos SA". Propicio, además, reducir la partida por daño moral a la de pesos dos millones quinientos mil ($2.500.000) y la de gastos por tratamientos futuros a pesos tres millones ($3.000.000). Postulo —asimismo— modificar el curso de los intereses en cuanto a los gastos por futuros tratamientos, los que correrán a la tasa activa a partir de la sentencia de primera instancia.

También propongo revocar la decisión de declarar la nulidad e inoponibilidad de las cláusulas de la póliza celebrada por TPC Compañía Argentina de Seguros SA, debiendo hacerse extensiva la condena en su contra en los términos del art. 118 de la ley 17.418. Similar temperamento sugiero con relación a Federación Patronal Seguros SA, aunque en este caso postulo aplicar el CER en los términos del art. 32 de la ley 27.440, a partir de la entrada en vigencia de esta última norma.

A su vez, por los fundamentos expuestos en el considerando X, deberá revocarse lo decidido en primera instancia en punto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial.

En lo demás, voto por confirmar la sentencia, en cuanto ha sido materia de agravio.

De compartirse, postulo imponer las costas de Alzada a los demandados vencidos, con excepción de las causadas por la intervención de A. T. F. y Seguros Médicos SA que sugiero imponer por su orden.

El doctor *González Zurro* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia de que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1) revocar la sentencia en cuanto admite la demanda contra A. T. F., rechazando la demanda a su respecto. Por tanto, desvincular a "Seguros Médicos SA" de la condena, con costas en el orden causado (art. 68, segundo párr. Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 2) revocarla también en cuanto declara la nulidad e inoponibilidad de las cláusulas de las pólizas celebradas por TPC Compañía Argentina de Seguros SA y por Federación Patronal Seguros SA, disponiéndose que en el caso de esta última se proceda de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VII; 3) reducir los montos por daño moral y gastos por futuros tratamientos médicos, a la suma de $2.500.000 y $3.000.000, respectivamente; 4) disponer que en el caso de los gastos por futuros tratamientos los réditos se liquiden a la tasa activa a partir de la sentencia de primera instancia; 5) confirmar el pronunciamiento en todo lo demás que decide y fue materia de apelación, con costas de Alzada a los vencidos (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 6) En atención a la forma en que se resuelve que modifica la base regulatoria, se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en

la sentencia de primera instancia (conf. art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 30, segundo párrafo de la ley 27.423) y en consecuencia, se procede a adecuarlas de conformidad a la normativa mencionada. El 4 de septiembre de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la aplicación temporal de la ley 27.423, en "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", de modo coincidente con lo decidido por la mayoría del Tribunal (cf. esta Sala en "Grosso, C. c. Greco, M." del 30 de mayo de 2018). Desde esa perspectiva, el nuevo régimen legal no resulta aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante la etapa concluida durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Por eso, resultan de aplicación las pautas establecidas en las leyes 21.839 (y su modificatoria ley 24.432) y 27.423 según sea, respectivamente, el tiempo en que fueron realizados los trabajos como así también las etapas comprendidas que serán detalladas a continuación. Se tendrá en consideración respecto de las labores desarrolladas en las primeras dos etapas la naturaleza del asunto, el mérito, la calidad, la eficacia y la extensión de la labor desarrollada, monto comprometido, etapas cumplidas y pautas de los arts. 6, 7, 9, 19, 37, 38 y cc. de la ley n° 21.839 t.o. 24.432. En cuanto a los auxiliares de justicia se valora la naturaleza de los informes realizados, la calidad, la importancia, la complejidad, la extensión y su mérito técnico-científico y la proporcionalidad que deben guardar estos honorarios con relación a los de los abogados actuantes en el juicio (cf. art. 478 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Para el conocimiento de las labores desarrolladas en la tercera etapa, se tendrá en cuenta el monto del asunto conforme a los términos del art. 22 de la ley 27.423; el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para los profesionales; el resultado obtenido; la trascendencia de la resolución a que se llegare para futuros casos; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y pautas de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 26, 29, 51, 54, 58 y c.c. de la ley 27.423. En consecuencia, se regulan los honorarios del Dr. Pascual Juan Dehan, letrado apoderado de los accionantes, por las primeras dos etapas en la suma de $ ... y por la tercera, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de $ ... Los honorarios de la Dra. Cynthia Antonella Fernández Reboredo, por su actuación como letrada apoderada de la demandada Omint en las dos primeras etapas, se regulan en la suma de $...; a las Dras. Verónica Natalia Rodríguez y María Judith Morales, quienes se presentaron solamente el 27/11/2019, se les fija la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de $... para cada una. Se regula a la Dra. Isabel Graciela Calligo, en su carácter de letrada apoderada del codemandado González Peña, por las dos primeras etapas la suma de $ ... y la cantidad de ...UMA equivalente a la suma de $ ..., por la tercera. Al letrado apoderado de TPC Cía. de Seguros SA, Dr. Alberto Armando Alvarellos, por su labor en las dos primeras etapas, la suma de $ ... y al Dr. Diego Florio, por la audiencia preliminar, la suma de $ ... Se fija a la letrada apoderada de la obra social demandada, Dra. Mónica Laura Spagnoletti, por las dos primeras etapas, la suma de $ ... y al Dr. Juan Ignacio Raimondo, por su labor en la audiencia preliminar y demás actuaciones, en la suma de $ ... A la dirección letrada de la codemandada F. y su aseguradora Seguros Médicos SA, por las primeras dos etapas, se regula: al Dr. Julio Roberto Albamonte la suma de $ ...; a la Dra. Vanina Lorena Duffy la suma de $ ... y al Dr. Pedro Oscar Bancoff, la suma de $ ... Al Dr. Marco Aurelio Real (n) por su presentación del 19/07/2019, la cantidad de ... UMA equivalente a la suma de $ ... Se regula al Dr. Gustavo Javier West, en su carácter de letrado apoderado de Federación Patronal, en las dos primeras etapas, la suma de $ ... En lo que hace a los auxiliares de justicia, se fijan los honorarios del contador, Carlos Camiño, por su dictamen del 30/03/2017 y demás presentaciones, en la suma de $ ...; al médico obstetra, Dr. Eduardo Mateo Cortese, por su informe del 01/02/2017 y demás presentaciones en la suma de $ ...; los correspondientes a la psicóloga Marcela Laura Schister, por su dictamen del 11/09/2017 y demás presentaciones, en la suma de $ ... y los honorarios del médico neonatólogo, Dr. Hugo Alberto Sola por su experticia del 29/06/2017 y demás presentaciones, se los fija en la suma de $ ... Con respecto a los honorarios de la mediadora, Rita Verónica Gerónimo, se considerará el monto económico comprometido y pautas del Decreto Reglamentario 2536/2015 (art. 1 y 2, anexo I y art. 2, incs. "g" del Anexo III), razón por la cual se regulan en la suma de $... Por los trabajos realizados en esta instancia, se regulan los honorarios del Dr. Pascual Juan Dehan, en la cantidad de ... UMA ($ ...); los de la Dra. Verónica Natalia Rodríguez, en la cantidad de ... UMA ($ ...); a la Dra. Isabel Graciela Calligo, en la cantidad de ... UMA ($ ...); al Dr. Alberto Armando Alvarellos, en la cantidad de ... UMA ($ ...); al Dr. Juan Ignacio Raimondo, en la cantidad de ... UMA ($ ...); al Dr. Marco Aurelio Real (n) en la cantidad de ... UMA ($ ...), los honorarios de la Dra. María Azul Wulff Derbes, en la cantidad de ... UMA ($ ...) y al Dr. Gustavo Javier West, en la cantidad de ... UMA ($ ...); conf. art. 30 de la ley 27.423). La equivalencia de la unidad de medida arancelaria (UMA) que se expresó es la establecida en la Ac. 12/2021 CSJN. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Guillermo D. González Zurro.*

(1) Kemelmajer de Carlucci, Aída "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situacio-

nes jurídicas existentes", en Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2015, p. 101; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños" 2ª Daños a las personas (integridad psicofísica), Ed. Hammurabi-José Luis Depalma Editor, p. 473; Galdós, Jorge M., "La responsabilidad civil y el derecho transitorio", en rev. LA LEY del 16/11/2015, p. 3.

(2) CNCiv., esta Sala, "Ferreyra c. Arcos Dorados s/ daños y perjuicios" del 15/09/2016; "Hauret c. Guerineau s/ daños y perjuicios" del 11/08/2016; "Cabali, Elsa E. c. Colectiveros Unidos SACIF y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 39.510/2013, del 07/07/2017, entre muchos otros.

(3) CNCiv., Sala C, del voto del Dr. Cifuentes, en "Torres de Carballo, Azucena del V. c. Instituto Antártida SA", del 28/10/1996, JA, 1987-IV, p. 364 y Venini, Juan C. "Responsabilidad por daño contractual y extracontractual" T. 1, Juris, Rosario 1992, p. 203.

(4) Vázquez Ferreyra, Roberto, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Hammurabi, Bs. As., 1992, p. 191 ss.; Garay, Oscar, "Tratado de la responsabilidad civil", Errepar, 1ª ed., Bs. As. 2009, T. II, p. 1050 ss.

(5) Calvo Costa, Carlos A., "La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba" RCyS 2016-XII, 5; Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 355 y 356; Lorenzetti, Ricardo L., "Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales", en Trigo Represas - Stiglitz, "Derecho de daños", Primera parte, p. 517.

(6) Penneau, Jean, "Faute et erreur en matiére de responsabilité medicale", París, 1973, p. 137, N° 204-5.

(7) CNCiv., esta Sala, "Monari, Mario V. y otro c. Alto Palermo SA y otros s/ daños y perjuicios", del 19/05/2016; voto de la Dra. De los Santos y sus citas.

(8) CNCiv., Sala A, L. N. 43.828, "Abraham, Julio c. Covaro, Jorge A.", del 29/08/1989; ídem, Sala B, del 18/09/2008, MJ-M-39716 AR, entre muchos otros.

(9) Falcón, E. M., "Pericia y peritos", en Revista de Derecho Procesal, 2012-2, Prueba pericial y prueba científica, p. 26 y jurisprudencia allí citada.

(10) Yzquierdo Tolsada, Mariano "Responsabilidad Civil del profesional liberal", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 400 con cita de Jordano Fraga; Vázquez Ferreyra, op.cit., p. 395; CNCiv., Sala D, voto del Dr. Bueres, del 09/08/1989, en LA LEY 1990-E, 416 y ss.; CNCiv., Sala G, del voto del Dr. Montes de Oca, del 25/06/1981, en ED, 95-568 ss.; en igual sentido, Trigo Represas, "Responsabilidad civil de los médicos por el empleo de cosas inamimadas", LA LEY 1981-B, p. 762, ss. capítulo I, apartado B, 2.

(11) Chabas, Francois, "Responsabilidad médica y seguro en el derecho francés", LA LEY, 1984-D, p. 933; Yzquierdo Tolsada, Mariano, en Derecho Privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, p. 1533.

(12) art. 377 del Cód. Procesal; Vázquez Ferreyra, Roberto, "Responsabilidad civil médica y relación de causalidad", JA, 1996-II, p. 457 ss.

(13) CNCiv., Sala F, del 15/05/2000, "N.N. c. Municipalidad de Buenos Aires", LA LEY, 2000-B, ps. 11 y ss.

(14) Vázquez Ferreyra, JA, 1996-IV, p. 398; CNCiv., Sala D, del 29/02/1996, LA LEY 1996-D, p. 24.

(15) fallo cit. por Izquierdo Tolsada, op.cit., p. 1534.

(16) CNCiv., Sala I, del 10/08/1999, "T., A. c. Hospital de Agudos s/ interrupción de la prescripción", JA, 2000-IV, síntesis; ídem, íd., del 02/02/1999, "F., J. c. Consultorios Médicos Bogotá", LA LEY, 1996-C, p. 768; CNCom., Sala B, del 28/06/2002, "R., A.A. s/ suc.c. Sanatorio San Cristóbal y otro"; CNCiv., Sala B, 24/10/2002, "Gudiño, Jorge c. Sanatorio Quilmes SA"

(17) CNCiv., Sala D, del 29/02/1996, LA LEY, 1996-D, p. 24; Vázquez Ferreyra, "Responsabilidad civil médica por contagio de enfermedades", cit.

(18) Bueres Alberto J. comentario al art. 512, en Bueres, Alberto J. (dir) Highton, Elena (coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T 2A, p. 151.

(19) Mosset Iturraspe, "Responsabilidad Civil del Médico", p. 197)" (CNCiv. Sala K, agosto 22/2012, "W.P.M y otro c. C. G y otro s/ daños y perjuicios" Expte. N° 3452/08.

(20) Chabas, François, "La pérdida de una chance en el derecho francés", JA, 1994-IV, 928.

(21) Chabas, op.cit.

(22) Sáenz, Luis, "La pérdida de chance es un "daño-evento", y no un "daño-consecuencia", en RCyS 2013-I, 117.

(23) Muller, Enrique, "Responsabilidad de los establecimientos de salud", en Responsabilidad por daños en el tercer milenio.

(24) dir. Bueres-Kemelmajer de Carlucci, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, p. 704 ss.; CNCiv., Sala G, "Robledo, Mariel S. c. Clínica Van Thienen s/ daños y perjuicios", del 28/08/2016 y sus citas).

(25) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Daños causados por los dependientes", ed. Hammurabi, 1992, p. 98 ss.; Belluscio, Augusto C., "Obligaciones de medio y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios", LA LEY, 1979-C, 19; CNCiv., Sala A, en LA LEY, 1977-B, 92; ídem, Sala E, del 19/03/2013, DJ del 05/06/2013, entre muchos otros.

(26) Stiglitz, Rubén S. Compiani, María Fabiana, "La suma asegurada como límite de la obligación del asegurador", AR/DOC/4202/2015; CSJN, "Fernández, Gustavo Gabriel y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires Sec. De Educación - s/ daños y perjuicios" del 10/11/2015, AR/JUR/46004/2015; "Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino s. daños y perjuicios", Fallos: 340:765.

(27) BO 11/05/2018.

(28) CNCom., Sala C, "Gómez, Carlos A. c. Caja de Seguros SA s/ ordinario" del 26/02/2019.

(29) Esta Sala, Morasso, Marisa Veronica y otros c. San Micael SA y otro s/ daños y perjuicios, del 31/05/2021.

(30) Alsina, Hugo, "Derecho Procesal" T° IV, p. 389; Manuel Ibáñez Frocham, "Tratado de los recursos en el proceso civil", Buenos Aires, 1969, p. 152; Morello, Augusto, "Código Procesal...", Buenos Aires, 1969, T. II, p. 565; Fenochietto-Arazi "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, p. 939.

(31) doctrina de Fallos: 266:223; 272:37; 291:88 y sus citas, entre otros.

(32) Alterini, A.-Ameal, O.- López Cabana, R., "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", Abeledo-Perrot, N° 616, conf. CSJN, Fallos: 334:69.

(33) Zavala de González, Matilde, "Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral" JA, 1985-I-794; Pizarro, Ramón D., "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición", Hammurabi, p. 36/47; Iribarne, Héctor P., De los daños a la persona, ed. Ediar, 1993, p. 610.

(34) Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", p. 446.

(35) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo aprobados por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006, aprobados por ley 26.378; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derecho Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988, art. 10; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Guatemala el 06/07/1999; Convención sobre los derechos del Niño y demás instrumentos internacionales ratificados por nuestro país.

(36) CNCiv., Sala E, "López, Beatriz I. v. Hospital Británico de Buenos Aires", del 13/06/2002, elDial - AE1AB2; ídem, Sala H, "Gaitán de Ferraresi, Zulema E. v. Hospital Militar Central Dr. Cosme Argerich y Otros", 28/12/2012, La Ley Online.

(37) CNCiv. Sala E, junio 13/2002, "López, Beatriz Isabel y otros c. Hospital Británico de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", L. 339.906; íd. Sala F, junio 19/2007, Carella, Antonio c. Sampietro, Gustavo y otros s/ daños y perjuicios, L. 472.820.

(38) CNCiv., en pleno, *in re* "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" del día 20 de abril de 2009.

(39) CSJN., Fallos: 316:2940; 317:126 y 721; 321:1187; 322:528 y 1988.

(40) CSJN. Fallos: 310:211; ídem, 314:495.

(41) CSJN, Fallos: 250:410.

(42) CSJN, Fallos: 318:785; íd. "Abdurraman, Martín c. Transportes Línea 104 SA s/ accidente ley 9688" del 5 de mayo de 2009; íd "Latino, Sandra M. c. Sancor Coop. de Seguros LTDA y otros s/ daños y perjuicios" del 11/07/2019; esta Sala, en autos "José Juan Ramón c. Ferrovías Sociedad Anónima Concesionaria y otro s/ daños y perjuicios", expediente N° 109656/2007 del 13/07/2016.

(43) CIV 87820/2009/1/RH1 del 29 de octubre de 2020.

(44) CIV 60494/2011/CS1 del 11 de marzo de 2021.

LESIONES SUFRIDAS EN LOCAL BAILABLE

Actor que sufrió lesiones al caer por una escalera que no respetaba las características constructivas exigidas para su habilitación. Responsabilidad del titular del establecimiento. Obligación de seguridad. Incumplimiento de las exigencias municipales. Responsabilidad de la municipalidad. Irregular ejercicio del poder de policía.

1. — Los dueños y administradores del local bailable deben ser condenados a resarcir los daños y perjuicios derivados de las lesiones produ-

cidas en el actor como consecuencia de una caída ocurrida cuando bajaba de una de las escaleras del establecimiento de diversión que no respetaba las características constructivas exigidas para su habilitación, sin que se advierta la existencia de caso fortuito o culpa de la víctima o de un tercero por quien no deban responder.

2. — Las condiciones normales del servicio exigían cuanto menos la estricta observancia de las previsiones de la normativa municipal respecto de las instalaciones de la disco y que en lo que respecta a la escalera en la que sufrió el accidente el actor no se cumplió. La pericia del ingeniero que no ha sido enervada por las partes ni por prueba alguna, es concluyente en cuanto a la irregularidad de la escalera que no respetaba el diseño y medidas mínimas exigidas obviamente para evitar accidentes, más allá de la carencia de adecuada iluminación y refractarios, como su construcción abierta o ausencia de cerramientos.

3. — Tengamos presente que las personas —en su mayoría jóvenes y adolescentes— van allí a divertirse y el tomar alcohol no solo es lo habitual, sino incluso una de las actividades que el establecimiento fomenta. Se exigen entonces determinadas seguridades extras (las características de las instalaciones y las escaleras son una de ellas) en procura de minimizar la posibilidad de accidentes, como así también otras tendientes a la mitigación del daño (entre ellas la contratación del seguro exigido por la normativa municipal).

4. — Se invocó el estado de ebriedad del actor, pero más allá de que no se ha procurado prueba efectiva que permita determinar la existencia de alcohol en sangre y su nivel o gravedad, menos aún sería posible determinar la incidencia que en su caso pudiera haber tenido el supuesto estado de ebriedad para quebrar el nexo causal desplazando la responsabilidad. Por otra parte, cabe reiterar que el establecimiento es el que fomenta el consumo de alcohol y expende las bebidas, siendo de esperar que no estimule ni permita excesos en tal sentido que pudieren constituir un riesgo para las personas; riesgo para sí mismos o para los demás. La responsabilidad entonces por vender de más o permitir la permanencia en el local de personas en un estado no recomendable, es de quienes tienen a su cargo la administración y control de la disco.

5. — El estado de alcoholización en una disco es algo habitual —diría que hasta querido por sus propietarios— de modo que es absolutamente previsible, y con ello esperable también que aumente el riesgo de caídas o accidentes por la disminución en las habilidades y reflejos psicomotores de las personas alcoholizadas. Era responsabilidad de los demandados entonces que las instalaciones del local bailable y las medidas de seguridad dispuestas fueran las adecuadas para evitar hechos como el acontecido. Es más, aun cuando no se alegó ni tampoco existen razones para suponer su convergencia, cabe decir que incluso es un dato de la realidad la previsibilidad del consumo de psicotrópicos, estupefacientes y sustancias prohibidas con mayor afección que el alcohol en las personas que las consumen, para las que necesariamente los dueños y administradores de los establecimiento de diversión deben adoptar medidas de seguridad tanto para ellos como para las restantes personas que concurren a sus establecimientos asegurando su indemnidad.

6. — Los empresarios o promotores de espectáculos están obligados por un deber legal de garantía o seguridad respecto de la indemnidad de los espectadores mientras asisten y permanecen en el lugar, antes, durante y hasta después de la finalización del evento. Ello configura en circunstancias como las de autos una obligación de resultado, que imponen al organizador una responsabilidad objetiva, la cual solo puede excusarse, por la prueba de la culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero o por un caso fortuito

7. — Entre el espectador y el organizador se celebra un contrato de espectáculo público, y este último al brindarlo al público con fines de lucro, se compromete implícitamente a que nadie sufra daño a causa de ese hecho, en virtud de la cláusula de incolumidad que se entiende incorporada tácitamente a todo contrato en el que la suerte de la persona de uno de los contratantes que satisface una prestación queda confiada a la otra parte. Sería inconcebible que el empresario pudiera desentenderse de ese deber de seguridad hacia el espectador, pues tal postura equivaldría al juego de una cláusula de exoneración inaceptable, ya que nadie puede obligarse y desobligarse simultáneamente

8. — Debe evitarse que los empresarios trasladen los daños, evadiendo las pérdidas que ocasiona su actividad, quedando así en una situación

ventajosa al aprovechar las ganancias sin soportar las pérdidas. Concluyendo que la actividad económica de los locales bailables es una actividad riesgosa, susceptible en grado sumo de provocar perjuicios, los empresarios del rubro deben extremar las medidas tendientes a cumplir con la obligación de seguridad que pesa sobre ellos, teniendo en cuenta que esta obligación trasciende los límites de la responsabilidad contractual, transformándose en una obligación de tinte social **[1]**.

9. — No solo se advierte un inadecuado control y supervisión del establecimiento al permitirse el desarrollo de actividades cuando las instalaciones claramente incumplen con las propias exigencias municipales, sino además cuando no se acredita la contratación del seguro para los asistentes, lo que también es rigurosamente exigido por la propia normativa municipal.

10. — Quedó acreditado con la sola verificación del estado de la escalera y la ausencia de seguro, que hubo un irregular ejercicio del poder de policía sobre el establecimiento comercial en el que ocurrió el accidente generador del daño. Si este se hubiera prestado correctamente el local no debería haber estado funcionando o la escalera hubiere sido mucho más segura, además de contar las personas que pudieren resultar lesionadas con un seguro que atienda el daño.

CCiv., Com. y Minería, General Roca, 26/07/2021. - Houriet, Julián Ernesto c. Municipalidad de Río Colorado y otro.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/113023/2021]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] Serrano Alou, Sebastián, "La responsabilidad de los dueños de locales bailables", TR LALEY 0003/013656.

COSTAS

Se imponen a los recurrentes.

Expediente 24665/16

2ª Instancia.- General Roca, julio 26 de 2021.

El doctor *Martínez* dijo:

1.- Llegan los autos al acuerdo a los efectos de resolver los recursos de apelación y los arancelarios interpuestos contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 05 de mayo de 2020, que hizo lugar a la demanda en su mayor extensión.

Apeló el codemandado Carlos Alberto Pilotti, quien también dedujo recurso arancelario. Hizo lo propio la Municipalidad de Río Colorado, quien además de apelar la sentencia condenatoria, cuestionó por altos los honorarios a su cargo. En ambos casos se expresaron agravios.

Se dedujeron también otros recursos que se señalan o resultan arancelarios. En este sentido se cuenta con los del Dr. Ricardo Thompson, del Dr. Pablo Mao, del Sr. Víctor Ricardo Buron, del perito Ing. Julio Delord, del Sr. Heriberto Malbos.

Tanto los escritos de expresión de agravios como sus contestaciones fueron incorporados al SEON.

2.- Versa la causa sobre la reclamación de la indemnización por los daños y perjuicios derivados de las lesiones producidas en el actor como consecuencia de una caída ocurrida el día 12 de julio de 2015 a las 04.00 hs. aproximadamente en el interior del local bailable 'Fi2' sito en calle ... de Río Colorado, a donde este había ingresado junto con un amigo para divertirse.

3.- Pasamos a tratar los agravios presentados por el Dr. Pablo A. Squadroni, letrado apoderado del Sr. Carlos Alberto Pilotti.

3.1.- En su primer agravio entiende que la magistrada no ha considerado interrumpido el nexo causal pese a la prueba concluyente de dicha circunstancia.

Transcribe las partes pertinentes del fallo en crisis y expresa que no existe en la sentencia exposición del vínculo causal entre el daño y el riesgo generado por la cosa inerte haciendo referencia a la escalera pero que si existe vinculación causal entre la ingesta de alcohol del actor y el daño.

Manifiesta a continuación que conforme la prueba colectada en las actuaciones y resaltada por la magistrada el actor al momento del accidente se encontraba alcoholizado.

En síntesis, luego de transcribir lo expresado por los testigos en la causa penal expresa que 'frente a nosotros tenemos un caso donde había una escalera por donde circularon cientos de personas y ninguna de las cuales ha sufrido una caída como la narrada por el actor, por otra parte, tenemos una persona que bebió —en un lapso no mayor a 3 horas— una excesiva cantidad y variedad de bebidas alcohólicas, entre ellas, un destilado —whisky— que posee una alta graduación de alcohol (variable entre 40 y 62 ml de etanol

por litro), mezclándolo con bebida energética que reduce la sensación de estar afectado por el alcohol, es decir, conduce a una disminución de la intoxicación percibida, provocando mayor consumo, ello, sin dejar de considerar su vano intento por ocultar la verdad sobre la ingesta alcohólica'.

Agrega luego que el daño tiene causa adecuada en el hecho de que el actor tenía un alto grado de intoxicación alcohólica y que por ello perdió el equilibrio y cayó por la escalera. Concluye en que existe un hecho exclusivo por parte del actor por lo que, el daño reclamado 'es fruto del hecho exclusivo del mismo' existiendo una clara interrupción del nexo causal, por lo cual, debe rechazarse la demanda incoada por el actor.

3.2.- En su segundo agravio al que identifica como sentencia arbitraria trata sobre la distribución de responsabilidad efectuada por la Jueza de grado.

Recorta y pega lo dicho por la juzgadora quien expresa lo siguiente —transcribo—: 'En consecuencia, entiendo que el caso debe resolverse con una concurrencia de culpas; se atribuye el 70% la responsabilidad causal del hecho dañoso al obrar del demandado Señor Federico Ruano y a la Municipalidad de Río Colorado y el 30% a la víctima, por los motivos mencionados supra'.

Posteriormente, continúa su derrotero manifestando que la Jueza 'en ningún momento efectúa y expone un juicio retrospectivo, ex post facto, en abstracto, procurando determinar cuál ha sido la incidencia que ha tenido la conducta de cada uno de la partes en el daño' y sostiene que la distribución de responsabilidad ha sido producto de un convencimiento interno de la Jueza cobijado en el verbo 'entiendo', que no ha explicitado argumentativamente en la sentencia sosteniendo que en consecuencia que hay un incumplimiento del deber de fundar razonablemente las sentencias.

Finalmente trae a colación a Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos quienes ha dicho que —transcribo— 'cuando exista imposibilidad de determinar cuál de las dos acciones ha influido principalmente en el hecho, procede la distribución paritaria' y solicita que se distribuya la responsabilidad en un 50 por ciento a cada parte y no en un 70/30.

3.3.- El su tercer y cuarto agravio los cuales podemos abordar junto, trata sobre la responsabilidad de la Municipalidad de Río Colorado.

Expresa en primer lugar que la magistrada indica que 'La Municipalidad, omitió controlar el estado en que encontraba la escalera, lo que podría haber evitado el suceso'. Refiere luego que con dicha oración la a señora juez pretende construir la existencia de un vínculo causal entre la falta de servicio imputada y el daño alegado por el actor.

Expresa que 'es importante, en el caso, detenernos en el tiempo verbal utilizado. El término 'podría' es la conjugación del verbo poder en el tiempo verbal condicional simple (pospretérito) que se utiliza para acciones pasadas que podían haberse producido, enuncia conjeturas o especulaciones' y que es claro que la Jueza utiliza una causalidad hipotética respecto de la Municipalidad de Río Colorado, lo que permite inferir con claridad que no existió vinculación causal comprobada en autos pues de otro modo hubiera expresado en forma concreta y manifiesta la misma, no de forma conjetural como lo ha hecho.

Trae a colación lo expresado por Horacio Rossatti quien ha dicho —transcribo— que 'La doctrina publicista ha sostenido de modo uniforme que la presunción de causalidad no es admisible para responsabilizar al Estado, que la responsabilidad debe ser probada por quien la alega y que quien postula una pretensión reparatoria tiene la carga procesal de demostrar el encadenamiento fáctico que conecta el daño jurídico cierto y probado, con una actuación específica imputable a un órgano del Estado. Por ello la ausencia de vínculo causal, o su insuficiente prueba, imposibilita la concreta configuración de la responsabilidad estatal' y agrega que 'asociando los anteriores agravios y el presente queda claro que la actuación del municipio no ha tenido injerencia causal alguna en el evento dañoso, en tanto, no existe vinculación causal alguna entre el riesgo de la escalera y el daño provocado por la caída, en tanto, existen elementos contundentes en el presente expediente que da cuenta de la responsabilidad en el evento de hecho del propio actor, de su estado de intoxicación alcohólica, de la pérdida de un estado de lucidez previo a subir al entrepiso, menos aún, por lo tanto, puede existir idoneidad como factor causal de la acción u omisión estatal'.

Luego refiere a la responsabilidad de la Municipalidad de Río Colorado por la imputada falta de servicio.

Trae a colación el fallo Mosca a fin de fundar su agravio en donde la Corte definió 'falta de servicio' como: 'una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular'. Agrega a continuación que, obra en el expediente, que el Municipio se vale de informes de terceros y que 'la omisión imputada de control sobre las estructuras, en especial sobre la escalera, es parte de un mandato jurídico indeterminado donde el Estado no tiene un deber de resultados sino que su actividad 'es asimilable a obligaciones de medios tendientes a cumplir una serie de objetivos fijados por la ley solo de un modo general e indeter-

minado, como propósitos a lograr en la mejor medida posible'.

Por otra parte, expresa que el poder de policía, cuya irregular prestación se atribuye, no está específicamente determinado en una norma local y trae a colación lo dicho por la Corte desde una mirada enraizada en el Análisis Económico del Derecho (AED o Law & Ecónomics) respecto a que '...sería irrazonable que el Estado sea obligado a que ningún habitante sufra daños de ningún tipo, porque ello requeriría una previsión extrema que sería no solo insoportablemente costosa para la comunidad...'.

Continúa su derrotero señalando que 'existe en nuestro país, luego de lo acontecido en Cromañón, un especial interés por la prevención de incendios en boliches bailables, por ello, resulta inadecuado sostener que el control ejercido por la Municipalidad de Río Colorado solo estuvo focalizado en la prevención de incendios'.

Posteriormente insiste en su argumentación en que si obra en autos una 'Memoria técnica, y protección contra incendios, plan de emergencia y evacuación suscripta por Comisario Inspector (SR) Calvo y por Licenciado en Higiene y Seguridad Laboral Carlos Vaca, es dable entender que si las instalaciones se encontraban aptas para una caso de concurrencia masiva y evacuación, con lo que ello conlleva, personas asustadas, intranquilas, en pánico, sería previsible que se encontraban en condiciones adecuadas para su habilitación, es decir, que la Municipalidad de Río Colorado actuó conforme un estándar lógico y razonable de previsibilidad lo cual no genera responsabilidad según los artículos 901 y 906 del Cód. Civil'.

Para finalizar expresa que no existió una falta imputable idónea para implicar la responsabilidad de la Municipalidad de Río Colorado razón por la que solicita que se revoque la sentencia y que se rechace la demanda contra la misma.

3.4.- El quinto agravio refiere al cálculo de cuantificación del rubro 'Gastos de traslado, farmacia y asistencia médica'.

Se agravia por haberse establecido la suma de $70.000.- por dicho rubro sin tener en cuenta que el monto peticionado por el actor fue de $20.000.

Expresa a continuación que yerra la magistrada al conceder una suma superior a la estimada y peticionada por la parte actora, sin evaluar que en autos no existe prueba alguna que los gastos fueren mayores a los peticionados, más aun yerra al fallar que a dicha suma deberán computárseles los intereses fijados por la doctrina del STJ desde el momento del hecho, en tanto, dichas circunstancias resultan incompatibles.

Por lo expuesto solicita se acoja el agravio y que se determine procedente la suma peticionada por el actor e intereses conforme la doctrina legal del STJ.

3.5.- El sexto agravio refiere a la cuantificación daño moral.

Recorta y pega lo dicho por la magistrada que refiere al precedente 'Painemilla C. Trevisán'. Agrega que si bien la señora Jueza hace referencia a este mentado precedente, vale indicar que omite ponerlo en práctica ya que discrecionalmente fija un monto de daño moral sin observar relación con precedentes anteriores, lo cual, sumado a la circunstancias de una errónea valoración de la prueba determina su disminución a un monto prudencial y apropiado, ello, obviamente, sin perjuicio de lo agravios antes expuestos y para el hipotético y poco probable caso que V.E. no haga lugar a los mismos. Posteriormente expresa la agraviada que el actor, antes de accidente, ya tenía poca sociabilidad y dificultades de adaptación, por lo que entiende que 'no es dable suponer que dichas situaciones guardan nexo de causalidad con el accidente como refiere la magistrada, resultando, consecuentemente, una sentencia arbitraria y cuya fundamentación resulta una improcedente consideración de los hechos y de la prueba rendida en autos'.

Por lo expuesto, solicita se revoque la sentencia y se haga lugar al agravio, reduciéndose el monto concedido por daño moral.

4.- Pasemos ahora a tratar la contestación del actor respecto de los agravios presentados por el codemandado Pilotti a los que adhirió el tercero Malbos.

4.1.- En el responde del primer agravio, el cual se refiere, a las condiciones de seguridad de la escalera expresa que el recurrente manifiesta que la Jueza de grado no ha considerado la interrupción del nexo causal pese a la prueba concluyente de dicha circunstancia, pero que la realidad es que la escalera donde ocurrió el hecho constituía claramente una cosa riesgosa y justamente por esa razón fue modificada por el Sr. Ruano luego de ocurrido el hecho. Posteriormente, hace referencia a la peligrosidad de la escalera en base al relato del testigo el cual transcribe y en base a la fotografía acompañada por el actor en la demanda donde la policía toma una imagen con la perspectiva de quien va descendiendo resultando la foto 'tristemente esclarecedora ya que se trata de una escalera de color negro, sin cintas refractarias o con cintas totalmente desgastadas, sin luces demarcatorias, sin rellano o descanso, con escalones pequeños, angosta, pronunciada y con iluminación tan pobre que para

cualquier persona con sentido común es garantía de un accidente'.

Agrega que el dictamen del Ing. Delord corrobora lo expresado supra y que el perito detalla cuatro incumplimientos al examinar la estructura de la escalera cuyo cumplimiento exige la Municipalidad.

Continúa con su derrotero y expresa —transcribo— 'que se trata de escalones más altos que los permitidos, en una escalera más angosta que la prevista en la ley y que cubre una altura más alta que la permitida, todo en un lugar mal iluminado donde la conducta de los clientes no suele ser ordenada ni muy civilizada porque en el mismo local bailable se les vende alcohol ' y 'que todos estos incumplimientos que fueron pasados por alto en el momento de la habilitación primigenia también fueron pasados por alto luego cuando se cancelaron las licencias comerciales por motivos de seguridad como lo dice la Resolución 053/13 firmada por el entonces intendente Pilotti'.

Hace referencia luego a que el apelante pone énfasis en la memoria técnica realizada por los bomberos pero en realidad este punto ya fue despejado en forma liminar en el dictamen del Ingeniero Delord y que la óptica de la emergencia por incendio, desde la que el Cuerpo de Bomberos analiza la seguridad en los locales bailables no tiene ninguna relación con las normas de seguridad vigentes para la habilitación comercial de un local que tiene en cuenta el tránsito en referencia a la circulación interna de ese local en circunstancias de desarrollo normal de las tareas y funcionamiento de un local bailable.

Manifiesta que por lo expuesto los agravios presentados no son relevantes, ni logran conmover lo resuelto.

4.2.- En su segundo responde que trata sobre la Ruptura Del Nexo Causal, expresa que la culpa de la víctima ha sido invocada tanto por los demandados, como algunos de los terceros citados. Manifiesta el presentante que Houriet no recuerda haber tomado más que cerveza antes de salir de su casa, cuando había cenado pizza con su familia y que —si bien el apelante refiere discordancias entre lo señalado en la demanda y lo declarado antes en la causa penal— lo que ocurrió, es que luego de un traumatismo craneal que requirió cirugías y de estar en coma inducido por nueve días, Houriet pudo recobrar la conciencia en forma lenta, recordando momentos de igual manera y en la medida que el tiempo transcurría. Luego, agrega que lo dicho por los testigos 'que dicen que tomó cerveza y whisky, y que declaran que lo vieron mareado, tambaleándose o con un vaso en la mano cuando caía de la escalera', no coincide con el informe médico.

Continúa su derrotero manifestando que en los boliches se consume alcohol y que es 'una realidad incuestionable que los jóvenes consumen a veces alcohol en cantidad en los locales bailables' y que '...incluso se consumen otras sustancias prohibidas en los locales bailables. Quien niega que esto ocurra niega la realidad'.

Manifiesta posteriormente —y sintetizo— que el alcohol altera las facultades psicomotrices y que el mismo se vende en el mismo local bailable que colocó la escalera lo que le resulta 'chocante al sentido común que pretenda fundarse la ruptura del nexo causal como eximente, en el consumo de alcohol que promueve y con el que lucra el mismo local bailable' y trae a colación el precedente "Segura c. Showcenter SA" el Dial.com-SIADD; RC J 11511/19 citado en Weingarten Celia, "El principio de Confianza en el Código Civil y Comercial". Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 72. Año 2020 el cual no transcribiré a los fines de sintetizar.

Realiza una analogía y se pregunta "si pensaba Ruano que los clientes no consumirían el alcohol que les vende y que podrían hacer equilibrio en la escalera que instalaba" Y si "era previsible o imprevisible el consumo de alcohol y el comportamiento de los jóvenes para los funcionarios de la Municipalidad de Río Colorado que habilitaron esa escalera criminal" y concluye que la pretendida eximente no resiste el menor análisis y que el mismo autor citado por el apelante dice que "la doctrina y la jurisprudencia dominantes entienden con razón que rige en esta materia el principio in dubio pro victimae que es derivación de uno más amplio y abarcador que predica que en la duda de la apreciación de los hechos o del Derecho aplicable, debe afianzarse la tutela de la víctima. Esto explica que el tema de las eximentes deba ser valorado siempre con criterio estricto, evitando darle una extensión desmedida, que exceda los límites que la propia ley ha fijado. De allí que, ante la duda, se deberá estar siempre por mantener la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa por cuyo riesgo o vicio se produjo el daño o de quien generó, controló o potenció la actividad riesgosa causante del mismo", Pizarro Ramón Daniel, "La Responsabilidad por el hecho de las cosas en el Código Civil y Comercial", Revista Derecho de Daños, Responsabilidad Objetiva-II, 2017-2, Ed. Rubinzal-Culzoni.

Finalmente concluye en que se debe rechazar la eximente planteada por el apelante.

4.3.- En su tercer responde refiere al agravio respecto de la atribución de responsabilidad. Entiende que no sería justa una atribución paritaria de responsabilidad y que no puede equipararse la contribución al daño de Ruano y de la Municipalidad De Río Colora-

do con el aporte causal del damnificado a su propio daño.

Relata lo ya abordado *supra* y manifiesta que el dueño del boliche en referencia al señor Ruano permitió "con total indiferencia por la salud de los consumidores, de sus clientes, que funcionara su negocio con una estructura peligrosa, totalmente deficiente, sin iluminación ni condiciones de seguridad, que no cumplía con las normas básicas de seguridad que el Estado Municipal había sancionado por medio de sus órganos de gobierno".

Vuelve a citar a Pizarro y en base a ello concluye en que ambos demandados son responsables y que además el porcentaje fijado en la Sentencia no debe ser modificado por ser satisfactorio el análisis que la Jueza realiza en Primera Instancia.

4.4.- En su cuarto responde trata el agravio presentado por la contraparte el cual refiere a la falta de relación de causalidad en la responsabilidad de la municipalidad de Río Colorado.

En su extensa contestación refiere que el caso Mosca que cita el tercero se diferencia de este caso ya que se trataba de un reclamo de indemnización por Daños de una persona que había recibido un proyectil en su ojo, en las inmediaciones de la cancha de Lanús, cuando trabajaba como chofer por lo que se invocó la responsabilidad civil de las asociaciones deportivas.

Destaca a continuación que la obligación de seguridad "se acentúa cuando se trata de un cliente que ingresó al local bailable, pagando una entrada y refiere que la obligación de garantizar que quien entra a bailar conservará su vida y su salud es más intensa cuando se trata de las personas que ingresaron a un local bailable a divertirse...".

Concluye en que "habiendo en toda la ciudad solo dos boliches que funcionan en el mismo edificio, es razonable exigir un control efectivo para determinar si están en condiciones y son seguras sus instalaciones, la iluminación de una escalera o de una rampa y el cumplimiento de la obligación de contar con un seguro, lo que no hizo la Municipalidad en este caso y es lo que señala con total exactitud la Sra. Juez de Primera Instancia" y cierra su argumento entendiendo que no haber exigido el cumplimiento de la normativa que la misma Municipalidad dictó y el haber eximido— por escrito— uno de los funcionarios al titular del local de la obligación de contar con un seguro, hace responsable al Municipio, tal como se establece en el art. 1074 del Cód. Civil.

4.5. - El responde del quinto agravio trata sobre los rubros indemnizatorios.

Entiende que no resulta desajustada la suma fijada por la juzgadora para gastos de traslado, farmacia y asistencia médica, sobre todo porque existe ya un arraigado criterio en la Jurisprudencia de esta Cámara Civil en el sentido de que no corresponde exigir al reclamante una prueba acabada y concreta de dichas erogaciones.

Expresa que la atención médica en Bahía Blanca (Bs. As.) teniendo el actor domicilio a 140 km, implicó gastos de traslado que deben ser considerados al momento de la Sentencia. Agrega que el actor afrontó gastos en medicamentos y manifiesta que pretender reducir el monto determinado por la Juez de grado con respecto al Daño Moral resulta absurdo haciendo referencia a la pericia psicológica de autos.

5.- Pasamos ahora a tratar los agravios presentados por la apoderada de la Municipalidad de Río Colorado quien expresa que la sentencia dictada es arbitraria, y lo resuelto carece de fundamentación suficiente.

5.1.- En su primer agravio que identifica como la atribución de responsabilidad, transcribe y recorta partes de la sentencia.

Manifiesta que la Jueza atribuye la caída del actor a la pérdida de equilibrio, y esta al consumo de excesivo alcohol, no a las condiciones de seguridad de la escalera y refiere que por ello no existe en la sentencia apelada vinculación causal entre el riesgo que podría suponer las condiciones específicas de esa escalera y el daño sufrido por el actor. Continuando con el argumento y a modo de síntesis expresa la agraviada que si el actor no hubiera estado 'en estado de intoxicación alcohólica' no hubiera perdido el equilibrio y por lo tanto no se hubiera caído y agrega 'que fue su propia culpa la causa del daño sufrido y en tal sentido produjo la interrupción del nexo causal'.

Luego vuelve a recortar y pegar otra parte de la sentencia e indica que no surge de la misma que el estado de la escalera incidiera en la ocurrencia del daño y que tampoco explica la señora Jueza que control por parte de la Municipalidad podría haber evitado el suceso o de qué manera esta omisión fue causa determinante en el hecho entendiendo que se hace una suposición sin fundamento y que tal suposición es la base de la atribución de responsabilidad al Municipio.

Como corolario expresa que la responsabilidad del Estado debe ser probada por quien la alega, que no existe responsabilidad presunta y que por ello la sentencia es arbitraria ya que la culpa de la víctima ha sido esencial en la producción del hecho dañoso y sostiene que la prueba en tal sentido ha sido concluyente ya que no se funda en meras suposiciones sino —por una parte— en que ningún accidente ha ocurri-

do en dicha escalera con excepción del protagonizado por el actor y —por otra parte— en la memoria técnica, y protección contra incendios, plan de emergencia y evacuación suscripta por Comisario Inspector (SR) Calvo y por Licenciado en Higiene y Seguridad Laboral Carlos Vaca.

Describe posteriormente al informe como uno 'apto para establecer que las condiciones constructivas del lugar eran apropiadas para la circulación de las personas' y manifiesta que la Municipalidad de Río Colorado actuó conforme un estándar lógico y razonable de previsibilidad lo cual no genera responsabilidad. En este sentido agrega que la Jueza ha menospreciado la entidad del informe a referir en su sentencia lo siguiente —transcribo—:

'Como puede colegirse los controles no fueron periódicos o regulares a la luz de las fechas de las actuaciones consignadas en el detalle precedente, tampoco adecuados u oportunos, puesto que parece que el foco de interés solo estuvo centrado en el protocolo contra incendio, descuidando el control respecto de estructuras como escaleras, cuya importancia es vital, considerando las circunstancias en que se produce el tránsito de los asistentes, como la altura y el ancho insuficiente de las escaleras que cuanto menos obstaculiza la circulación a través de la misma.'

Posteriormente, expresa que más allá de las apreciaciones de la Jueza con relación a la altura y el ancho de la escalera, no explica de qué forma estas características influyeron en el acaecimiento del hecho.

5.2.- En su se segundo agravio trata de manera muy acotada el porcentaje de responsabilidad de las partes y expresa de manera muy sintética que sin perjuicio de lo manifestado y en coincidencia con ello, no existe fundamento alguno en la determinación de la responsabilidad en el porcentaje resuelto. Agrega luego que la Jueza ha concluido que la responsabilidad debía recaer 70% en una parte y 30% en la otra 'sin que indicara cuales fueron los elementos tenidos en cuenta para arribar a tal resultado y no a uno diferente.'

5.3.- En su tercer agravio trata los rubros indemnizatorios. Expresa de manera sintética que carece de fundamento la determinación de la suma de $70.000 en concepto de gastos de traslado, farmacia y asistencia médica, considerando que el actor ha solicitado $20.000, sin que surjan del expediente elementos que justifiquen apartarse de esta petición y la misma consideración con respecto al rubro daño moral, con respecto al cual la magistrada no ha justificado la cuantía determinada.

6.- Pasamos ahora a tratar la contestación de los agravios presentados por la Municipalidad por parte del actor quien aclara que los agravios de la demandada Municipalidad de Río Colorado (RN) son concordantes con los del tercero citado Carlos Pilotti y que se remitirá a los argumentos vertidos en la contestación presentada anteriormente con respecto al recurso del tercero citado y que formulará algunas aclaraciones que hacen a la responsabilidad de la Municipalidad.

6.1— En su responde trata cuestiones sobre la Responsabilidad del Estado por omisión. Expresa que la Municipalidad de Río Colorado pone énfasis en el consumo de alcohol de Houriet trayendo a colación las declaraciones de quienes afirmaron que el actor había consumido alcohol y en este punto pretende que este consumo interrumpió el nexo causal. Agrega que al contestar los agravios del Sr. Pilotti, ha dado los argumentos al respecto, por lo que a ese escrito se remite y agrega que la Municipalidad sabiendo que en el boliche se vende alcohol y que se lo consume, debió extremar el control con la Ordenanza que tiene a su disposición y que tiene hoy aún plena vigencia.

Por otra parte, manifiesta que, a su criterio, pedir que la sentencia acredite que el actor no se hubiera lesionado si la escalera cumpliera los requisitos legales que la Municipalidad exige para funcionar es 'invertir la lógica, especulando en el mundo de las posibilidades.'

Entiende en su responde que el razonamiento es más simple y expresa que el actor se dañó en una escalera que no cumplía con los requisitos de las normas en vigencia y está probado que la Municipalidad no controló en forma efectiva las instalaciones, 'siendo complaciente con Ruano, liberándolo incluso, en forma expresa, del cumplimiento de recaudos legales.' Trae a colación la Ord. N° 1291/10 y el código de edificación y expresa a continuación que los inspectores de la demandada —con esta Ordenanza— debían controlar la iluminación en todo el tramo de la escalera, pero luego le permitieron funcionar con una escalera oscura, sin iluminación y sin cintas refractarias y que, por otra parte, exigía la norma que los inspectores midieran el ancho de la escalera para que transiten los asistentes, pero luego le permitieron funcionar con una escalera más angosta.

Hace referencia a que la municipalidad revocó la Licencia de Ruano por supuestas razones de seguridad (Res. 053/13 del Sr. Pilotti) pero que luego le permitió funcionar habiéndole cancelado la habilitación.

Se pregunta para finalizar cuales serían las posibilidades de resarcimiento que tendría hoy Houriet si se condenara únicamente como responsable al Sr. Ruano y concluye en que 'es evidente que el Estado Municipal no estuvo presente para controlar, sino solo

para intentar cobrar la tasa comercial al Sr. Ruano y luego la tasa por reempadronamiento cuando canceló la habilitación, pero está claramente probado que se desentendió de su deber de controlar siendo incluso "como con la omisión del seguro-cómplice del empresario".

Solicita luego que se rechace el recurso y que se confirme la Sentencia con imposición de costas.

Análisis y propuesta de solución del caso:

7.1.- Sabido es que los jueces no estamos obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan solo pronunciarnos acerca de aquellas que estimemos conducentes para sustentar nuestras conclusiones (CS, doctrina de Fallos: 272:225; 274:113; 276:132; 280:320). Obviamente que tal directriz importa la posibilidad también de alterar el orden de exposición y, en tal sentido, adelanto que no he de seguir la metodología propuesta por los recurrentes, sin perjuicio de abordar todo aquello que resulte necesario para la decisión que finalmente propondré adopte el tribunal.

En tal derrotero me centraré en primer lugar en la responsabilidad de los dueños, organizadores o explotadores de la disco o boliche bailable, para recién luego tratar la responsabilidad del municipio.

7.2.- Adelanto que, si bien comparto alguna de las apreciaciones realizadas por la Sra. Jueza, discrepo con la adjudicación de responsabilidad al actor y fundamentalmente con la inaplicación del sistema tuitivo de los consumidores con base en el art. 42 de la Constitución Nacional, la ley 24.240 y algunas de las normas del Cód. Civ. y Comercial cuya aplicación resulta posible aun cuando el hecho se produjera días antes de que este entrara en vigor.

7.3.- Sin duda resulta de aplicación el sistema tuitivo de los consumidores, en tanto converge una relación de consumo entre el actor y los dueños y administradores de la disco en la que este resultó lesionado.

En la instancia de origen se ha considerado la responsabilidad objetiva derivada de los vicios que presentaba la escalera y por aplicación de la segunda parte del art. 1113 del entonces vigente Cód. Civil, pero sin perjuicio de la convergencia de tal atribución de responsabilidad, rige el principio protectorio y la obligación de seguridad impuesta por el art. 5 de la ley 24.240, fortalecida en el artículo siguiente en el caso de cosas o servicios que entrañen un particular riesgo.

Como hemos dicho en otras oportunidades, siendo de aplicación el sistema de protección de los consumidores que encuentra su base en el art. 42 de la Constitución Nacional y se estructura fundamentalmente en las nuevas disposiciones que sobre la materia contiene el Cód. Civ. y Comercial (arts. 1092, 1093, 1094 y 1095 y cctes.), así como la ley 24.240 y sus modificatorias, ante la duda debemos estar en favor del consumidor. Repárese en tal sentido especialmente en el art. 1094 del Cód. Civ. y Comercial que reafirma y perfecciona el principio que ya había reconocido el art. 3 de la ley 24.240 al disponer que 'Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor'. Y repárese también en el art. 1095 del referido código en cuanto respecto de la interpretación de los contratos de consumo, dispone que 'se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor', agregando que 'Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa'. Refiero al nuevo código unificado porque más allá que el contrato se celebró con anterioridad a su puesta en vigor, las normas parcialmente transcriptas no son sino la expresión de lo que se conoce como el principio protectorio que emerge del citado art. 42 de la Constitución Nacional y en general se ha sostenido que se vertebra en tres reglas: a) la regla 'in dubio pro consumidor', la duda favorece al consumidor; b) la regla de la norma más favorable al consumidor; y c) la regla de la condición más beneficiosa o ventajosa, especialmente en la interpretación de los contratos.

Y, por otra parte. tal como anticipara, no puede obviarse el art. 5 de la ley 24.240, que claramente dispone; 'Artículo 5° - Protección al Consumidor. 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'.

7.4.- Las condiciones normales del servicio exigían cuanto menos la estricta observancia de las previsiones de la normativa municipal respecto de las instalaciones de la disco y que en lo que respecta a la escalera en la que sufrió el accidente el actor no se cumplió. La pericia del Ingeniero Delord que no ha sido enervada por las partes ni por prueba alguna, es concluyente en cuanto a la irregularidad de la escalera que no respetaba el diseño y medidas mínimas exigidas obviamente para evitar accidentes, más allá de la carencia de adecuada iluminación y refractarios, como su construcción abierta o ausencia de cerramientos.

7.5.- Está fuera de discusión que el actor se cayó cuando bajaba de una de las escaleras del estable-

cimiento de diversión que no respetaba las características constructivas exigidas para su habilitación.

A partir de ello surge la responsabilidad de los dueños y administradores del establecimiento, sin que se advierta la existencia de caso fortuito o culpa de la víctima o de un tercero por quien no deban responder.

Tengamos presente que las personas —en su mayoría jóvenes y adolescentes— van allí a divertirse y el tomar alcohol no solo es lo habitual, sino incluso una de las actividades que el establecimiento fomenta. Se exigen entonces determinadas seguridades extras (las características de las instalaciones y las escaleras son una de ellas) en procura de minimizar la posibilidad de accidentes, como así también otras tendientes a la mitigación del daño (entre ellas la contratación del seguro exigido por la normativa municipal).

Ninguna de estas dos que he precisado fueron observadas por los demandados.

7.6.- Se invocó el estado de ebriedad del actor, pero más allá que no se ha procurado prueba efectiva que permita determinar la existencia de alcohol en sangre y su nivel o gravedad, menos aún sería posible determinar la incidencia que en su caso pudiera haber tenido el supuesto estado de ebriedad para quebrar el nexo causal desplazando la responsabilidad. Por otra parte, cabe reiterar que el establecimiento es el que fomenta el consumo de alcohol y expende las bebidas, siendo de esperar que no estimule ni permita excesos en tal sentido que pudieren constituir un riesgo para las personas; riesgo para sí mismos o para los demás. La responsabilidad entonces por vender de más o permitir la permanencia en el local de personas en un estado no recomendable, es de quienes tienen a su cargo la administración y control de la disco.

Recordemos en este sentido el citado art. 5 de la ley 24.240 en cuanto determina que los servicios deben ser prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

El estado de alcoholización en una disco es algo habitual —diría que hasta querido por sus propietarios— de modo que es absolutamente previsible, y con ello esperable también que aumente el riesgo de caídas o accidentes por la disminución en las habilidades y reflejos psicomotores de las personas alcoholizadas. Era responsabilidad de los demandados entonces que las instalaciones del local bailable y las medidas de seguridad dispuestas fueran las adecuadas para evitar hechos como el acontecido. Es más, aun cuando no se alegó ni tampoco existen razones para suponer su convergencia, cabe decir que incluso es un dato de la realidad la previsibilidad del consumo de psicotrópicos, estupefacientes y sustancias prohibidas con mayor afección que el alcohol en las personas que las consumen, para las que necesariamente los dueños y administradores de los establecimiento de diversión deben adoptar medidas de seguridad tanto para ellos como para las restantes personas que concurren a sus establecimientos asegurando su indemnidad.

7.7.- Esta cámara en su actual integración se ha expresado en torno a la responsabilidad de los titulares de establecimientos de este tipo, en un caso que si bien guarda diferencias con el que nos ocupa, tiene aspectos en común resultando aplicable la línea argumental sostenida en el voto rector a cargo del Dr. Soto y al que adhiriera el suscripto.

Refiero al caso "Remón c. M. A. Patagonia SRL" (sentencia de fecha ... correspondiente al Expte. N° 45-11), en el que en lo pertinente se expuso: "10.- Que analizadas las constancias de autos, el acontecimiento de los hechos y valorados que fueran los fundamentos de las partes; luego de la aplicación al supuesto en trámite de los principios jurídicos imperantes en esta materia; aún pese a estar en el inicio de este desarrollo; creo estar en condiciones de señalar que el recurso de la demandada no puede prosperar. Esta convicción se encuentra sustentada en dos pilares fundamentales. En primer lugar, la inobservada obligación de garantía hacia la integridad del consumidor. En segundo lugar, la carencia de una composición clara del incidente acontecido, y de los verdaderos roles encarnados por los protagonistas en el grave desenlace. Con este panorama, resulta imposible que el demandado, desde su compromiso objetivo de responsabilidad; pueda desplazar el reproche formulado a su respecto. Los testimonios producidos en primera instancia resultan irrelevantes en su mayoría para la dilucidación del hecho, tal como acertadamente destaca la Sra. Jueza de grado [...] La duda y la indeterminación mantienen vigente el deber de responder de la demandada, en tanto garante frustrado de la integridad física del consumidor. Resulta interesante traer a colación la opinión vertida por el autor Antonio Juan Rinessi, en el artículo "Protección del Consumidor", p. 311 y ss., publicado en la "Revista de Derecho Privado y Comunitario", de Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 01 de julio de 2009; quien al referirse a la obligación de seguridad; nos dice que: "...La obligación de seguridad nace como consecuencia de la ampliación del ámbito del contrato por el fenómeno que se denominó inflación obligatoria... La consideración de los deberes de protección impone la reafirmación del carácter complejo de la relación obligatoria, de la que surgen, junto al deber de prestación primario, una serie de deberes integrativos de contenido autónomo que en ella tienen su origen y que, consiguientemente, al ser violados,

producen un ensanchamiento de la responsabilidad contractual... Mosset Iturraspe, "Interpretación económica de los contratos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 212, señala con respecto al tema en el contrato, refiriéndose a las obligaciones implícitas o virtuales, que se trata de no hacer todo aquello que pueda, directa o indirectamente, obstaculizar o impedir el logro del resultado querido. Equivale a decir que, desde el punto de vista positivo, los contratantes deben realizar todos los comportamientos que sean necesarios y conducentes al logro del resultado buscado, aun cuando ellos no fueran expresamente previstos y en la medida, claro está, en que no sean francamente extraños al objeto contractual o que agraven la obligación del deudor de manera exagerada. Y desde un ángulo negativo, evitar toda conducta que ponga en peligro el objetivo, o que lo impida o dificulte. Queda comprendido el deber de evitar todo daño a la persona o bienes del cocontratante...". Y en este caso, precisamente el actor, que había celebrado un contrato con la demandada, con fines de esparcimiento; resultó severamente afectado en su integridad física; con la pérdida casi total —95 %, según la pericia, en uno de sus ojos. La obligación de seguridad subyacente en el contrato, ha sido incumplida por la demandada. Resulta también útil, mencionar como lo hace el referido autor que "...En un caso más reciente, la Cámara Nacional Civil, Sala K, del 14 de noviembre de 2003, "Fallesen, Christian E. c. Orsogna SA y otro", LA LEY, 09/03/2004, Fallo: 107:007—, consolida el reconocimiento del riesgo, haciendo asumir a la demandada la responsabilidad consiguiente. Se trataba de que en un local bailable nocturno el accionante es objeto de un corte en el rostro y que no puede individualizarse al agresor; el tribunal acoge la teoría de la obligación tácita de seguridad y sostiene que la demandada, que efectúa en su propio beneficio la explotación del local bailable, tenía el deber de mantener el debido control de seguridad en el interior de aquel, de manera tal que los concurrentes no sufrieran daño alguno...". En el supuesto que aquí convoca, y si bien hay una persona apuntada como potencial agente generador del daño; no hay pruebas que puedan arrojar tal conclusión de manera convincente, puesto que se carece de constancias relativas al hecho violento en sí, que ninguno de los testigos declarantes en ambas instancias ha logrado reflejar. Todo esto, sin perjuicio que la misma demandada en el marco de la prestación directa del servicio, ha contribuido a maximizar el riesgo propio de la actividad nocturna, con el expendio de alcohol y a través de recipientes de vidrio; lo que indudablemente resulta un factor predisponente hacia el déficit de seguridad. La conjunción entre el componente de vidrio y alcohol impide la consideración de la imprevisibilidad e irresistibilidad de este tipo de eventos dañosos; producidos como en el caso, aparentemente con el concurso de otro parroquiano, en el interior del local bailable, y con el presunto objeto productor del daño —vaso de vidrio con bebida alcohólica—, suministrado por la misma empresa demandada. La obligación de seguridad implica un débito contractual, que para ser desplazado en sus efectos; no basta en su caso con demostrar la inexistencia de culpa, sino el actuar positivo del tercero por el que no se debe responder, o de la víctima en su propio daño".

7.8.- Se ha dicho también y resultando de aplicación al caso se comparte:

- "Así, pues, los empresarios o promotores de espectáculos están obligados por un deber legal de garantía o seguridad respecto de la indemnidad de los espectadores mientras asisten y permanecen en el lugar, antes, durante y hasta después de la finalización del evento. Ello configura en circunstancias como las de autos una obligación de resultado, que imponen al organizador una responsabilidad objetiva, la cual solo puede excusarse, como dije, por la prueba de la culpa exclusiva de la víctima, o de un tercero o por un caso fortuito". (Cám. Nac. Apel. Civ. Sala I, "Garriz, C. A. c. Responsable de Terremoto y otro", 27/03/2001, Cita online: TR LA LEY 20012836).

- "En efecto, el caso específico que nos ocupa, se ha dicho que quien concurre a una 'disco' a estar con amigos, a hacer amistades, en definitiva, a distraerse, se relaciona jurídicamente con el proveedor del servicio, de modo que la responsabilidad civil por los daños padecidos por el asistente es contractual. El contrato contiene dos obligaciones: la principal, consistente en ofrecer el servicio prometido (música de determinada clase, venta de bebidas, iluminación, etcétera), y una accesoria de seguridad (Conf. Sagarna, Fernando Alfredo, "Daños causados por custodios privados - Responsabilidad de las discos por el hecho de sus dependientes", LA LEY, 1999-E, 133). Es claro entonces que el empresario organizador del espectáculo público, cualquiera sea su finalidad —deportiva, artística, cultural, musical, etcétera—, o quienquiera que asuma su organización, a título oneroso o gratuito, deberá responder en cada caso en que incumpla las obligaciones que pone a su cargo el contrato atípico que celebra con los espectadores asistentes (Conf. Alterini - Ameal - López Cabana, "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 764 y 765). Por lo tanto, entre el espectador y el organizador se celebra un contrato de espectáculo público, y este último al brindarlo al público con fines de lucro, se compromete implícitamente a que nadie sufra daño a causa de ese hecho, en virtud de la cláusula de incolumidad que se entiende incorporada tácitamente a todo contrato en el que la suerte de la persona de uno de los contratantes que satisface una prestación, queda confiada a la otra parte. Sería inconcebible que el empresario pudiera desentenderse de ese deber de seguridad hacia

el espectador, pues tal postura equivaldría al juego de una cláusula de exoneración inaceptable, ya que nadie puede obligarse y desobligarse simultáneamente (Conf. Llambías, Jorge, "Responsabilidad civil provenientes de accidentes deportivos", ED, 47951) [...] Ha sido definida como una obligación contractual expresa o tácita, anexa e independiente del deber principal, que existe en todo tipo de contrato y por la cual el deudor garantiza objetivamente al acreedor que no le causará daños en bienes distintos al que fuera concebido como objeto del negocio, como consecuencia del desarrollo efectivo de la prestación principal (Conf. Agoglia-Boragina-Meza, "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Ed. Hammurabi, p. 172, Buenos Aires, 1993). También se ha dicho que es una obligación accesoria en virtud de la cual el titular o concesionario de una discoteca debe, además de un complejo de deberes primarios que se conjugan en la prestación principal prevista en el contrato (servicio de música, escenario para el baile y esparcimiento, suministro de bebidas, entremeses, bocadillos y otros tipos de comestibles), velar porque ni las prestaciones o servicios brindados, ni los objetos o dependientes suyos, ni la actividad, desórdenes y pasiones que genera el objeto propio de su quehacer comercial —y en el cual encuentra provecho y ganancias— provoquen daños en las personas o los bienes de sus clientes. Para el logro de ese fin debe adoptar todas las medidas razonables de custodia y vigilancia para prevenir y evitar, fundamentalmente, los daños a que sus clientes se encuentran expuestos por diversos sucesos (enfrentamientos entre grupos; grescas bilaterales; acciones de sujetos alcoholizados o con el entendimiento obnubilado, etcétera) que de forma bastante común se producen dentro del ámbito del local o en los sectores de ingreso o egreso del mismo (Conf. SC Buenos Aires, 2005/08/10, "Mandirola, Juan y otra c. Club Deportivo Alsina", LA LEY BA 2005 (noviembre), 1163, voto del doctor Roncoroni por la mayoría). Prevalece en general la tendencia a ubicarla entre las obligaciones de resultado, en tanto el titular de la disco debe asegurar la salida de sus cocontratantes sanos y salvos (es decir en la misma forma que ingresaron al local). Y a este contrato le es perfectamente aplicable el art. 5 de la ley de defensa del consumidos 24.440 (Adla, LIII-D, 4125). Las cosas y servicio deben ser suministrados y 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 en tanto el titular de la "disco" debe asegurar la salida de sus cocontratantes sanos y salvos, esto es, en la misma forma que ingresaron al local (Conf. Sagarna, Fernando Alfredo, ob. cit.)". (CNCiv., Sala H, febrero 2017, "Pra Baldi, Sergio y otros c. Bianchi, Lucas J. y otros s/ daños y perjuicios", Expte. N° 111.497/2007, ubicable en el sitio oficial).

- "Ello así, sobre la base de los hechos que tengo por probados, y surgiendo con claridad que el daño se produjo en el marco de una relación de consumo por la cual al momento del evento el accionante hacía uso y goce de los servicios prestados por el local bailable 'El Santo', esto es, la disposición de un lugar para escuchar música, bailar y consumir bebidas, juntamente con el servicio de playa de estacionamiento, la responsabilidad ha de dirimirse conforme las previsiones de la Ley 24.240. En efecto, como se ha expresado en la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, "Quien concurre a una disco a estar con amigos, a hacer amistades, en definitiva, a distraerse, así haya sido invitado, se relaciona jurídicamente con el proveedor del servicio, de ahí que la responsabilidad civil por los daños padecidos por el asistente sea contractual". 20/04/2011 - "G., M. F. c. B., D. F. s/ daños y perjuicios". Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario Mendoza. Rubinzal-Culzoni 01/07/2011. Tal y como se expresa en el citado fallo, el contrato contiene dos obligaciones: la principal, consistente en ofrecer el servicio de música, bebidas, etc., y una obligación accesoria de seguridad, que es de resultado y consiste en garantir que las personas que contratan este servicio, a su finalización abandonen el local sanos y salvos, siéndole así aplicable el art. 5 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240: "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios" [...] Como expresara *ut supra*, se ha entendido que los explotadores de estos servicios están obligados por un deber de garantía o seguridad respecto de la indemnidad de los espectadores mientras asisten y permanecen en el lugar, antes, durante, y hasta después de la finalización del evento, configurándose una obligación de resultado ("Garriz, Carlos A. c. Responsable de Terremoto", Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. Sala I, 27/03/2.001, publicado por JA, 2001-III-536)" (Tribunal de Gestión Asociada Primero, Mendoza 11/11/2019, "Gaute, Gerardo c. El Santo y otros p/ daños y perjuicios", CUIJ: 13-04176321-8-260229).

- "Quien concurre a una disco a estar con amigos, a hacer amistades, en definitiva, a distraerse, así haya sido invitado, se relaciona jurídicamente con el proveedor del servicio, de ahí que la responsabilidad civil por los daños padecidos por el asistente sea contractual. El contrato contiene dos obligaciones: la principal, consistente en ofrecer el servicio prometido (música de determinada clase, venta de bebidas, iluminación, etc.), y una accesoria de seguridad surgente del art. 1198 del Cód. Civil. Esta obligación de seguridad es de resultado, es decir que el titular de la disco debe asegurar la salida de sus cocontratantes sanos y salvos (es decir en la misma forma que ingresaron al

local). Y a este contrato le es perfectamente aplicable la normativa surgente del art. 5° de la ley de defensa del consumidor 24.240 (Adla, LIII-D, 4125): "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" (Sagarna, Fernando Alfredo, "Daños causados por custodios privados - Responsabilidad de las discos por el hecho de sus dependientes", LA LEY, 1999-E, 133 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, T. III, 01/01/2007, 993, Cita online: TR LA LEY AR/DOC/16832/2001).

- "El deber de seguridad implícito en el contrato de espectáculo constituye una obligación de resultado, que obliga antes, durante y después de concluido el espectáculo a que los asistentes no sufran daños en su persona o en sus bienes . La obligación del empresario de proporcionar seguridad encuentra también apoyo en la teoría del riesgo y del aprovechamiento económico, siendo equitativo que quien con sus actividades genera riesgos asuma la responsabilidad que con esos riesgos genera, máxime si se beneficia económicamente con tales actividades [...] En nuestra opinión, la responsabilidad del propietario de un boliche por los hechos ocurridos dentro del mismo debe ser lo más amplia posible y abarcar todos los supuestos en que existiera un daño y no se pudiese probar la ruptura del nexo causal. No se debe perder de vista que el propietario de los boliches contrata personas a las que les encomienda el cuidado de la seguridad dentro del local, las cuales controlan que no existan disturbios o cualquier otro tipo de comportamiento que ponga en riesgo el desarrollo del espectáculo [...] Los dueños de locales bailables brindan un espectáculo público a un número indeterminado de espectadores, con el objetivo de obtener un beneficio económico. La actividad comercial que realizan conlleva implícito un riesgo, como toda actividad económica, que se ve potenciado por las condiciones de tiempo y lugar en que llevan a cabo su empresa. El horario nocturno, el agrupamiento de personas en espacios reducidos, los ambientes oscuros, la música estridente y la venta de alcohol funcionan en la mayoría de los casos como una especie de desinhibidor, que entre otras cosas desinhibe las actitudes de violencia de los asistentes. La destrucción de la propiedad y el daño a las personas es cada vez más común. Teniendo en vista el escenario descripto, se debe tender como primera medida a evitar los daños que puedan ocasionarse con motivo o en ocasión de este tipo de espectáculos públicos. Los propietarios de los boliches deben tomar conciencia de los daños que pueden ocasionar con su actividad, y tener presente que serán responsables de los mismos. Se debe apuntar a un derecho de daños que tienda cada vez más a la equidad y a una reparación basada en las directivas de la justicia social; se debe objetivar y ampliar la responsabilidad de los propietarios de boliches, tendiendo a una indemnización integral de quienes resulten dañados. Debe evitarse que los empresarios trasladen los daños, evadiendo las pérdidas que ocasiona su actividad, quedando así en una situación ventajosa al aprovechar las ganancias sin soportar las pérdidas. Concluyendo que la actividad económica de los locales bailables es una actividad riesgosa, susceptible en grado sumo de provocar perjuicios, los empresarios del rubro deben extremar las medidas tendientes a cumplir con la obligación de seguridad que pesa sobre ellos, teniendo en cuenta que esta obligación trasciende los límites de la responsabilidad contractual, transformándose en una obligación de tinte social". (Serrano Alou, Sebastián, "La responsabilidad de los dueños de locales bailables", Cita online: TR LA LEY 0003/013656).

7.9.- Por las razones expuestas es que propongo el rechazo del recurso en este aspecto toda vez que no es posible, ni aún parcialmente, trasladar responsabilidad al actor, aunque obviamente la ausencia de agravio al respecto lleva a mantener la parcial adjudicación de culpa hecha en la instancia de origen.

8.1.- En cuando a la atribución de responsabilidad al municipio, cabe decir que, aunque la condena es solidaria, indudablemente siendo el principal responsable el dueño y administrador del establecimiento siempre queda la posibilidad de eventualmente repetir de estos lo que pudiere tener que abonar al actor.

8.2.- Hecha esta aclaración, en mi opinión no hay una argumentación sólida que permita modificar la atribución de responsabilidad que se ha hecho en la instancia de origen, por lo que propongo también el rechazo del recurso en este aspecto.

No solo se advierte un inadecuado control y supervisión del establecimiento al permitirse el desarrollo de actividades cuando las instalaciones claramente incumplen con las propias exigencias municipales, sino además cuando no se acredita la contratación del seguro para los asistentes, lo que también es rigurosamente exigido por la propia normativa municipal. Tanto las características de la escalera en que se cayó el actor que al no ser observadas aumentó considerable el carácter riesgoso de las mismas, como la exigencia del seguro, están puestas en beneficio de los consumidores y demás personas que asisten a los establecimientos de diversión como el que nos ocupa, para disminuir los riesgos en el primer caso o reparar los daños en el segundo, con la premisa de la indemnidad que con claridad impone el citado art. 5 de la ley 24.240 y el ordenamiento en general.

8.3.- Quedó acreditado con la sola verificación del estado de la escalera y la ausencia de seguro, que

hubo un irregular ejercicio del poder de policía sobre el establecimiento comercial en el que ocurrió el accidente generador del daño. Si este se hubiera prestado correctamente el local no debería haber estado funcionando o la escalera hubiere sido mucho más segura, además de contar las personas que pudieren resultar lesionadas con un seguro que atienda el daño.

Y me centro solo en el tema de la escalera, aun cuando también debiera en su caso formularse reproche si como sostienen los demandados hubo exceso de alcohol, desde que la venta la realizaban en el establecimiento, siendo sus administradores además responsables en cualquier caso que a personas que pudieren resultar un peligro para sí o para terceros, no se les expenda más y sean evacuadas del lugar.

8.4.- Conforme lo prevé el art. 55 de la Constitución Provincial, los municipios son responsables por sí y por los actos de sus agentes realizados con motivo o en ejercicio de sus funciones. Se verifica una falta de servicio que, más allá de la responsabilidad de los funcionarios competentes, entraña la del Estado Municipal frente a quien se ve afectado o dañado como consecuencia de ello, resultando de aplicación también en lo pertinente los argumentos expuestos al tratar el recurso del codemandado Pilotti, particularmente en lo que respecta a la invocación de estado de alcoholización por parte del actor.

9.- En cuanto al agravio por los "Gastos de traslado, farmacia y asistencia médica", les asiste razón a los demandados en tanto la resolución en este aspecto se aparta de los términos de la relación procesal, violando el principio de congruencia.

Se reclamó la suma de $20.000.- a valores de la interposición de la demanda conforme los claros términos de esta, con lo que teniendo en cuenta la naturaleza de la pretensión y la aplicación de intereses a la tasa activa que tiene como finalidad no solo cubrir la renta de la que se ve privado el acreedor como consecuencia de la mora, sino también la depreciación monetaria, no es posible actualizar el monto demandado como aparentemente se ha hecho en la sentencia recurrida.

Propongo entonces hacer lugar al agravio y disminuir el importe de condena por este rubro a la suma de $14.000.- (70% de responsabilidad sobre $20.000.-), con más los respectivos intereses.

10.1.- Resta abordar los cuestionamientos realizados respecto de la cuantificación de la indemnización por daño moral.

En mi opinión, si bien hay un déficit de fundamentación en la sentencia pues se cita el criterio observado desde "Painemilla c. Trevisán" pero se omite referir a las indemnizaciones que se toman como parangón, creo que también se verifica un notorio déficit en orden al cumplimiento de la carga de fundamentación impuesta por el art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Como venimos reiterando, la indemnización por daño moral es una tarea extremadamente difícil, porque precisamente el dolor y las afecciones de orden espiritual, no resultan por esencia medibles económicamente. Hay siempre una gran dosis de discrecionalidad en la decisión jurisdiccional, que desde mucho tiempo se viene tratando de acotar, procurando acordar mayor objetividad y consecuente legitimidad a la decisión, atendiendo a lo decidido con anterioridad en casos que pudieran ser de algún modo asimilables. En nuestra jurisdicción desde el viejo precedente "Painemilla c. Trevisán" (Jurisprudencia Condensada, T. IX, ps. 9/31), se ha sostenido que "no es dable cuantificar el dolor ya que la discreción puede llegar a convertirse en arbitrio concluyéndose en cuanto a la tabulación concreta de este rubro, que su estimación es discrecional para el Juzgador y poca objetividad pueden tener las razones que se invoquen para fundamentar una cifra u otra. Es más, el prurito de no pecar de arbitrario que la efectiva invocación de fundamentos objetivos, lo que lleva a abundar en razones que preceden a la estimación de la cifra final. La única razón objetiva que debe tener en cuenta el Juzgador para emitir en cada caso un pronunciamiento justo, es además del dictado de su conciencia, la necesidad de velar por un trato igualitario para situaciones parecidas... Por cierto que, nunca habrá de agotarse en la realidad, pero la orientación emprendida en esta tarea, el catálogo de las posibilidades que nos pone de manifiesto la realidad" ("El daño moral en las acciones derivadas de cuasidelitos", Félix E. Sosa y Mercedes Laplacette, p. 6).

Y sabido es que esta Cámara tiene a disposición de jueces, letrados e interesados en general un archivo con los precedentes relativos a 'daño moral' y 'daño punitivo' que ha venido reconociendo desde el año 2012, lo que sin duda alguna constituye una fuente de información importante para la cuantificación de las indemnizaciones por tales rubros. Debe obviamente adecuarse en todos los casos las cifras para que la equivalencia sea real y no numérica. Es decir que la semejanza se determine en función del poder adquisitivo de las indemnizaciones acordadas y no de su valor simplemente numérico, solucionando adecuadamente el problema del deterioro del signo monetario proveniente del proceso inflacionario, tal como lo expuse precedentemente.

Bien pudieron y debían los recurrentes formular la crítica del monto reconocido realizando una com-

paración con otras indemnizaciones desde que no se cuestiona la práctica para así fijar las indemnizaciones.

Ningún precedente se cita, con lo que como decía, no se verifica una crítica concreta y razonada, exteriorizándose un simple inconformismo.

10.2.- En el caso se verificó una incapacidad permanente del 62,50% (50% de incapacidad física y 25% de incapacidad psíquica o psicológica), lo que aplicando la fórmula de Balthazard o método de capacidad restante implica una incapacidad total del 62,50%.

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior he de referir a casos que guardan aproximación con el que aquí nos ocupa.

- En "Torres y otro c. Ministerio de Salud de la Pcia. de Río Negro" (sentencia de fecha 04/08/2015 correspondiente al Expte. N° 1-I-08), por una incapacidad del 61,66% reconocimos la suma de $730.000.- al 08/08/2014, lo que a la fecha de la sentencia de primera instancia asciende aproximadamente a $4.258.000.

- En "Martínez c. Flores" (sentencia de fecha 17/07/2020 correspondiente al Expte. N° 9683-J21-15), por una incapacidad del 62,2% reconocimos la suma de $4.000.000.- al 1/10/2019, lo que a la fecha de la sentencia de primera instancia asciende aproximadamente $4.889.000.

- En "Geldres c. Longinotti" (sentencia del 10/02/2020 correspondiente al Expte. VRC-9550-J21-15), con una incapacidad del 61% reconocimos la suma de $1.900.000.- al 04/09/2019, lo que a la fecha de la sentencia de primera instancia asciende aproximadamente $2.459.000.

- En "Villagra c. Salicioni" (sentencia del 09/11/2017 correspondiente al Expte. N° A-2RO-421-C1-14) por una incapacidad del $52.7, reconocimos la suma de $980.000.- a valores del 18/11/2016, lo que a la fecha de la sentencia de primera instancia asciende aproximadamente $3.137.000.

Como se ve, incluso con porcentuales de incapacidad menores, los montos reconocidos en cualquier caso fueron varias veces superiores a los de la sentencia de primera instancia, con lo que no se sustenta el agravio y postulo su rechazo.

10.3.- En definitiva, propongo el rechazo de ambos recursos con costas a los recurrentes conforme el principio objetivo de la derrota, excepto la leve modificación atinente a la indemnización por los "Gastos de traslado, farmacia y asistencia médica".

11.1.- Resta abordar los recursos arancelarios.

En tal derrotero recuerdo que la posibilidad de incremento de la regulación en función de lo previsto por el art. 77 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, más la doctrina legal emergente de lo decidido por el cimero tribunal de la provincia en el precedente "Mazzuchelli" (sentencia de fecha 3/05/2017, correspondiente al Expte. N° 28038/15-STJ), debe ponderarse teniendo en cuenta la limitante que, sobre honorarios y costas, prevé dicha norma.

Siendo que el Monto Base con el que se utilizó en la sentencia de primera instancia fue de $1.680.365,61, se tiene que por la asistencia del actor se reguló a sus abogados un 18% y a cada uno de los tres profesionales que intervinieron como peritos un 2,333%, respetándose de tal modo el límite del 25% dispuesto por el art. 77 del Cód. Proc. Civ. y Comercial cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada.

Los honorarios regulados a los letrados de la actora, habiendo actuado en el doble carácter y cumplido exitosamente las tres etapas del proceso no se observan altos si se tiene en cuenta el arancel. Por otra parte, aun cuando no es posible modificarlos pues no fueron recurridos, entiendo errónea la base regulatoria utilizada desde que debió computarse el total de los rubros sin descontar el 30% por la responsabilidad atribuida al actor.

De los peritos solo apeló el ing. Julio Delord y entiendo que a su respecto sí podemos modificar la base, al propio tiempo que también considero que el porcentual con el que se le ha regulado es bajo conforme lo que viene siendo práctica en el tribunal y teniendo en cuenta la importancia de la labor desarrollada para la solución del caso. Propongo entonces elevar los honorarios de este al 3% sobre el monto base que resulte de computar la totalidad de los rubros más sus intereses sin el referido descuento del 30%. Por su parte, los honorarios de los abogados de la actora se reducirán al 17,66% sobre la liquidación que al efecto se practique.

En consecuencia, con tal alcance se hace lugar al recurso del Ing. Delord y se rechazan los recursos arancelarios que pretendían la disminución de estos honorarios.

11.2.- En cuanto a los recursos interpuestos por el Dr. Pablo S. Mao, tanto por sí como en representación de su asistido, se observa un trámite irregular que imposibilita su tratamiento si previamente no se lo sanea.

El mencionado profesional realizó dos presentaciones. Una en su propio derecho y otra en representación de su cliente.

A la primera se le proveyó: "A la presentación efectuada por el doctor Pablo S. Mao, por derecho propio, vía MEED el día 13/07/2020 por la cual interpone Recurso Arancelario, téngase presente. Por interpuesto recurso arancelario en los términos del art. 244 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Téngase presente. De los fundamentos, traslado. Téngase por constituido domicilio ante la Alzada".

Y a la segunda se le proveyó: "A la presentación efectuada por el doctor Pablo S. Mao, vía MEED el día 13/07/2020 en representación del señor Víctor Ricardo Buron, por la cual interpone Recurso Arancelario, téngase presente. Por interpuesto recurso arancelario. Téngase presente. Concédese el mismo en los términos del art. 244 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Téngase por constituido domicilio ante la Alzada".

Verificado el primero de los escritos no solo cuestiona la regulación, sino también la imposición de costas a su cliente. Consecuentemente el tribunal debió haberse expedido respecto de esto último que no es estrictamente un recurso arancelario y, en lo que respecta al recurso arancelario, debió haberlo sustanciado con el Sr. Buron mediante notificación en el domicilio real de este conforme criterio afianzado.

Por otra parte, respecto del segundo de los escritos, no se cuestionaron los honorarios, sino la imposición de costas y en consecuencia debió habérsele dado al recurso otro trámite y no el de un recurso arancelario.

Ello abre la posibilidad de perjuicios tanto para los recurrentes como para las otras partes, sea que la Cámara decida entender o no en los agravios que debieron canalizarse de otro modo. Por tal motivo en tanto las formas están para la realización de la justicia, considero adecuado que en el caso y por vía de excepción disponer un reenvío para que en la instancia de origen se provea correctamente ambos recursos. Así lo propongo al acuerdo.

11.3.- Finalmente, en cuanto al recurso interpuesto por el Dr. Ricardo Thompson, no obstante que consigna el profesional que interpone recurso de apelación y entre paréntesis 'nulidad', de la lectura de la extensa pieza recursiva surge que solo apela los honorarios que le fueron regulados pretendiendo su elevación.

Se proveyó dicho escrito en los siguientes términos: "Proveyendo escrito digital presentado el día 08/07/2020 por el doctor Ricardo Thompson vía MEED, por el cual interpone Recurso de Apelación en contra de la Sentencia Definitiva dictada en autos, téngase presente. Concédese libremente el recurso de apelación deducido. De los fundamentos, traslado. Téngase por constituido domicilio ante la Alzada e intimase a las demás partes a constituirlo, bajo apercibimiento del art. 249 del Cód. Proc. Civ. y Comercial".

Se yerra en consecuencia del modo en que se lo provee y además, siendo un recurso arancelario y las costas impuestas a los clientes del profesional que recurre, el recurso debe necesariamente sustanciarse con los obligados al pago mediante notificación personal o en el domicilio real de estos.

Propongo en consecuencia también el reenvío a la instancia de origen para que se sustancie el recurso con los clientes del Dr. Thompson del modo expuesto.

12.- Resumiendo entonces, si la propuesta del suscripto fuere compartida, la Cámara resolvería: a) Rechazar en su mayor extensión los recursos de apelación interpuestos por la Municipalidad de Río Colorado y el codemandado Pilotti, con costas a los recurrentes; b) Hacer lugar a los recursos deducidos por los nombrados solo en lo atinente a la cuantificación del rubro 'Gastos de traslado, farmacia y asistencia médica', reduciendo la indemnización del modo expuesto en el punto 9 de este voto; c) Disponer el reenvío de las actuaciones a los fines de proveer nuevamente los recursos interpuestos por el Dr. Pablo S. Mao y el Dr. Ricardo Thompson conforme se expone en los puntos 11.2 y 11.3 de este voto;

d) Modificar los honorarios del perito Ing. Julio Delord y de los letrados de la parte actora, conforme se expone en el punto 11.1 de este voto. Tal mi voto,

El doctor *Maugeri* dijo:

Que compartiendo los fundamentos expuestos por el doctor *Martínez*, voto en igual sentido.

El doctor *Soto* 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: I. Rechazar en su mayor extensión los recursos de apelación interpuestos por la Municipalidad de Río Colorado y el codemandado Pilotti, con costas a los recurrentes; II. Hacer lugar a los recursos deducidos por los nombrados solo en lo atinente a la cuantificación del rubro "Gastos de traslado, farmacia y asistencia médica", reduciendo la indemnización del modo expuesto en el punto 9 del primer voto; III. Disponer el reenvío de las actuaciones a los fines de proveer nuevamente los recursos interpuestos por el Dr. Pablo S. Mao y el Dr. Ricardo Thompson conforme se expone en los puntos 11.2 y 11.3 del primer voto; IV. Modificar los honorarios del perito Ing. Julio Delord y

de los letrados de la parte actora, conforme se expone en el punto 11.1 del primer voto. Regístrese, notifíquese por secretaría y vuelvan. — *Gustavo A. Martínez. — Dino D. Maugeri. — Víctor D. Soto* (en abstención).

CONTRATO DE EDICIÓN MUSICAL. INCUMPLIMIENTO

Falta de contrato escrito. Acreditación del pago. Buena fe. Daño moral. Legitimación pasiva.

1. — La empresa discográfica debió demostrar la extinción de la deuda para obtener su liberación. Llama la atención, por otra parte, la genérica remisión que formula la empresa al cumplimiento de las obligaciones asumidas, sin suministrar al propio tiempo una explicación razonable sobre lo asentado en los recibos. Este proceder deja en evidencia la falta de colaboración de la demandada en el esclarecimiento de los hechos, a la par que importa una actitud reñida con la buena fe que es exigible a los litigantes en todo proceso judicial y, por tanto, no puede encontrar amparo en un tribunal de justicia.

2. — No puede soslayarse que, en términos generales, el autor es la parte más débil de la relación, precisamente, por la asimetría que se genera entre los artistas y las empresas con quienes estos contratan para dar a conocer sus obras. La falta de contrato escrito que especifique los términos de la contratación no debe perjudicar a la parte vulnerable.

3. — El contrato de edición siempre se considera oneroso, salvo prueba en contrario, pues es razonable que el artista que trabaja procure obtener alguna utilidad económica de su obra. De allí, ante la falta de estipulación sobre el punto, el precio se determina de acuerdo con los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato.

4. — Cuando el daño moral está vinculado con el incumplimiento de un contrato ligado a la propiedad intelectual, se conjuga un aspecto patrimonial con otro extrapatrimonial, como es el derecho del autor a ver reconocida la valía de su obra, íntimamente ligada a la personalidad del artista.

5. — La falta de consideración hacia el actor y la inadmisible actitud por parte de la empresa discográfica que, amparándose en la falta de contrato escrito, vulneró la confianza de aquel, ya que lucró con su obra sin abonar la contraprestación acordada, tiene entidad para dañar su sensibilidad y proyecto de vida. La pena moral causada por la afrenta a la autoestima del artista debe ser reparada.

6. — La falta de contrato escrito no perjudica el carácter contractual del vínculo sobre cuya base se comercializó la obra. En tales condiciones, el actor cedió sus derechos para la producción, fabricación, distribución y venta del disco. De no admitirse como cierta esta proposición, se estaría autorizando al actor a contradecir sus propios actos anteriores, plenamente válidos y jurídicamente eficaces.

7. — Ninguna de las pruebas rendidas y de las que hace mérito el actor lleva a pensar que la empresa codemandada es utilizada con la finalidad de los derechos de los músicos en general, sino que ambas sociedades tienen distinta personalidad y, por ende, diferente patrimonio y responsabilidad, resultando infundada la inferencia que se pretende alegar tardíamente en las quejas. La conversación informal a la que hace referencia muy lejos está de proporcionar una justificación suficiente pues, aun cuando fue negada, no importó sino una suerte de aval moral para la difusión de la obra.

8. — No se probó cuál es el monto total acordado ni el número de cuotas impagas, pero esa deficiencia probatoria no conduce irremediablemente a rechazar el pedido, en la medida que la voluntad de las partes puede ser reconstruida, ya sea acudiendo a la aplicación de normas análogas o bien fijando la cuantía en los términos del art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com.

ⓘ CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Incumplimiento contrato de edición musical.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Actividad: Músico.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $600.000

Daño patrimonial

Daño emergente: Cuotas impagas: $800.000

CNCiv., sala M, 13/07/2021. - M., M. A. c. Sony Music Entertainment Arg. SA y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/109115/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. n° CIV 062383/2017/CA002

Buenos Aires, 13 de julio de 2021.

Considerando:

I.- Según el relato formulado en el escrito de postulación, luego de treinta y nueve años de carrera con el grupo musical Virus, M. A. M. decidió emprender su carrera como solista. Debido a su experiencia profesional realizó por cuenta propia, su primer fonograma -cuyo soporte original es el master- y procedió a registrarlo con el título "Disculpen la dem...". Una vez terminado el disco, llamó a Amato -ejecutivo de Sony- y se lo dejó para que lo escuche y le diera su opinión. Luego de unas semanas, aquel lo llamó para comentarle que le había gustado mucho, pero le dijo que era mejor sacar el disco por S-Music, que es una filial de Sony, porque allí le prestarían más atención. No obstante, aseguró el respaldo de esa empresa, tanto para la fabricación como para la distribución de la obra y se comprometió, además, a promocionarla.

Señala que, luego de reunirse con Varela, se resolvió que S-Music vendería las actuaciones. Acordaron, a su vez, que dicha empresa pagaría la producción del disco por la suma de U$S16.000, abonándolo en diez cuotas mensuales de U$S1.690. Aseguró también que le daría "mucha publicidad" y que, además de los shows que salieran por pedidos, iba a organizar otros en distintas ciudades.

El 7 de abril de 2016, M. recibió de S-Music el pago de $25.500 -equivalentes a U$S1.690- y el 25 de mayo siguiente, otra suma idéntica, pero sin firmar contrato previo. Los hechos que sucedieron después, al decir del actor, hicieron que no se sintiera respaldado. Así, por ejemplo, el día acordado para la presentación del disco en "La usina del arte", no concurrió ni el presidente de Sony ni el de S-Music. Tampoco pagaron ninguna cuota más. Sin embargo, y a pesar de no haber firmado contrato de cesión, las demandadas continuaron explotando comercialmente la obra, incurriendo de este modo en un ilícito que, a su modo de ver, es la causa de los daños cuyo resarcimiento procura.

Después de relatar una serie de episodios, el actor enuncia los distintos acápites que constituyen la cuenta indemnizatoria, los cuales gravitan sobre el aprovechamiento económico y no autorizado del disco. En primer lugar solicita se le abone la diferencia entre el precio convenido por el master y lo efectivamente percibido, que alcanza a U$S12.567, con más el daño moral y la pérdida de la chance por el incumplimiento de la promesa de realizar shows para promocionar su trabajo. Desarrolla, por último, un acápite que denomina "relación entre la indemnización por pérdida de la chance y daño al proyecto de vida" que también cuantifica.

La codemandada S-Music SA formuló a fs. 249/266 una negativa pormenorizada de los hechos y afirmó que, contrariamente a lo sostenido por el actor, existió y se perfeccionó un contrato entre ambos, a raíz del cual M. percibió los beneficios económicos del disco difundido por la empresa y tiene a su disposición, además, los derechos económicos que se generaron por la difusión de su obra. Afirma que la empresa canceló el precio total pactado -equivalente a U$S4.333- sin recibir ningún reclamo adicional por parte de aquel. Incluso, el fonograma producido por S-Music fue registrado por CAPIF a su nombre y, además, los temas incluidos en el álbum poseen el código de identificación ISRC, que remite también a S-Music. Agrega que el actor recibió ejemplares de cortesía y adquirió otros a un precio especial para su distribución y propia comercialización. Celebró, además, un contrato con la editora musical Warner Chappell Music Argentina. Impugnó los distintos daños que componen la cuenta indemnizatoria.

Al presentarse, J. D. A., negó los hechos expuestos por la demanda como así también la existencia de todo vínculo con M. (conf. fs.272/277).

A. D. V., por su parte, opuso excepción de falta de legitimación pasiva y proporcionó su propia versión (fs. 281/297).

Finalmente, "Sony Music Enterteinment Argentina S.A.", desconoció los hechos. Destacó, en primer lugar, que es una persona jurídica totalmente distinta de "S-Music S.A.", con la cual el actor acordó la edición del fonograma, señalando que la única conexión entre ambas empresas radica en que están ligadas por un contrato de distribución en soportes físicos para diversos países (fs. 383/403).

Luego de producida la prueba, el 10 de septiembre de 2020, se dictó sentencia rechazando la demanda en todas sus partes. Asimismo, allí se declaró de tratamiento abstracto la excepción de falta de legitimación opuesta por A. D. V. Las costas del proceso fueron impuestas en el orden causado.

Viene apelada por M. A. M. en procura de que se revise el pronunciamiento. También los emplazados recurrieron la decisión, aunque limitaron sus quejas al orden de distribución de las costas.

Por una razón de orden lógico y sin perjuicio de destacar que en la expresión de agravios del actor se desgranan aspectos del proceso que son verdaderamente irrelevantes, asignándoles una significación de la que carecen, examinaré primero dichas quejas, que fueron presentadas en soporte digital el 28 de marzo de 2021.

II.- Aun cuando no existe consenso sobre el rol que ha tenido cada uno de los demandados en los hechos relatados en la demanda, se advierten algunas coincidencias. Así, no se discute que luego de terminar su primera obra como solista ("Disculpen la dem..."), el actor se reunió con A. V., presidente de S-Music. Habrían acordado que dicha empresa pagaría los gastos de producción del master para que el disco quedara de por vida para ellos, le daría publicidad y organizaría varios shows en distintas ciudades del país. A su vez, "S- Music" reconoció haber efectuado los pagos documentados en las facturas acompañadas, cada una de ellas por $25.500 que equivalían en ese entonces a U$S1.690.

Las discrepancias se suscitan porque, según M., en tanto no se celebró contrato por escrito ni se abonó el precio total por el master, que fue verbalmente convenido, no existe relación contractual que habilite a S-Music a fabricar, distribuir y vender el disco cuyas canciones habían sido previamente registradas, sin tener -cuanto menos- una autorización escrita de su parte. Por tanto, imputa a los emplazados haber incurrido en un ilícito por el que deben responder.

Los emplazados, por su parte, más allá de las defensas personales que invocan, coinciden en que entre M. y S-Music se perfeccionó el contrato de cesión, sobre cuya base se editó, difundió y comercializó el disco.

Frente a la diferente calificación jurídica de los hechos que exhiben las piezas constitutivas del proceso, cabe examinar, en primer lugar, cuál es -en rigor- la relación que ligó a cada uno de los demandados con el actor.

Para ello, habré de examinar las defensas ensayadas por las partes a la luz de la prueba rendida, con prescindencia del derecho invocado. Al respecto, ha sostenido invariablemente la Corte Suprema que el principio de congruencia impone a los jueces y tribunales decidir de conformidad con los hechos y pretensiones deducidas (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Tal limitación sin embargo, infranqueable en el terreno fáctico (congruencia objetiva), no rige en el plano jurídico donde la fundamentación en derecho o la calificación jurídica efectuada por los litigantes no resulta vinculante para el juez a quien corresponde, en todos los casos, "decir el derecho" (iuris dictio o jurisdicción) de conformidad con la atribución iura curia novit. El mencionado principio faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen, más allá de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes **(1)**. Tal cometido, por lo demás, debe ser armonizado con la necesidad de acordar primacía a la verdad objetiva, considerada como una exigencia propia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional y que impide el ocultamiento o la desnaturalización de la realidad mediante la utilización de ropajes jurídicos inapropiados **(2)**.

III.- Una de las industrias culturales más fuertes desde hace muchas décadas es la discográfica, basada en la comercialización de fonogramas -es decir, música grabada- cuyo soporte fue cambiando a través del tiempo. Para llevar a cabo este negocio, es necesario adquirir las grabaciones realizadas por los artistas o intérpretes. Para eso se utilizan comúnmente dos contratos, el de producción fonográfica y el de licencia. La producción fonográfica es prácticamente una locación de obra y la licencia, una cesión de derechos que, por tratarse de una obra intelectual, exhibe ciertas particularidades **(3)**.

El art. 37 de la ley de Propiedad Intelectual -Ley 11.723- se ocupa del contrato de edición. Establece que "Habrá contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual se obliga a entregarla a un editor y este a reproducirla, difundirla y venderla". Dicha disposición se ve complementada más adelante, en el capítulo "De la venta". Allí, el art. 51 regula, por una parte, la cesión de los derechos intelectuales sobre la obra y, por otra, los efectos de la venta del ejemplar único u original. Ese artículo dispone que "la enajenación de una obra confiere a su adquirente el derecho a su aprovechamiento económico.... sin poder alterar su título, forma y contenido". Tal como surge de esta norma, los derechos patrimoniales son susceptibles de ser transferidos por actos entre vivos. **(4)** Y, a diferencia de lo que sucede en el régimen de los derechos reales, en el caso de los bienes inmateriales de carácter intelectual -que son obras- rige la autonomía de la voluntad **(5)**.

Sostiene Henry Jessen que el editor musical, especialmente en lo que concierne a las composiciones musicales populares, se acerca mucho a la figura de un administrador de los derechos sobre la obra, complementando en forma específica la acción de la sociedad autoral que, por definición, es genérica **(6)**.

En rigor, el contrato de edición al que se refiere el art. 37 anteriormente transcripto, no es estrictamente una enajenación ni se trata de una cesión en el sen-

tido que asigna al término la legislación civil, sino que es un contrato por el cual se ceden los derechos de explotación sobre la obra, es decir, sus posibilidades de utilización económica, pero sin que el autor se desprenda de la propiedad intelectual, no solo en su vertiente moral. Su principal función es divulgar la obra para obtener su explotación máxima y los ingresos económicos resultantes. El editor asegura al autor una infraestructura contable y comercial que le permite vigilar los varios medios de utilización de la obra. Es un cuasi socio del autor en la explotación de la obra, percibiendo una participación determinada en su contrato sobre los derechos autorales **(7)**.

En cuanto a la forma, no obstante que el art.40 de la ley 11.723 parecería reclamar contrato escrito, existe acuerdo en doctrina en que el mal denominado contrato de cesión del derecho de autor es consensual, de modo que se perfecciona por el solo consentimiento. Requiere la forma escrita y debe ser inscripto en el Registro Nacional de la propiedad intelectual para su oponibilidad erga omnes (art. 53 de la ley 11.357). Entre las partes, es suficiente el mero consentimiento para operar sus efectos **(8)**.

En el caso, no pasa inadvertido que, más allá de señalar que las demandadas han incurrido en un hecho ilícito al fabricar y comercializar la obra de su autoría sin haber celebrado contrato por escrito, M. sostiene que S- Music no abonó la totalidad de las cuotas que dice haber acordado con V., las cuales estaban destinadas al pago de los gastos en que debió incurrir para producir el disco (v.gr. alquiler de locales para realizar las prácticas, emolumentos de los músicos). También reclama los daños causados por una serie de incumplimientos -falta de adecuada difusión de la obra, organización de shows, etc.- que solamente tienen sustento si se parte de la premisa de que existió un acuerdo de voluntades, pues de otro modo no se entiende cuál sería la causa de las obligaciones en que asienta el planteo, ni por qué razón -o título- el accionante percibió los dos pagos que admite en el escrito de inicio. Repárese que las dos facturas que se adjuntaron como prueba documental, fueron emitidas por el propio M. a nombre de S-Music S.A. en cuyo texto se dice "Adelanto Master del disco Disculpen la dem...".

Por lo dicho anteriormente, es claro que, contrariamente a lo que sostiene el actor, la falta de contrato escrito no perjudica el carácter contractual del vínculo sobre cuya base se comercializó la obra. En tales condiciones, cabe coincidir con el colega de grado en que, efectivamente, M. cedió sus derechos para la producción, fabricación, distribución y venta del disco. De no admitirse como cierta esta proposición, se estaría autorizando al actor a contradecir sus propios actos anteriores, plenamente válidos y jurídicamente eficaces.

Desde la perspectiva expuesta, no abrigo duda que el caso debe ser abordado a partir de la responsabilidad contractual, más aún si se repara en que el reclamo se fundó en los incumplimientos invocados por M., que remiten necesariamente a evaluar si los emplazados han cumplido en forma defectuosa las prestaciones oportunamente asumidas.

IV.- A la luz de lo expuesto precedentemente, se impone examinar quiénes son las partes del contrato que se dice vulnerado, extremo que lleva a indagar la legitimación de los demandados. Cabe destacar al respecto que aun cuando solamente V. opuso la excepción respectiva, tanto Sony Music Enterteinment Argentina S.A como A., se opusieron al progreso de la acción por entender que no son parte en la relación sustancial en virtud de la cual fueron citados a juicio. De todos modos, es bien sabido que la legitimación -como presupuesto o requisito de viabilidad de la acción- debe ser examinada por los jueces, aún de oficio **(9)**.

Al respecto, Sony sostuvo que no participó en el contrato sino que el vínculo jurídico se generó entre M. A. M. y S-Music. Afirma que la primera intervino solamente en la distribución del disco, en razón del acuerdo celebrado por esa con S-Music.

En la demanda, M. solamente se refiere a la relación con S- Music y el diálogo con su director ejecutivo –V.- pero no indica con precisión por qué motivo enderezó también la acción contra "Sony Music Enterteinment Argentina S.A." La única referencia es su conversación con D. A. -director ejecutivo de esta última- que le habría propuesto encauzar las negociaciones con S-Music empresa que, según sostiene, es una de las tantas filiales que posee Sony en el país. En sus agravios, el actor intenta proporcionar alguna explicación sobre el vínculo que sostuvo con A. y Sony, aunque tampoco logra despejar la incógnita inicial. Así, manifiesta que desde los 17 años celebra contratos con esta última y que -incluso- a propósito de su obra como solista, fijó con A. el precio del master. Sin embargo, admite expresamente que este lo derivó a S-Music aunque -afirma- esta es, en rigor, su socio comercial.

Para reforzar su punto de vista y justificar la procedencia de la demandada contra Sony, M. sostiene que dicha empresa firmó con S-Music S.A. una exención de responsabilidad, por la cual la segunda se comprometió a mantener indemne a la primera. Aún así, sostiene que Sony tenía el deber de exigir a S-Music la prueba de que el master le pertenecía. De allí concluye que ambas empresas están asociadas en la comisión del ilícito.

Por cierto, más allá de los diálogos que M. manifiesta haber sostenido con A. y de los dichos que le atribuye en esas reuniones, una lectura integral de la demanda revela que el vínculo jurídico se generó con S-Music y no con Sony, que es una persona jurídica distinta. Si M. tenía interés en demostrar que S-Music es una de las tantas filiales de Sony y que es utilizada con la finalidad de perjudicar los derechos de los autores, compositores y músicos en general, debió probarlo. Ninguna de las pruebas rendidas y de las que hace mérito el actor lleva a pensar que se trate del supuesto que insinúa el actor, sino que ambas sociedades tienen distinta personalidad y, por ende, diferente patrimonio y responsabilidad, resultando infundada la inferencia que se pretende alegar tardíamente en las quejas (art. 277 CPCCN).

Por lo demás, el demandante no menciona siquiera una razón jurídica que permita inferir por qué A. estaría llamado a responder personalmente por el incumplimiento. La conversación informal a la que hace referencia muy lejos está de proporcionar una justificación suficiente pues, aún cuando fue negada, no importó sino una suerte de aval moral para la difusión de la obra.

Tampoco se justifica la demanda interpuesta contra V. a título personal, por cuanto intervino en representación de S-Music. Al respecto, la parte actora incurre en un evidente error al sostener que el colega de grado no admitió la excepción articulada por el mencionado demandado. Basta con leer la sentencia para advertir que se limitó a considerar abstracto su tratamiento, en función de los argumentos que, a su entender, conducían al rechazo de la acción por falta de pruebas.

Las personas jurídicas no se confunden con los miembros que la integran (art. 143 CCyC), quienes únicamente responden en los términos expresamente previstos por la ley, que no se advierten configurados en el caso. De allí que la excepción de falta de legitimación articulada por V. debe tener, a mi juicio, favorable acogida.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo confirmar -por los fundamentos señalados- el rechazo de la demanda contra "Sony Music Enterteinment Argentina S.A.", A. y V.

V.- Veamos, entonces, los acápites reclamados por los daños que se dicen causados por el incumplimiento defectuoso de lo convenido, los cuales, por las razones expuestas, serán atribuidos exclusivamente a S-Music.

Cabe señalar sucintamente que los requisitos del daño resarcible son: a) que el daño sea cierto; b) que se trate de un daño subsistente, es decir que no se haya ya reparado o haya desaparecido; c) que se trate de un daño personal del damnificado; d) que exista una relación causal adecuada entre el hecho fuente o el incumplimiento, según el caso, y el daño causado **(10)**. De todos ellos, el que nos interesa es el de la certidumbre del daño. Que el daño sea cierto significa no ser meramente hipotético o conjetural, sino real y efectivo. Se ha dicho con razón, que "la certidumbre del daño... constituye siempre una constatación de hecho actual que proyecta también al futuro, una consecuencia necesaria" **(11)**. Sobre esa premisa, examinaré la procedencia de los distintos acápites reclamados.

i.- Saldo adeudado por el master.

Como señalé anteriormente, en la demanda se solicita el pago de ocho de las diez cuotas que M. dice haber convenido por el master, para que sea definitivamente de propiedad de la empresa.

No se probó cuál es el monto total acordado ni el número de cuotas impagas, pero esa deficiencia probatoria no conduce irremediablemente a rechazar el pedido, en la medida que la voluntad de las partes puede ser reconstruida, ya sea acudiendo a la aplicación de normas análogas o bien fijando la cuantía en los términos del art. 165 del CPCCN. En este punto discrepo con el a quo.

En efecto. No puede perderse de vista el fuerte carácter tuitivo que tanto la legislación interna como la de fuente internacional proporcionan a los derechos intelectuales. Repárese, incluso, que el art. 17 de la Constitución Nacional, expresamente incluye a este tipo de bienes en el marco de la garantía constitucional de la propiedad, prerrogativa que podría verse frustrada por una sesgada interpretación de los hechos.

Tampoco puede soslayarse que, en términos generales, el autor es la parte más débil de la relación, precisamente, por la asimetría que se genera entre los artistas y las empresas con quienes estos contratan para dar a conocer sus obras. Estas últimas no podrían subsistir sin la inspiración creativa de los artistas y ejercen su actividad mercantil de modo profesional, de modo que no son ajenas a la significación que tiene la obra para su autor. Por tanto, la falta de contrato escrito que especifique los términos de la contratación, no debe perjudicar a la parte vulnerable. En tal supuesto, el juez debe interpretar cuál ha sido la intención común de conformidad con el principio de la buena fe (arts. 9 y 1061 CCyC). Desde esta perspectiva, es claro en este caso que las partes no solo se obligaron a cumplir con los deberes específicos de fuente legal, aquellos que son considerados primarios de la prestación derivada del

contrato de edición -reproducirla, difundirla y venderla (art. 36, ley 11.723)- sino también aquellos otros deberes de conducta que se asientan en la buena fe -v.gr. honrar los compromisos asumidos- que trasuntan su carácter más saliente **(12)**.

En concordancia con lo expuesto, el art. 40 de la ley 11.723 establece cuáles son las estipulaciones esenciales que debe tener el contrato de edición, entre las cuales figura la retribución pecuniaria al autor. Dicho contrato siempre se considera oneroso, salvo prueba en contrario, pues es razonable que el artista que trabaja procure obtener alguna utilidad económica de su obra. De allí, ante la falta de estipulación sobre el punto, el precio se determina de acuerdo con los usos y costumbres del lugar de celebración del contrato **(13)**.

La copiosa documentación adjuntada con la contestación de demanda permite apreciar que S-Music se esmeró en acreditar cuáles fueron los medios empleados para dar a conocer la obra de M., pero no realizó ningún esfuerzo para acreditar el pago íntegro del master, según lo acordado verbalmente. De ser cierto que con las dos cuotas admitidas se canceló íntegramente la deuda, según lo convenido, no se alcanza a comprender por qué motivo no se aportaron elementos para acreditar que ese era el monto total pactado oportunamente, ya que de las facturas se desprende que solamente se pagaron dos adelantos. Dicha atestación -consentida por S-Music- revela sin ninguna duda que el pago no era completo, de manera que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 894 inc. a), la carga de la prueba pesaba sobre el deudor que procura su liberación.

Pienso, entonces, que no obstante las falencias del escrito de inicio, por la distribución de la carga de la prueba que impone el art. 894 del CCC, S-Music debió demostrar la extinción de la deuda para obtener su liberación. Llama la atención, por otra parte, la genérica remisión que formula la empresa al cumplimiento de las obligaciones asumidas, sin suministrar al propio tiempo una explicación razonable sobre lo asentado en los recibos. Este proceder deja en evidencia la falta de colaboración de la demandada en el esclarecimiento de los hechos, a la par que importa una actitud reñida con la buena fe que es exigible a los litigantes en todo proceso judicial y, por tanto, no puede encontrar amparo en un tribunal de justicia.

Para estimar la cuantía de este renglón, corresponde tener en cuenta la larga trayectoria del actor, su participación en una banda musical reconocida, de proyección internacional, como ha sido Virus. También cuadra ponderar que, según la propia demandada, el álbum "Disculpen la dem...", se ubicó en los primeros puestos entre los más vendidos de acuerdo al ranking oficial de CAPIF. Además, uno de los temas de M. habría sido el tercero más sonado de la compañía. En la fecha del lanzamiento del disco -esto es, marzo de 2016- figura entre los top 10 de ventas.

En tales condiciones, ante la evidente dificultad de establecer a cuánto asciende el saldo impago, parto de la base que con las dos cuotas abonadas a cuenta es claro que no se canceló el pago convenido. Pero tampoco existen elementos objetivos que autoricen a concluir con cierto grado de certeza moral, que se adeudaban las ocho cuotas que pretende M. Por tanto, en función de lo expuesto anteriormente y la trascendencia comercial del disco de la que dan cuenta los informes de fs. 576/578; 622/625; pienso que es equitativo, fijar la suma adeudada en el punto intermedio entre las posturas de ambas partes, es decir, considerando que se adeudan cinco cuotas semejantes a las acreditadas. Sobre esa base, por aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 1255 del Código Civil y Comercial -que remite precisamente a la equidad- y por la potestad evaluatoria que confiere a los jueces el art. 165 del CPCCN, postulo fijar en concepto de saldo por el master, a la fecha, en la suma de PESOS OCHOCIENTOS MIL ($800.000).

ii. Pérdida o frustración de la chance.

En el escrito de postulación, M. sostuvo que S-Music se comprometió a realizar mensualmente una serie de shows y concertar entrevistas para promocionar el disco. No obstante la falta de prueba escrita sobre las obligaciones asumidas, S-Music las admitió detallando -incluso- todas las gestiones que realizó para dar a conocer el trabajo del actor. La testigo R. T. manifestó haber sido agente de prensa de S-Music, encargada de gestionar entrevistas para M. en la revista Viva, el diario Clarín, Radio Vorterix, Radio Nacional, entre otras. Se hicieron acciones de prensa en Argentina y Chile, y en medios locales, como Infobae, Página 12 y Ciudad Magazine. M. realizó notas para programas de televisión, como La Viola y se confeccionaron gacetillas para la presentación de la obra en La Trastienda y La Usina del Arte. Se realizó un video para el lanzamiento del disco. Todas esas gestiones fueron contratadas y abonadas por S-Music (ver fs. 614), tal como surge de la documentación acompañada con la contestación de la demanda.

Las chances traducen la pérdida de la posibilidad o esperanza de que gozaba el damnificado o el acreedor, de emplazarse en la situación jurídica apta para producir una ganancia. Lo frustrado en este segundo supuesto es la posibilidad o probabilidad de acceder a una situación que permitiría obtener un beneficio futuro. Privar de esa esperanza al sujeto conlleva daño, aun cuando pueda ser más o menos dificultoso estimar su medida porque lo perdido, lo frustrado es, en

realidad la probabilidad, la posibilidad, y no el beneficio esperado, como tal. Es decir, no se trata de una mera posibilidad de lucro sino de una probabilidad fundada, objetiva, de obtener ganancias que han quedado frustradas **(14)**.

Bien se ha dicho que en la pérdida de chances coexisten un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza de que no mediar el evento dañoso (hecho ilícito o incumplimiento contractual) el damnificado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero también incertidumbre, definitiva ya, de que aún manteniéndose la situación de hecho o de derecho que presupone la chance, la ganancia se habría en realidad obtenido o la pérdida se habría evitado. Por eso, la chance es resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico y ello exige el análisis de la relación de causalidad como presupuesto del deber de responder. En otras palabras, el hecho ilícito o el incumplimiento contractual, según el caso, deben ser la causa adecuada para que el damnificado haya visto frustrada una probabilidad cierta **(15)**, aún prescindiendo del resultado final incierto.

En el caso, el actor no demostró que S-Music se hubiera comprometido a realizar una actividad más intensa que la efectivamente admitida y probada. Tampoco acreditó cuáles son los espectáculos o entrevistas que suelen acordarse según los usos y costumbres en este tipo de casos. De modo que, a mi juicio, no se ha logrado probar la alegada frustración de la chance (art. 377 CPCCN). Propongo, entonces, se desestime este acápite.

iii.- Daño moral

Durante la vigencia del Código Civil sustituido, la redacción del art. 522 llevó durante años a una cosmovisión restrictiva sobre la indemnización del daño extrapatrimonial en materia contractual, etapa que felizmente ha sido superada. Dicha mirada partía de un enfoque inapropiado sobre el objeto de la obligación y de sus requisitos, del daño moral y del sentido que tiene su reparación **(16)**. No existe ninguna razón para dejar al margen de tutela a todo interés espiritual, ligado al incumplimiento contractual que, con visos de seriedad, proyecte un menoscabo en la subjetividad del acreedor. Por cierto, no cualquier molestia es suficiente para configurar un daño, sino que deberá evaluarse el impacto del incumplimiento sobre los intereses extrapatrimoniales conculcados.

Cuando el daño moral está vinculado con el incumplimiento de un contrato ligado a la propiedad intelectual, se conjuga un aspecto patrimonial con otro extrapatrimonial, como es el derecho del autor a ver reconocida la valía de su obra, íntimamente ligada a la personalidad del artista. Si bien se establece la estimación del daño por el criterio resarcitorio, puede tenerse en cuenta como uno de los varios elementos accesorios para calcular la reparación, la gravedad del incumplimiento por parte del responsable **(17)**.

Desde esta perspectiva, la falta de consideración hacia el actor y la inadmisible actitud por parte de la demandada que, amparándose en la falta de contrato escrito, vulneró la confianza de aquel ya que lucró con su obra sin abonar la contraprestación acordada, tiene entidad para dañar su sensibilidad y proyecto de vida. La pena moral causada por la afrenta a la autoestima del artista, debe ser a mi juicio, reparada.

Aunque en un acápite por separado, M. solicitó una suma por la pérdida del proyecto de vida, dicha afección se encuentra aprehendida en el concepto de daño extrapatrimonial (art. 1738 CCC), de modo que esa partida será considerada en este renglón pues, de otro modo, se incurriría en una inadmisible duplicidad resarcitoria.

Para resarcir este menoscabo propongo, entonces, fijar la suma de PESOS SEISCIENTOS MIL ($600.000), que entiendo adecuada para proporcionar al peticionario las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que puedan aliviar la pena causada por el incumplimiento (art. 1741 CCC).

VI.- En cuanto a las costas, las causadas en ambas instancias por la acción que progresa deben ser impuestas a S-Music, que resulta sustancialmente vencida, pues no encuentro mérito para apartarme del criterio objetivo de la derrota que en la materia enuncia el art. 68 del CPCCN.

En cambio, pienso que las causadas en primera instancia por la intervención de "Sony Music Entertainment Argentina S.A." A. V. y J. A. deben ser aplicadas al actor que resulta vencido (art. 68 CPCCN). Por tanto, con estos alcances, postulo admitir el recurso de todos ellos.

VII.- En síntesis. Propicio revocar la sentencia apelada en los términos que surgen de los considerandos. En su mérito, postulo admitir la demanda entablada por M. A. M. contra S-Music S.A. por la suma total de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS MIL ($1.400.000). Llevará la accesoria de intereses, los que serán liquidados desde la citación a mediación y hasta este pronunciamiento a la tasa del 8% anual. Desde aquí en adelante y hasta el efectivo pago, se liquidarán a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual a treinta días del Banco de la Nación Argentina, establecida en la doctrina plenaria dictada en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes

Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" del día 20 de abril de 2009. De compartirse, las costas en este caso deben ser impuestas a la demandada perdidosa.

Asimismo, voto por que se confirme el pronunciamiento apelado en tanto rechaza la demanda contra "Sony Music Enterteinment Argentina S.A.", J. D. A. y A. D. V., con excepción de la imposición de las costas que propicio se apliquen en ambas instancias al actor (art. 68 CPCCN).

El Dr. Guillermo D. 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. Fdo.: María Isabel Benavente y Guillermo D. González Zurro. Ante mí, Adrián Pablo Ricordi (Secretario interino). Lo transcripto es copia fiel de su original que obra en el libro de la Sala. Conste.

Buenos Aires, julio de 2021.

Y Visto:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedente, el Tribunal *Resuelve:* 1) Revocar parcialmente la sentencia y, en consecuencia, admitir la demanda entablada por M. A. M. contra S-Music, por la suma total de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS MIL ($1.400.000), con más sus intereses, los que serán liquidados de conformidad con lo dispuesto en el considerando VII), con costas de ambas instancias al vencido (art. 68 CPCCN). 2) Confirmarla en cuanto rechaza la demanda contra "Sony Music Enterteinment Argentina S.A.", J. D. A. y A. D. V., con excepción de las costas que en ambas instancias se imponen al actor (art. 68 CPCCN). 3) Difiérese la regulación de honorarios hasta tanto se haga lo propio con los correspondientes a primera instancia.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la vocalía nº 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Guillermo D. González Zurro.*

(1) CSJN, "Alegre de Ortiz" en Fallos: 333:828; "Calas", Fallos: 329:4372; ver también Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación" comentados anotados, t. I, p. 120, Editora Platense.

(2) CSJN "Bodegas y Viñedos Saint Remy", Fallos: 279:239.

(3) Bajarlía, Daniel, "Análisis de los contratos discográficos más usuales: el de producción fonográfica y el de licencia", rev. Lecciones y Ensayos, nro. 87, 2009, p. 112 concs.; Máspero, Pablo, Aspectos Legales de la Industria Discográfica, dossier de capacitación organizado por CAPIF y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 4); Villalba, Carlos Alberto, "El denominado contrato de edición musical. Los contratos en la ley de propiedad intelectual", en LL 1990-A, p. 881 ss.

(4) Emery, Miguel A., "Propiedad intelectual", ed Astrea, 1999, p. 231 ss.

(5) Villalba, Carlos Alberto, "El denominado contrato de edición musical. Los contratos en la ley de propiedad intelectual", cit.

(6) Henry Jessen cit. por Villalba, Carlos A., "El denominado contrato de edición musical...", cit., p. 563 ss.

(7) Villalba, Carlos – Lipszyc, Delia, "El derecho de autor en la Argentina", 2da. Ed. Actualizada, La Ley 2009, p. 322 ss.

(8) Emery, op.cit., com.art. 40, p. 215 ss.; Villalba, Carlos A., op.cit., p. 555; Lipszyc, Delia, "Régimen legal de la propiedad intelectual", 1° ed. Hammurabi 2019, com. art. 53, p. 362 y concs.

(9) Chiovenda, "Instituciones de derecho procesal civil", trad.de la 2°ed. Italiana, vol I, citado en Highton-Arean, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. 6, com.art. 347, p. 789; Gozaíni, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. II, p. 270).

(10) Mayo, en Belluscio- Zannoni, op. cit, t. 2, p. 715 y ss., núm. 40 y sus citas de doctrina y jurisprudencia en notas.

(11) Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", p. 25, núm. 12, 1ª ed.

(12) CNCiv., Sala J, "Mayer, Marcos P c. Editorial Planeta de Agostini S.A.I.C", del 6-2-07, LL Online AR/JUR/723/2007; ver también, Lipszyc, "Régimen de la propiedad intelectual",cit., p. 307.

(13) Lipszyc, Delia, "Régimen de la propiedad intelectual", 1° ed. Hammurabi, 2019, p.306; Emery, Miguel A., "Propiedad intelectual", cit., p. 216/217; CNCom., Sala A, del 23-3- 1995, LL 1996-D, p. 157 ss. y sus citas.; CNCiv., sala J, del 6-2-07, cit.

(14) C1° Civ. y Com. La Plata, Sala 3°, del 14-2-95, citado por Trigo Represas- López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", t. I, pág. 463, en nota 336.

(15) Colombo, Leonardo, "Indemnización de la pérdida de las probabilidades de obtener éxito en una causa judicial" LL, 107-15 y sigtes., especialmente, pág. 16, nº 3; CSJN, Fallos, 321:3437.

(16) Mayo, Jorge A. – Prevot, Juan M. "El daño contractual", ed. La Ley, Bs. As. 2007, p. 332; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", ed. Astrea, 1987, p. 76; Pizarro, Ramón D. – Vallespinos, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", ed. Hammurabi, t. 3, p. ; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", ed. Hammurabi, Bs.As., p. 212.

(17) CNCiv., sala C, voto mío en disidencia con el del doctor Durañona y Vedia, 25/9/985, L. 14.948, autos "Hay, Aníbal G. c. Ninfo, Guillermo J. s/ daños y perjuicios" -Rev. La Ley, t.1986 E, p. 513.

MALA PRAXIS MÉDICA

Muerte fetal. Prueba pericial. Sistema médico asistencial. Valor vida. Daño psíquico. Daño moral.

1. — Los recurrentes no pueden refutar las afirmaciones del perito en cuanto a la necesidad de un monitoreo continuo, ni pueden desconocer que el neonatólogo del mismo hospital asentó en el historia clínica que la causa de la cesárea fue no solo la falta de progresión y descenso sino también "bradicardia fetal"; tampoco pueden soslayar que el experto manifestó que era evidente que en relación con la desaceleración de la frecuencia cardíaca fetal lo que estaba anotado como DIPS I era de clase DIPS II mal diagnosticado; como así también que el líquido amniótico meconial no siempre era signo de sufrimiento fetal pero sí a veces y por eso debían extremarse los cuidados ante su presencia.

2. — En la mala praxis médica el deber jurídico infringido por un médico puede resultar de las propias convenciones contenidas en el contrato de asistencia médica o bien tratarse simplemente del deber jurídico genérico de no dañar, que constituye un principio —de rango constitucional— común a las órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual.

3. — En los casos de mala praxis médica resulta decisiva la prueba pericial médica, pues la apreciación de los hechos controvertidos suele requerir de conocimientos técnicos y científicos especiales. 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.

4. — Debe rechazarse la demanda contra el codemandado, ya que no se le endilga la responsabilidad atinente a la cesárea sino a una supuesta falta de supervisión del control que estaban efectuando otros profesionales. Es más, ni siquiera en el escrito de demanda se ha señalado que existiera dicho equipo ni que el nombrado hubiera omitido efectuar tal supervisión.

5. — El adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida en que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control.

6. — El valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, pues el valor vital de los hombres no se agota con la sola consideración de aquellos criterios.

7. — En el caso de la muerte del hijo, es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del Código Civil y verosímil según el curso ordinario de las cosas, sin perjuicio de considerar también que durante su minoría de edad debería ser asistido económicamente por sus padres y que en algún momento habría de constituir su propia familia la que, obviamente, estaría destinada a ocupar el primer lugar en la asignación de sus recursos.

8. — En el caso de la muerte del hijo, es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del Cód. Civil y verosímil según el curso ordinario de las cosas, sin perjuicio de considerar también que durante su minoría de edad debe-

ría ser asistido económicamente por sus padres y que en algún momento habría de constituir su propia familia la que, obviamente, estaría destinada a ocupar el primer lugar en la asignación de sus recursos.

9. — Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes psíquicas de manera permanente, esta incapacidad deber ser objeto de reparación al margen de que se desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de las personalidades que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida.

10. — No resulta difícil inferir el intenso sufrimiento que genera en los padres la muerte de su hijo al nacer. Es evidente e inevitable el padecimiento que produce la pérdida de uno de los seres más queridos, dolor al que no es necesario que me refiera. La experiencia así lo indica y el peritaje psiquiátrico en esta causa lo pone de manifiesto.

11. — Si el pago de los intereses no fue peticionado al iniciar la demanda por daños y perjuicios, no corresponde incluirlos oficiosamente en la condena, pues el juez debe pronunciarse sobre lo pedido y nada más que sobre ello, ya que aquí ella depende de que el interesado ejercite idóneamente sus derechos, so pena de incurrir en una sentencia *ultra petita*.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis obstétrica.

Referencias de la víctima:

Observaciones: Los reclamantes son los padres.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $800.000 para cada padre.

Daño psicológico: Actor a): $800.000; Actor b): $600.000

Daño patrimonial

Valor vida: $150.000 para cada uno de los padres.

CNCiv., sala G, 26/05/2021. - T., M. E. y otro c. F., M. L. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/57095/2021]

COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

Expte. n° CIV 026736/2016/CA001

Buenos Aires, 26 de mayo de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

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

I. La sentencia

La sentencia de fs. 882/907 hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada por M. E. T. y C. D. S. y condenó a los médicos H. F. C. y M. L. F., a la licenciada en obstetricia M. F. M., a S. C. A. I.. S.A. y a M. P. H. S.A., junto con las citadas en garantía N. C. de S. S.A., T. C. de S. S.A. y S.M. S.A., al pago de un total de $ 1.278.545.

A tal fin el juez tuvo por probada la responsabilidad profesional de los nombrados en la muerte de su hija M. L. S. T. al nacer el 8 de mayo de 2014 en S. G. de ciudad.

A la par, rechazó la demanda interpuesta contra la médica G. N. S. e impuso todas las costas del proceso a los vencidos.

II. Los recursos

El fallo fue apelado por los demandantes, por H. F. C., por M. P.H. S.A. y S. C. A. I. S.A., por T. C. de S. S.A., por S. M. S.A. y por N. C. de S. S.A.

Los primeros en su expresión de agravios de fs. 990/1007 reclaman la aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, el incremento de lo reconocido en concepto de valor vida, incapacidad y tratamiento psicológico y daño moral, como así también la fijación de intereses.

H. F. C. en su memorial de fs. 1009/10035, aduce la inexistencia de relación causal, la afectación del principio de congruencia, la errónea valoración de las pruebas, y la procedencia y cuantificación de los rubros.

S. M. S.A. adhirió a esta presentación de su asegurado a fs. 987.

Las mencionadas empresas médicas en su escrito de fs.1036/1039, objetan la responsabilidad asignada y los montos de la condena.

T. C. de S. S.A. en su fundamentación de fs. 1048/1055 cuestiona la responsabilidad atribuida, las indemnizaciones fijadas y lo decidido sobre el límite del seguro.

N. C. de S. S.A., por fin, en su escrito de fs.1040/1047 también critica la responsabilidad y los importes determinados.

Los demandantes en su presentación de fs. 1057/1074 contestaron los traslados de las expresiones de agravios de los demandados.

III.- La ley aplicable

Aclaro ante todo que en razón de la fecha en la que tuvo lugar el hecho invocado como generador de la deuda que se reclama, no corresponde la aplicación retroactiva de- la normativa de fondo del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (cf. art. 7 del citado, similar al art. 3 del Código Civil).

IV.- La responsabilidad médica

En este tipo de pleitos he postulado **(1)** que, supuesta la cuestión de la autoría, el deber jurídico infringido por un médico puede resultar de las propias convenciones contenidas en el contrato de asistencia médica o bien tratarse simplemente del deber jurídico genérico de no dañar **(2)**, que constituye un principio -de rango constitucional- común a las órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual **(3)**.

La culpa médica, como es sabido, consiste en la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza del deber profesional asumido y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 512 del Código Civil; art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación) cuyo grado de responsabilidad ha de estimarse por la condición especial del agente (art. 909 del Código Civil; art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Para establecer tal culpabilidad uno de los elementos decisivos consiste en desentrañar si ha existido un incumplimiento de las reglas del arte de curar (lex artis).

Después de valorar en concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar, el tipo de comparación será el de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase en que quepa encuadrar la conducta del deudor en cada caso concreto **(4)**.

Conviene recordar que la obligación de los profesionales de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es, como regla, de medios, o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado, y al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, o sea la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor **(5)**.

Ha señalado esta sala **(6)** que si bien no se desconocen algunas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que consideran que la obligación del obstetra es obligación de resultado **(7)**, el criterio mayoritario afirma que se trata de una obligación de medios **(8)**. Desde esta perspectiva, no es dudoso que los médicos deberán poner toda la diligencia que requieren las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, al servicio del paciente **(9)**. Vale decir, deben hacer todo lo posible para cumplir adecuadamente con las terapéuticas que deben llevarse a cabo sobre los pacientes cuya atención les ha sido confiada **(10)**, de modo tal de no causar daños injustificados durante los procedimientos que realizan. En caso contrario se configurará su culpa, ya sea por impericia, o bien por negligencia o imprudencia.

A fin de verificar tales extremos en este tipo de pleitos, como no es difícil advertir, resulta decisiva la prueba pericial médica, pues la apreciación de los hechos controvertidos -a la luz de la conducta debida- suele requerir de conocimientos técnicos y científicos especiales (art. 457 del Código Procesal).

No es materia de controversia que M. L. S. T. nació y murió el 8 de mayo de 2014 en el H. G. de esta ciudad por “asfixia de nacimiento” (fs. 615/619).

El perito médico en su dictamen de fs. 640/649 explicó que no habían existido constancias de controles de la frecuencia cardíaca fetal con la asiduidad recomendada, que se carecía del parámetro objetivo del monitoreo fetal electrónico y que existían discordancias en los horarios asentados en la historia clínica y concluyó que de haberse hecho un seguimiento estricto y adecuada interpretación de las señales de alarma se hubiese evitado el daño fetal con la intervención más temprana.

Al responder las observaciones de las partes, señaló que la muerte fetal se había debido a hipoxia intrauterina (fs. 692vta.). Agregó que no había habido monitoreo fetal intraparto continuo ni correspondencia de lo asentado con el estado fetal al nacimiento (fs. 694) y expresó que la muerte ocurrida al nacer se había debido a una causa que no había sido debidamente diagnosticada y tratada (fs. 828 vta.).

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 **(11)**.

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 **(12)**. Si no se observan razones que desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio **(13)**.

Esto último es, precisamente lo que ocurre en el caso ya que los recurrentes no pueden refutar las afirmaciones del perito en cuanto a la necesidad de un monitoreo continuo, ni pueden desconocer que el neonatólogo del mismo hospital asentó en el historia clínica que la causa de la cesárea fue no solo la falta de progresión y descenso sino también "bradicardia fetal" (fs. 598 y 745) tampoco pueden soslayar que el experto manifestó que era evidente que en relación con la desaceleración de la frecuencia cardíaca fetal lo que estaba anotado como DIPS I era de clase DIPS II mal diagnosticado (fs. 693); como así también que el líquido amniótico meconial no siempre era signo de sufrimiento fetal pero sí a veces y por eso debían extremarse los cuidados ante su presencia (fs. 642vta. y 692vta.).De igual modo no pueden tenerse en cuenta las preguntas retóricas vinculadas con estadísticas que se pretende que el perito hubiera aportado pero que no le fueron requeridas oportunamente.

Lo expuesto evidencia la responsabilidad en el luctuoso hecho de quienes llevaron a cabo los controles de la frecuencia cardíaca fetal, la médica F. y la obstétrica M., que, como dice la sentencia, "estaban sobradamente capacitadas para detectar los signos indicadores de anomalías y tomar medidas de emergencia".

En relación con la última de las nombradas los agravios no rebaten lo sostenido en la sentencia con fundamento el peritaje en cuanto a que las licenciadas en obstetricia y obstétricas tienen facultades, en relación al parto, de diagnosticar, monitorear, dar tratamiento y asistencia profesional obstétrica a gestantes, parturientas y puérperas de bajo y mediano riesgo; detectar en la madre o en el niño signos indicadores de anomalías que precisen la intervención del médico; referir y derivar según los niveles de atención, tomando las medidas de emergencia en ausencia del médico; prescribir fármacos de su competencia; indicar e interpretar los exámenes auxiliares de diagnóstico (fs. 645 vta.).

Estimo que distinta es la situación del médico H. F. C.. La sentencia extiende la condena a su respecto porque considera que debía haber supervisado el desempeño de las profesionales que estaban efectuando los controles de la frecuencia cardíaca fetal, pero advierto que no se haya probado que todos ellos integraran un equipo del cual fuera jefe el aludido galeno.

Se ha señalado que existe "equipo médico" cuando al frente de un grupo existe un profesional -"jefe"- que orienta, supervisa y coordina la actividad, con la colaboración de estos profesionales **(14)**.

En el caso, la actora en virtud de estar incorporada al plan médico del S. G. a través de su afiliación a M. P. H.S.A., fue atendida durante su embarazo por la médica D. M. R. y al internarse el 8 de mayo de 2014 por la médica especialista en obstetricia M.C. B. (fs. 713), que fue quien recibió el consentimiento informado (fs. 330 y 331) y quien firmó la solicitud de internación (fs. 332). Fue recibida por la médica G. N. S. y ella junto con el médico H. F.C. le efectuaron un primer control a las 7 horas. Los controles siguientes fueron practicados por la médica M. L. F. y por la obstétrica M. F. M. (fs. 337vta./338).

Si bien se observa que la demandante fue asistida por un importante número de profesionales del S. G., no está probado que ellos formasen un equipo que tuviese por jefe al Dr. C.

Asimismo, hay que reparar en que no se le endilga este último responsabilidad atinente a la cesárea sino a una supuesta falta de supervisión del control que estaban efectuando otros profesionales. Es más, ni siquiera en el escrito de demanda se ha señalado que existiera dicho equipo ni que el nombrado hubiera omitido efectuar tal supervisión.

Por otra parte, estas profesionales (M. L.F. y M.F. M.) se hallaban habilitadas por sus respectivas profesiones para efectuar el control del trabajo de parto y a ellas correspondía decidir la necesidad de una cesárea (fs. 701).

La actuación -o mejor, la omisión- de estas últimas ha generado su propia responsabilidad y la de la empresa de medicina para la que trabajaban, con la que

los demandantes mantenían una relación contractual.

Al respecto, cabe recordar que tal como lo ha decidido la Corte Suprema en reiteradas ocasiones, quien contrae la obligación de prestar un servicio -en este caso, de asistencia a la salud- lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular **(15)**.

También se debe señalar que el adecuado funcionamiento del sistema médico asistencial no se cumple tan solo con la yuxtaposición de agentes y medios o con su presencia pasiva o su uso meramente potencial, sino que resulta imprescindible, además, que todos ellos se articulen activamente en cada momento y en relación a cada paciente. Porque cada individuo que requiere atención médica pone en acción todo el sistema y un acto en cualquiera de sus partes, sea en lo que hace a la faz de la prestación médica en sí como a la faz sanitaria, sea en el control de una y otra, en la medida en que pudiera incidir en el restablecimiento del paciente, demorándolo, frustrándolo definitivamente o tornándolo más difícil, más riesgoso, más doloroso, necesariamente ha de comprometer la responsabilidad de quien tiene a su cargo la dirección del sistema y su control **(16)**.

Consecuentemente, postulo la confirmación de la responsabilidad atribuida, con excepción de la endilgada a H.F. C. y, consecuentemente a S. M. S.A.

V.- Los daños

En la determinación de los daños, como es criterio de esta sala, tampoco he de aplicar el Código Civil y Comercial 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 Código Civil) **(17)**.

a. Valor Vida

Al respecto tiene dicho la Corte que la vida humana no tiene valor económico por sí, 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 una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo que produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. 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 todo o parte de los bienes económicos que la víctima producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue **(18)**.

No obstante lo expuesto, para fijar la indemnización por el denominado valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas, sino que es menester computar las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, ingresos, posición económica y social, expectativa de vida, etc. **(19)**

Es oportuno recordar que el valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos, sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, pues el valor vital de los hombres no se agota con la sola consideración de aquellos criterios **(20)**.

En esta materia resulta adecuado recordar que la presunción legal de daño que establecen los arts. 1084 y 1085 del Código Civil (art. 1745 del Código Civil y Comercial de la Nación) comprende inevitablemente solo al cónyuge sobreviviente e hijos menores pero, respecto de otros sujetos el perjuicio debe ser acreditado y en ese orden de ideas se ha señalado que la pérdida de ganancias que significa esta modalidad del daño es un hecho cuya prueba incumbe a quien lo invoca y requiere, además, una demostración clara y efectiva, ya que no corresponde su resarcimiento sobre la base de meras inferencias **(21)**.

En casos como el presente es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima de acuerdo con lo dispuesto por el art. 367 del Código Civil (art. 537 del Código Civil y Comercial de la Nación) y verosímil según el curso ordinario de las cosas **(22)**, sin perjuicio de considerar también que durante su minoría de edad debería ser asistido económicamente por sus padres y que en algún momento habría de constituir su propia familia la que, obviamente, estaría destinada a ocupar el primer lugar en la asignación de sus recursos.

Bajo tales premisas, advierto la condición de recién nacida de la fallecida; en tanto que, a la sazón, su madre tenía 27 años y su padre 35, ambos convivían en esta ciudad, ella colaboraba en un local gastronómico familiar y él trabajaba como encargado en un hotel de pasajeros (fs. 1, 2 y 23/27 del incidente de beneficio de litigar sin gastos; fs. 1, 2, 663 y 667 del principal), pro-

pongoincrementar el importe establecido a un total de $ 150.000, a valores actuales, para cada progenitor.

b. Incapacidad psíquica

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).

Es criterio reiterado de esta sala que el daño psíquico no constituye una partida independiente 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. En realidad, no cabe confundir el bien jurídico afectado, esto es la integridad física y psíquica, con los perjuicios que de ella derivan que solo pueden comportar daños patrimoniales indirectos -incapacidad- o daño extrapatrimonial -moral- **(23)**. 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 **(24)**.

Ahora bien, en el caso, bajo la denominación de daño psíquico se ha reclamado el tópico incapacidad -limitada a los aspectos psicológicos, sin incluir las físicas o estéticas-, lo que admite entonces una cuantificación independiente.

Tal como se ha señalado reiteradamente, cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes psíquicas de manera permanente, esta incapacidad deber ser objeto de reparación al margen de que se desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de las personalidades que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida **(25)**.

La perita psiquiatra designada de oficio, en su dictamen de fs. 671/678 que la muerte de la hija es un hecho traumático que imposibilita responder adecuadamente al suceso, generando un estado de angustia que afecta la vida en general tanto en la esfera afectiva como intelectual, limitando la capacidad de goce individual, laboral, social y recreativa, produciendo una merma en las aptitudes psíquicas y una perturbación del equilibrio emocional que provoca dificultad de integración con el medio. La muerte siempre conlleva dolor por la pérdida irreparable para quien fuera próximo del fallecido y una sensación de estupor sin recursos de comprensión alguna, menos aún con las características del que originó este pleito.

Manifestó que ambos presentaban trastorno de duelo complejo persistente en relación causal con el suceso que constituía en sentido estricto daño psíquico que se hallaba consolidado, y que les generaba una incapacidad del 20% a ella y del 15% a él.

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 **(26)**.

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 **(27)**. Si no se observan razones que desmerezcan sus asertos, corresponde asignarle suficiente valor probatorio **(28)**.

Ello es lo que ocurre en el caso pues las observaciones de N. C. de S. S.A., formuladas sin aval de profesional en la materia, se limitan a que “no surgen del informe pericial indicadores que hagan pensar que los actores presentan características compatibles con un duelo patológico” sin hacerse cargo de las amplias consideraciones expuestas por la perita en completo dictamen ni de lo expresado en el psicodiagnóstico

de fs. 663/670. Otro tanto se debe decir de las vertidas por las empresas médicas que se remiten a su impugnación de fs. 824, pero no soslayan por complete la amplia contestación dada por la experta a fs. 831/832.

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 puradestinada a agotarse junto con el principal al término del plazo en que razonablemente pudo haber continuado desarrollando actividades de tal índole **(29)**.

Por ello, como regla, ha de tomarse en consideración la disminución de la aptitud del demandante para realizar actividades productivas hasta la edad jubilatoria y las económicamente valorables hasta la de expectativa de vida **(30)** según fuentes del INDEC **(31)**.

En razón de todo lo dicho, habida cuenta las condiciones personales al tiempo del suceso ya mencionadas del padre y de la madre, propicio elevar a valores actuales lo determinado a un total de $ 800.000 para la madre y $ 600.000 para el padre.

c. 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 **(32)**.

Así lo ha expresado la perita al indicar un tratamiento psicoterapéutico de un año con sesiones semanales para cada uno de los damnificados, explicando que sin tal tratamiento el pronóstico era de agravamiento en ambos casos (fs. 675 y fs. 831/832).

Sobre la base de lo actualmente decidido por la sala como costo de cada sesión, el derecho de los damnificados de elegir razonablemente ser tratado por el profesional que mayor confianza les merezca a través de su obra social o bien en forma particular, postulo establecer $ 48.000 para cada uno de los afectados.

d. Daño moral

En cuanto al daño moral -cuya procedencia no se encuentra discutida- abarca la lesión inevitable de los sentimientos que produjo el accidente en los demandantes. A los fines de la fijación del quantum, como pautas generales debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a este **(33)**.

La reparación del perjuicio extrapatrimonial - prevista en los aplicables arts. 522 y 1078 del Código Civil y en el art. 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación- está dirigida a compensar los padecimientos, molestias e inseguridades, únicamente desde el plano espiritual, para mostrar en qué medida ha quedado afectada la personalidad y el sentimiento de autovaloración.

Para estimar pecuniariamente la reparación del daño moral falta toda unidad de medida, pues los bienes espirituales no son mensurables en dinero. Sin embargo, al reconocerse una indemnización por este concepto, no se pone un precio al dolor o a los sentimientos, sino que se trata de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas. Si la indemnización en metálico no puede por sí restablecer el equilibrio perturbado del bienestar del damnificado, puede sin embargo, procurarle la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño **(34)**.

Desde esta perspectiva, no resulta difícil inferir el intenso sufrimiento que genera en los padres la muerte de su hijo al nacer. Es evidente e inevitable el padecimiento que produce la pérdida de uno de los seres más queridos, dolor al que no es necesario que me refiera **(35)**. La experiencia así lo indica y el peritaje psiquiátrico en esta causa lo pone de manifiesto.

Por todo lo dicho, sin dejar de advertir la difícil valoración de esta partida, considero que ha de incrementarse lo establecido a un total de $ 800.000 a valores actuales para cada uno de los progenitores.

VI. Límite del seguro

La sentencia ha diferido el tratamiento del planteo formulado por los actores respecto de los límites de cobertura del seguro para la etapa de ejecución de sentencia y los demandantes no se han agraviado sobre el punto.

Por otra parte, esta sala a fs. 1056 al desestimar un pedido de apertura a prueba en esta instancia efectuado por T. C. de S. S.A. ha tenido en cuenta expresamente este diferimiento.

Consecuentemente, no se advierte agravio actual sobre el punto.

VII.- Intereses

No puede prosperar la pretensión de los demandantes de que se fijen intereses, pues inexplicablemente no fueron solicitados.

Es criterio de esta sala que uno de los principios básicos que informa nuestro sistema procesal es el de congruencia (arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del Código Procesal), constituyendo su reflejo, por su indudable vinculación con la garantía constitucional de la defensa en juicio, el art. 330, inc. 3º del mismo código al contemplar entre los requisitos de la demanda, la necesaria determinación de la "cosa demandada, designándola con toda exactitud". En consecuencia, si el pago de los intereses no fue peticionado al iniciar la demanda por daños y perjuicios, no corresponde incluirlos oficiosamente en la condena, pues el juez debe pronunciarse sobre lo pedido y nada más que sobre ello, ya que aquí ella depende de que el interesado ejercite idóneamente sus derechos, so pena de incurrir en una sentencia *ultra petita* **(36)**.

En sentido coincidente se ha sostenido que el juez no puede concederlos de oficio si no hay instancia del acreedor, habida cuenta de que si bien se trata de una prestación accesoria no reviste el carácter de implícita **(37)** y que, en definitiva, se trata de derechos esencialmente renunciables **(38)**.

Si bien la renuncia de derechos no puede ser presumida (art. 874 del Código Civil; ver art. 948 del Código Civil y Comercial de la Nación), es evidente que ella comprende todos aquellos que, encontrándose disponibles, no fueron oportunamente ejercidos. Y, en la especie, los intereses que se devengan desde el momento mismo de acaecido el evento dañoso, debían ser reclamados expresamente en la presentación inicial, de manera que si no lo fueron, es de presumir que, tratándose de derechos esencialmente renunciables, no hubo intención de solicitarlos **(39)**.

De allí que, como adelanté, estimo que no cabe admitir este aspecto del recurso.

Sin perjuicio de ello, indico que la circunstancia de que no se hayan establecido intereses desde la mora hasta el dictado de la sentencia, dan cuenta de la necesidad de determinar el importe a valores actuales para concretar una más plena satisfacción del aludido derecho a una reparación **(40)**.

VIII.- Conclusión

En mérito de lo expuesto, después de haber examinado las argumentaciones y pruebas conducentes propongo al acuerdo revocar parcialmente el pronunciamiento apelado para desestimar la demanda entablada contra H. F. C. y S. M. S.A., con costas a los demandados vencidos; modificarlo para establecer por el llamado valor vida $ 150.000 para cada uno de los demandantes; por incapacidad $ 800.000 para la madre y $ 600.000 para el padre; por tratamiento psicoterapéutico $ 48.000 para cada uno y por daño moral $ 800.000 también para cada uno; confirmarlo en lo demás que decidió y fue materia de agravios no atendidos; todo ello con costas a los demandados vencidos (art. 68 del Código Procesal).

Los Señores Jueces de Cámara Doctores Carlos A. Bellucci y Gastón M. Polo Olivera votaron en el mismo sentido por razones análogas a las expresadas en su voto por el Doctor Carlos A. Carranza Casares. Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, 26 de mayo de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se resuelve:

I.-Revocar parcialmente el pronunciamiento apelado para desestimar la demanda entablada contra H. F. C. y S. M. S.A., con costas a los demandados vencidos; modificarlo para establecer por el llamado valor vida $ 150.000 para cada uno de los demandantes; por incapacidad $ 800.000 para la madre y $ 600.000 para el padre; por tratamiento psicoterapéutico $ 48.000 para cada uno y por daño moral $ 800.000 también para cada uno; confirmarlo en lo demás que decidió y fue materia de agravios no atendidos; todo ello con costas a los demandados vencidos.

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 4/9/2018). 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 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 ley 21.839 y la ley 24.432 y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 15, 16, 19, 20, 21, 24, 29, 30, 51, 52, 54 y 56 de la ley 27.423, se fijan los honorarios de la letrada patrocinante de la parte actora, Dra. O. A. V. en la suma de pesos ciento treinta mil ($130.000) por la primera etapa y en la suma de pesos trescientos ochenta mil ($380.000) -equivalente a 91,52 UMA- por la segunda y tercera etapa; los del os letrados apoderado y patrocinante de M. P. H. y S. C. A., Dres. L. R. F. y D. L. C., en conjunto, en la suma de pesos ciento quince mil ($115.000) por la primera etapa y en la suma de pesos quinientos veintiséis mil ($526.000) -equivalente a 126,68 UMA- por la segunda y tercera etapa; los de los letrados patrocinantes del codeman-

dado C., Dra. V. L. D. por su actuación en la primera etapa en la suma de pesos diez mil ($10.000) y al Dr. G. G. P. por su actuación en la audiencia preliminar en la suma de pesos veinticinco mil ($25.000)-equivalentes a 6,02 UMA-. Por el mismo codemandado y en igual carácter por su actuación en la segunda etapa se fijan los de la Dra. M. A.W. D. en la suma de pesos quince mil ($15.000) –equivalentes a 3,61 UMA-. Los correspondientes al letrado patrocinante de la demandada M. y apoderado de N. C. de S., Dr. P. A. B. en la suma de pesos ciento quince mil ($115.000) por la primera etapa y en la suma de pesos doscientos cuarenta mil ($240.000)-equivalente a 57,80 UMA- por la segunda; y los de la Dra. M. E. U., apoderada de N. C. de S., por su actuación en la audiencia preliminar, en la suma de pesos veinticinco mil ($25.000) –equivalentes 6,02 UMA-. Los del letrado apoderado de la codemandada F., S. y de T. C. de S., Dr. A. A. A. en la suma de pesos ciento quince mil ($115.000) por la primera etapa y en la suma de pesos doscientos sesenta y cinco mil ($265.000)-equivalente a 63,82 UMA- por la tercera etapa. Asimismo, los del Dr. M.D. M. S., apoderado de T., por su actuación en la audiencia preliminar, en la suma de pesos veinticinco mil ($25.000)-equivalentes a 6,02 UMA-. Se regulan al letrado apoderado de S. M., Dr. P. O. B.en la suma de pesos ciento quince mil ($115.000) por la primera etapa y en la suma de pesos doscientos sesenta y cinco mil ($265.000)-equivalente a 63,82 UMA- por la segunda etapa. Por los trabajos de segunda instancia se regulan los honorarios del Dr. M. A. R. en la suma de pesos ciento catorce mil ($114.000) -que equivalen a 27,45 UMA-; los del Dr. A. en la suma de pesos ciento catorce mil ($114.000) -que equivalen a 27,45 UMA-; los de la Dra. V. en la suma de pesos ciento cincuenta y tres mil ($153.000) -que equivalen a 36,84 UMA-; los de las Dras. P. y W.D. en la suma de pesos siete mil quinientos ($7.500) -que equivalen a 1,80 UMA- para cada una; los del Dr. F. en la suma de pesos ciento noventa y dos mil trescientos ($192.300) -que equivalen a 46,31 UMA- y los del Dr. B. en la suma de pesos ciento catorce mil ($114.000) -que equivalen a 27,45UMA-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 y a la adecuada proporción que deben guardar los honorarios de los expertos con los de los letrados intervinientes (Fallos: 314:1873; 320:2349; 325:2119, entre otros), se establecen los honorarios de los peritos médicos, psiquiatra F.M. y obstetra E. M. C., en la suma de pesos ciento setenta mil ($170.000) -que equivalen a 40,94UMA- para cada uno. Se establecen los honorarios de la mediadora Dra. A. A. A. en la suma de pesos sesenta y ocho mil veintiséis ($68.026) en virtud de lo dispuesto por los decretos 1467/11 y 2536/15.

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 31/11 y 38/13 de la CSJN, oportunamente cúmplase con la acordada 24/13 de la Corte Suprema de la Nación y devuélvanse. *— Carlos A. Bellucci. — Carlos A. Carranza Casares. — Gastón M. Polo Olivera.*

(1) CNCiv., esta sala, L. 558.401, del 16/5/11; L. 590.084 del 19/3/12, entre otros.

(2) Trigo Represas, Félix A., López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, t. II, p. 354/355.

(3) Fallos: 308:1118.

(4) Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires,1980, t. IV-B, p. 145, n° 2826; Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1994, t. 2, p. 94 y ss.; Lorenzetti, Ricardo Luis, Responsabilidad civil de los médicos, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 461 y ss.; Calvo Costa, Carlos Alberto, Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 142 y ss.

(5) Fallos: 327:3925; C.N.Civ., esta sala, L. 483.472, del 31/8/07; L. 493.836, del 7/11/08 y L. 513.585, del 6/4/09; ídem, sala K, L. 97.391, del 26/8/10; íd., sala L, L.568.319, del 17/2/12.

(6) C.N.Civ, esta sala, expte. n° 70995/2013/CA1, del 24/5/18.

(7) CNCiv., Sala C, del voto del Dr. Cifuentes, en "Torres de Carballo, Azucena del Valle c/ Instituto Antártida SA", del 28/10/96, JA 1987-IV, p. 364 y Venini, Juan C. "Responsabilidad por daño contractual y extracontractual" T. 1, Juris, Rosario 1992, p. 203.

(8) Vázquez Ferreyra, Roberto, "Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina", Hammurabi, Bs.As., 1992, p. 191 ss.; Garay, Oscar, "Tratado de la responsabilidad civil", Errepar, 1ra.ed, Bs.As. 2009, T. II, p. 1050 ss.

(9) Ver art. 512 Cód.Civil; conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, ps. 355 y 356; Lorenzetti,

Ricardo L., "Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales", en Trigo Represas - Stiglitz, "Derecho de daños", Primera parte, p. 517.

(10) Calvo Costa, Carlos A., "La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba" RCyS2016-XII, 5.

(11) Fallos: 331:2109.

(12) Fallos: 321:2118.

(13) Fallos: 329:5157.

(14) C.N.Civ., sala M, "F. de B., O. C. y otros c. PAMI y otros", del 20/02/2018; La Ley Online: AR/JUR/4358/2018 y sus citas. Lorenzetti, "Participación plural: contratos asociativos y responsabilidad civil por actuación de equipos", La Ley 1993-D, 770, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, VI, 913; Garrido Cordobera, "Problemática del accionar del equipo medico", DJ 12/11/2008, 1971; DJ 2008-II, 1971; Calvo Costa,Daños ocasionados por la prestación medico-asistencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 413.

(15) Fallos: 306:2030; 307:821; 312:343; 315:1892; 317:1921 y 322:1393.

(16) Fallos: 306:178; 317:1921 y 322:1393, ya citados.

(17) C.N.Civ., esta sala, CIV/11380/2012/CA1, del 18/8/15 y numerosos precedentes a partir de entonces; ver doctrina del fallo plenario "Rey, José J. c/ Viñedos y Bodegas Arizu S.A.", del 21/12/71, en La Ley 146, p. 273; y en similar sentido C.N.Civ., sala E, Expte. 101.221/07, del 15/7/16; ídem sala F, Expte. 13.793/12; íd., sala I, Expte. 25.837/10, del 11/12/15.

(18) Fallos: 316:912; 317:728, 1006 y 1921; 318:2002; 320:536; 322:1393; 323:3614; 324:1253 y 2972; 325:1156; 326:1299.

(19) Fallos: 310:2103; 317:1006; 324:2972; 325:1277.

(20) Fallos: 326:4768 y sus citas.

(21) C.N.Civ., sala I, 18/10/2005, DJ 15/02/2006, 388; íd., esta sala, L. 451.254, del 16/2/07.

(22) Fallos: 303:820; 308:1160, considerando 4°; 322:1393; 326:1299.

(23) Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, 2a.ed., p. 157/166 y sus múltiples referencias; esta sala, L. 163.509, del 6/6/95; L. 169.841, del 20/7/95; L. 205.632, del 26/11/96; L. 219.296, del 2/7/97 y L. 521.482, del 21/4/09, entre muchos otros concordantes.

(24) Fallos: 326:847.

(25) Fallos: 308:1109; 312:752, 2412; 315: 2834; 316: 2774; 318:1715; 320: 1361;321: 1124; 322: 1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:874.

(26) Fallos: 331:2109.

(27) Fallos: 321:2118.

(28) Fallos: 329:5157.

(29) C.N.Civ., esta sala, L.169.841, del 20/7/95; L. 492.653, del 12/12/07; L. 462.383, del 6/3/07 y L. 491.804, del 14/12/07; CIV/1339/2009/CA1, del 28/9/15; 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 Código Civil y Comercial de la Nación.

(30) Fallos: 331:570.

(31) 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.

(32) C.N.Civ., esta sala L. 450.661, del 13/3/97; L. 471.881, del 22/5/07 y L. 560.294, del 6/10/10, entre otros.

(33) Fallos: 316:2894; 321:1117; 325:1156.

(34) C.N.Civ., esta sala L.465.066, del 13/2/07.

(35) C.N.Civ., esta sala, L. 340.143, del 17/9/07.

(36) C.N.Civ., esta sala, L. 494.576, del 12/2/08, voto de la Dra. Areán; ver también Fallos: 315:2774.

(37) C.N.Civil, Sala K, 10/06/97, "Mittelman de Madenes, Dorita c. Laurencina, Hugo A.", La Ley, 1998-A, 432 y L. 55.035, del 3/8/90; íd., Sala D, 07/02/80, "Erlich, Marta c. Cybel, Ver", Jurisprudencia Argentina 1980-II, 580, El Derecho, 87-224; íd., sala B, "Pereyra, Segio c/ Hospital Cosme Argerich", del 30/10/06, Lexis N° 70038010.

(38) C.N.Civ., sala E, "Angeleri, Alejandra M. c/ Museum S.A. y otro", del 5/2/07, Lexis N° 35010656.

(39) C.N.Civ., Sala E, 18/09/06, "Z., S. M. y otros c/ Racso Combustibles S.R.L. y otros", La Ley Online; íd., esta sala, L. 494.576, del 12/2/08 ya citado;L. 513.357, del 23/2/09 y L. 536.429, del 23/10/09, entre otros.

(40) C.N.Civ., esta sala, L. 494.576, 05/03/18, "Hintz c/ Bernstein"; ídem, CIV/53335/2015/CA1, "Belton c/ Barreriro", del /4/20..

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO

Mujer que cae de la silla de ruedas en la que era transportada por un empleado de una aerolínea. Procedencia de la excepción de prescripción. Ley especial que prima sobre la ley 24.240.

1. — La ley 24.240, invocada por la accionante para resistir la excepción de prescripción, dispone en el art. 63 que "para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley". De ahí que no pueda sostenerse la inaplicabilidad sin más de la Ley de Defensa del Consumidor al supuesto de autos, sino que se prevé su aplicación subsidiaria de las normas que en ella se indican.

2. — En el supuesto bajo análisis, existen previsiones específicas que lo rigen, esto es, los arts. 17 y 35 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional Montreal 1999 (aprobado por ley 26.451 y con entrada en vigencia el 14/02/2010).

3. — No cabe duda de que las actuaciones se originaron en un hecho que tuvo lugar en el marco de la actividad aeronáutica. En efecto, la caída de la silla de ruedas sufrida por la actora se produjo en el aeropuerto de Santiago de Chile, durante la escala de un vuelo que partió de Nueva Zelanda con destino a Buenos Aires, es decir, durante un contrato de transporte aéreo internacional.

4. — Cuando el supuesto sometido a decisión —análisis de la responsabilidad del transportista— encuadra en previsiones específicas de una ley especial (Código Aeronáutico, Convención de Varsovia, Convenio de Montreal), no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y a apartarse de ellas, por aplicación del principio de especialidad.

5. — Si bien es cierto que los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que "consumidores" en los términos de la ley 24.240 y, por esta razón, no puede excluirse totalmente las restantes disposiciones de esa normativa; no lo es menos que la relación de consumo que pueda estar implicada en el vínculo entre las partes no obsta a la aplicación de la ley especial, que prima por sobre las normas supletorias (art. 63 de la LDC).

CNFed. Civ. y Com., sala III, 02/07/2021. - Ghidella, Marta Elba c. LAN Argentina SA y otro s/ incumplimiento de contrato.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/97967/2021]

COSTAS

A la actora

Expte. n° COM 023558/2018/CA003

Buenos Aires, 2 de julio de 2021.

Considerando:

I. El reclamo de autos versa sobre los daños padecidos por la actora el 29 de agosto de 2014 como consecuencia de su caída de la silla de ruedas en la que era trasladada por un empleado de las aerolíneas demandadas, durante una escala en Santiago de Chile, en el marco del vuelo Nueva Zelanda – Buenos Aires.

En la resolución apelada, el Juez de primera instancia admitió, con costas, la excepción de prescripción que habían opuesto Latam Airlines Group S.A. ("LATAM"), LAN Argentina S.A. ("LAN") y Mapfre Argentina Seguros S.A. (fs. 235/236).

Para decidir de ese modo, consideró aplicable el plazo de prescripción de 2 años fijado en el art. 35 del Convenio de Varsovia – La Haya en atención a que la demanda se fundaba en un hecho originado en la actividad aeronáutica, lo que determinaba la aplicación del plazo específico previsto en la ley de la materia. Además, tuvo en cuenta que el art. 63 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), invocada por la actora, disponía que al contrato de transporte le eran aplicables el Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, solo supletoriamente, la LDC (fs. 235vta., cons. II).

La accionante apeló el fallo fundando el recurso, que fue concedido corriéndose el pertinente traslado. Únicamente Mapfre y LAN lo contestaron (ver escritos presentados 8/8/20, 9/9/20 y 11/9/20 en el sistema Lex 100).

II. La recurrente se queja acerca de la aplicación al caso de las normas propias del derecho aeronáutico –Convenio de Varsovia- por entender que la causa se haya regida, en todas sus partes, por la Ley de Defen-

sa del Consumidor. Analiza la figura de consumidor y proveedor, la relación de consumo en la que se encuentra respecto a las codemandadas. Cita tanto doctrina como jurisprudencia de otros fueros que favorecen su posición. En otro orden de ideas, sostiene que el hecho por el que reclama excede de los supuestos de responsabilidad previstos en el art. 17 del Protocolo de Montreal en tanto la caída de la silla de ruedas no se produjo, estrictamente, durante el embarque, el vuelo o el desembarque de la aeronave. Finalmente, cuestiona la imposición de costas a su cargo solicitando, a todo evento, su eximición total en función de lo previsto en el art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal.

Mapfre contestó el 9/9/20 pidiendo que se declarase la deserción del recurso y respondiendo los agravios en subsidio. LAN hizo lo propio el 11/9/20 planteando, ante todo, la nulidad del auto que concedió la apelación y ordenó el traslado de ley, porque la actora "unificó ambos pasos procesales en uno solo, en franca contraposición con el art. 245 del CPCCN" (ver escritos incorporados al sistema Lex 100).

Elevada la causa a esta Sala, se dio intervención al Sr. Fiscal General de Cámara, quien emitió el dictamen que obra agregado como foja 263/266 en el Sistema Lex 100.

II. Corresponde atender, en primer lugar, a los planteos introducidos por las demandadas al contestar el recurso: la nulidad del auto del 2/9/20 y la deserción del recurso.

LAN explica que la actora se apartó de las normas que rigen el proceso -arts. 245 y 246 del Código Procesal- al haber interpuesto y fundado el recurso de apelación en un mismo acto. Considera que el magistrado debió haber ordenado el desglose del escrito en lugar de conceder el recurso y correr traslado del mismo. Lo sucedido, sostiene, afecta las garantías del debido proceso y la igualdad de las partes en el litigio (ver escrito del 11/9/20 en el sistema Lex 100).

La circunstancia descripta -el haber interpuesto y fundado el recurso en un mismo escrito y que el a quo lo tuviera por fundado- no basta para declarar la nulidad de la providencia del 2 de septiembre de 2020, lo que en nuestro régimen legal requiere que se encuentren reunidos determinados requisitos que en el caso ni siquiera fueron concretamente invocados por el apelante.

Al no haber la demandada demostrado que lo dispuesto por el magistrado le generó un perjuicio concreto, y teniendo en cuenta que, efectivamente, ha hecho uso de la facultad de contestar el recurso cuyo traslado cuestiona, no corresponde hacer lugar a la nulidad opuesta.

Por otro lado, la petición de Mapfre de que se declare desierto el recurso de la parte actora tampoco puede tener acogida favorable desde que el escrito recursivo constituye, a criterio del Tribunal y desde un punto de vista formal, una crítica concreta y razonada del fallo, en los términos del art. 265 del Código Procesal.

III. Pasando ahora al fondo de la cuestión a resolver, no cabe duda de que las actuaciones se originaron en un hecho que tuvo lugar en el marco de la actividad aeronáutica.

En efecto, la caída sufrida por la actora se produjo en el aeropuerto de Santiago de Chile, durante la escala del vuelo 800 de Lan Argentina S.A. que partió de Nueva Zelanda con destino a Buenos Aires, es decir, durante un contrato de transporte aéreo internacional.

La ley 24.240, invocada por la accionante para resistir la excepción de prescripción, dispone en el artículo 63 que "para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley". De ahí que no pueda sostenerse la inaplicabilidad sin más de la Ley de Defensa del Consumidor al supuesto de autos, sino que se prevé su aplicación subsidiaria de las normas que en ella se indican.

En el supuesto bajo análisis, existen previsiones específicas que lo rigen, esto es, los artículos 17 y 35 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional Montreal 1999 (aprobado por Ley N° 26.451 y con entrada en vigencia el 14/02/2010).

El primero de ellos dispone que "[e]l transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión corporal de un pasajero por la sola razón de que el accidente que causó el daño se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque".

El artículo 35, por su parte, establece que: "1. El derecho a indemnización se extinguirá si no se inicia una acción dentro del plazo de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino o del día en que la aeronave debería haber llegado o la de la detención del transporte. 2. La forma de calcular ese plazo se determinará por la ley del tribunal que conoce el caso" (el subrayado no pertenece al original).

La Sala tuvo oportunidad de expedirse al respecto en situaciones similares a la de autos juzgando que, cuando el supuesto sometido a decisión –v.gr. análisis de la

responsabilidad del transportista- encuadra en previsiones específicas de una ley especial (v.gr. Código Aeronáutico, Convención de Varsovia, Convenio de Montreal), no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y a apartarse de ellas, por aplicación del principio de especialidad (doctrina de causas nº 7748/05 del 6/2/07; nº 1041/05 del 21/9/09; nº 6802/02 del 18/5/10; nº 3.644/06 del 16/4/13, nº 7210/11 del 28/6/13 y nº 7614/12 del 11/6/15).

Cierto es que los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que "consumidores" en los términos de la ley 24.240 (conf. art. 1º, texto según ley 26.361, B.O. 7/4/08) y, por esta razón, no puede excluirse totalmente las restantes disposiciones de la ley 24.240 (Sala III, Causa N° 2790/12, "Fortunato José Claudio c/ American Airlines y otros s/ pérdida/ daño de equipaje", 4/12/12); pero no lo es menos que la relación de consumo que pueda estar implicada en el vínculo entre las partes no obsta a la aplicación de la ley especial, que prima por sobre las normas supletorias (conf. art. 63 de la LDC citado).

Definido el plazo de prescripción de la presente acción en dos años (art. 35 del Protocolo de Montreal), la demanda interpuesta una vez transcurrido dicho plazo se encuentra prescripta, tal como lo resolvió el *a quo*.

IV. Resta expedirse sobre la imposición de las costas decidida por el magistrado de grado, punto respecto del cual el decisorio en crisis también debe ser confirmado, pues los argumentos que esgrime la recurrente no revisten entidad suficiente para hacer excepción al principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 68, primera parte, del Código Procesal.

Por ello, y de conformidad con el dictamen del Sr. Fiscal General, el Tribunal *Resuelve:* confirmar el pronunciamiento de fs. 235/236, con costas de Alzada a cargo de la recurrente vencida (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal).

Regulados que sean los honorarios en la instancia de grado, se procederá a fijar los correspondientes a la Alzada.

El doctor *Uriarte* integra la Sala de conformidad con la Resolución 90/21 del Tribunal de Superintendencia de la Cámara.

El doctor *Antelo* no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. — *Ricardo G. Recondo. — Fernando A. Uriarte.*

ROBO DE AUTOMOTOR EN ESTABLECIMIENTO COMERCIAL

Trabajadora de complejo comercial que sufrió el hurto del automotor en la playa de estacionamiento. Incumplimiento de la obligación de custodia.

1. — Quien ofrece estacionamiento a consumidores y a empleados de los distintos locales que desarrollan su actividad dentro del complejo comercial asume una obligación o deber respecto del cuidado y la seguridad de los bienes, incluso, de sus propios dependientes (o de los locales que forman parte del centro comercial) que estacionen en la playa del establecimiento.

2. — Los *shopping centers* y/o supermercados asumen, con motivo de su deber de custodia, guarda y restitución de los rodados estacionados en la playa de estacionamiento, una obligación de resultado, ya que dichas empresas comerciales se comprometen, aunque pretendan desconocer su compromiso con cláusulas de exoneración de la responsabilidad, a custodiar con éxito el vehículo y a restituir efectivamente ese mismo e idéntico rodado. La potencial exención de responsabilidad solo podrá venir de la mano del quiebre del nexo causal; tal es el caso de la eximente de la fuerza mayor extraña a su ámbito o el hecho de un tercero por quien no debe responder o el hecho del acreedor, es decir, la causa ajena **[1]**.

3. — El estacionamiento gratuito brindado por la demandada a su empleado, aunque no haya estado previsto en el contrato laboral debe considerarse como un beneficio o prestación complementaria que integró la remuneración del actor, en el marco de la relación laboral que lo unía con la demandada. Por lo tanto, la obligación de guarda y seguridad derivada del estacionamiento gratuito facilitado al empleado también resulta de origen contractual **[2]**.

4. — La circunstancia que remarca la apelante en su escrito recursivo de que la actora se encontraba en el establecimiento comercial en cumplimiento de tareas laborales no es decisivo para la solución del caso, pues el carácter de empleada de uno de los locales emplazados en el complejo comercial demandado desplaza la situación de potencial cliente de la tienda o establecimiento.

C4aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 25/06/2021. – Rodríguez, Adriana Margarita c. Jumbo Retail Argentina SA s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/96513/2021]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] Boretto, Mauricio, "Responsabilidad empresaria: shopping centers y supermercados. Estacionamiento gratuito. Cláusulas exoneratorias de la responsabilidad: ineficacia", LLGran Cuyo 2001, 385, TR LALEY AR/DOC/8374/2001.

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[2] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, "La República Compañía Argentina de Seg. Grales. c. Supermercados Mayoristas Makro SA", 2003/11/18, AR/JUR/5015/2003.

COSTAS

Se imponen a la recurrente vencida.

CUIJ Nº 13-04716084-1(54815)

Mendoza, 25 de junio de 2021.

De conformidad con lo ordenado en el art. 160 de la Constitución Provincial, y el Art. 141 del Código Procesal, Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

1ª ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª Costas.

1ª cuestión. — El doctor *Leiva* dijo:

I.- Que a fojas 236/237 la Dra. Cynthia Narváez, en representación de CENCOSUD S.A., deduce recurso de apelación contra la sentencia de fojas 216/227, que hace lugar a la demanda planteada por la Sra. Adriana Margarita Rodríguez en contra de Cencosud S.A., condenando a esta última a hacer efectivo a la parte actora, en el plazo de diez días de quedar ejecutoriada dicha resolución, el pago de la suma de $ 224.360, con más los intereses correspondientes según se expone en sus considerandos.

II.- Que en dicha ocasión aduce que el juzgador dictó una sentencia que le resulta agraviante y sin fundamento que acredite el hecho en sí mismo del robo del vehículo que dé lugar al reclamo.

Arguye que en el caso no se ha configurado una relación de consumo; en este aspecto, señala que el juez manifiesta erróneamente la existencia de una relación consumeril cuando de los propios dichos de la actora surge que, con carácter de habitualidad, concurría al centro comercial en el marco de una relación laboral (empleada de comercio del Local Vía Uno); que de las testimoniales surgió una supuesta compra en el local VER, que no se probó que fue en la misma fecha del supuesto siniestro, en un intento de crear una relación de consumo inexistente, ya que la hija de la actora había trabajado anteriormente en el mencionado local, lo que indica a pensar que en realidad la compra no existió.

Dice que de los testimonios rendidos surge la misma idea, ya que la Sra. E. A., en su deposición, manifestó que ambas se encontraban trabajando, y tras reiterados interrogantes, en ningún momento mencionó la supuesta compra; que el uso de la playa de estacionamiento se realizaba con un fin pura y estrictamente personal.

Expresa que se ha realizado una errónea interpretación de los arts. 1.371 y 1.375, ya que las eximentes contenidas en la norma, aplicables a las playas de estacionamiento gratuitas, tal como es el caso de la demandada, son plenamente aplicables; que el juzgador funda su no aplicación, manifestando que las mismas son puestas a disposición en busca de atraer clientela y de esa manera buscando un fin oneroso; que en el caso de marras, la actora se encontraba con motivo de una relación de trabajo, por lo que dicha interpretación resulta errónea y deben ser aplicadas las eximentes de responsabilidad previstas.

III.- Que a fojas 246 esta Cámara, una vez recepcionado el expediente, dispone correr la fundamentación del recurso de CENCOSUD S.A., a la parte actora por el plazo de ley (Art. 206 del C.P.C.C. y T.).

A fojas 247/249 comparece la Dra. Valeria Asensio, en representación de la parte actora, y contesta el traslado conferido. Peticiona la declaración de deserción del recurso deducido, ante la falta de crítica a la sentencia apelada.

IV.- Que a fojas 256 se ordena la intervención de la Fiscalía de Cámaras.

A fojas 258 se agrega el dictamen fiscal, que estima que resulta de aplicación la ley de Defensa del consumidor.

V.- Que a fojas 265 se llama autos para sentencia, practicándose en la misma providencia el orden de estudio de la causa.

VI.- Principios generales sobre la responsabilidad de los hipercentros de consumo por la desaparición de vehículos de sus playas de estacionamiento: el encuadre tradicional en las normas protectoras del consumidor. Relación laboral y seguridad de los espacios ofrecidos para el estacionamiento. Situación del ter-

cero ajeno al vínculo contractual frente al responsable. Que, en el presente caso, el apelante, demandado, se queja de la calificación que ha hecho el juez de grado acerca de la relación existente entre la Sra. Rodríguez, propietaria del vehículo sustraído en la playa, y el hipercentro de consumo Jumbo Retail, cuando es la hija de aquella, Sra. Sosa, la que utilizaba el vehículo indicado para concurrir a cumplir su prestación laboral en uno de los locales del centro comercial.

a. Ya se sabe que en los centros comerciales se desarrolla gran parte de la vida pública de los habitantes y las causas de ello se encuentran en las propias exigencias de los consumidores y consecuentes estudios de marketing y campañas publicitarias que los empresarios desarrollan, no solo para satisfacer y dar respuesta a esas exigencias, sino también para generar nuevas necesidades e inducir al consumo que no está condicionado solamente por la necesidad y los recursos sino por todo aquello que resulta impuesto desde los medios masivos de comunicación.

Los consumidores prefieren comprar en lugares que ofrecen variedad de propuestas, de prestaciones accesorias, tales como estacionamiento, seguridad, climatización, muchas de las cuales, incluso, constituyen los elementos que tipifican estas estructuras contractuales; asimismo, el hipermercado acompaña la compra con servicios o beneficios para sus potenciales clientes, logrando que los consumidores obtengan lo que necesiten y disfruten de momentos agradables.

La publicidad es, pues, la que ha ocupado un lugar privilegiado en estas estructuras contractuales induciendo al consumo no solo por el ofrecimiento que se hace a través de aquella de ciertos y determinados bienes, sino también de prestaciones accesorias y complementarias de la prestación principal, muchas de las cuales son decisivas al momento de la contratación. A través de la publicidad se trata de crear, con el producto o servicio inducido, un estado de bienestar que no siempre se condice con la ejecución de la prestación y el goce del bien o servicio. No se discute, entonces, la fuerza de la publicidad en la generación de conductas en los consumidores, menos aún cuando la propia ley 24.240 en su art. 7° admitió la oferta dirigida a consumidores potencialmente indeterminados y en su art. 8° consagró el principio de la fuerza vinculante de aquella inducción mediática. En el análisis de la cuestión relativa a la responsabilidad por la sustracción del vehículo de un consumidor de la playa de estacionamiento privado que utiliza el hipermercado y que este ofrece como servicio accesorio a sus potenciales clientes, no puede dejarse de contemplar los efectos de la publicidad en la relación contractual que se genera entre ellos, las características y alcances de la oferta realizada por el empresario y las obligaciones que surgen en consecuencia. Entendiendo al contrato como un todo complejo en cuya formación tiene gran incidencia la publicidad y, aludiendo específicamente al que se concluye entre el hipermercado y los consumidores, aquel tiene la obligación, porque así lo ha ofrecido en sus campañas publicitarias de brindar el servicio de estacionamiento gratuito, mientras los consumidores se encuentren en el establecimiento.

Dicha prestación accesoria y complementaria – servicio de estacionamiento gratuito – que genera los débitos para el hipermercado de custodia y guarda del vehículo y de restitución del mismo e idéntico aparcado, es determinante para el consumidor, quien confía en que el oferente va a adoptar las medidas y precauciones necesarias para alcanzar ese fin, durante ese tiempo. Los deberes que el empresario ha asumido le imponen tener una organización, ajena al conocimiento de los consumidores, acorde a la importancia de los bienes cuya custodia y guarda prometió y cuya publicidad fue determinante para contratar, por la generación de confianza consecuente, todo lo cual motiva que aún cuando no se pague suma alguna por el servicio accesorio aprovechado, no merezcan los usuarios del mismo ser defraudados con un inefectivo o aún inexistente control en la playa de marras.

En el contrato celebrado entre quien adhiere a la oferta hecha pública por un hipermercado y este, hay deberes principales y accesorios, incluyéndose entre estos últimos, por las características de lo que se ha ofrecido, algunos similares a los que incumben a todo posadero de vigilar las cosas introducidas por los viajeros; ello implica que si los vehículos dejados por los potenciales consumidores en playas de estacionamiento que usufructúa el hipermercado - no importa en qué carácter, pues es otra de las relaciones ajenas al conocimiento de los consumidores -, sufren daños o son sustraídos, debe responder el oferente, no solo por hechos de sus dependientes sino también por aquellas personas con las que no tiene vinculo de dependencia alguna pero cuya actividad le permite alcanzar el objeto de los contratos celebrados con los consumidores, incluyendo aquello que ha publicitado y que ha sido uno de los factores posibilitantes de la contratación principal.

Eximir de responsabilidad al empresario en supuestos como el analizado, sería incluso desvirtuar uno de los elementos esenciales del contrato como es la causa y equivaldría a descalificar la voluntad de las partes, expresada a través del consentimiento; el fundamento de ello radica en los motivos que llevan a cada uno de los potenciales consumidores a adherir a la oferta hecha pública y a abocarse a perfeccionar por consiguiente una genérica relación de consumo bajo las condiciones ofrecidas. (CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel – DÍAZ PALACIO, Eugenia, "Hiper-

mercados. Estacionamiento de vehículos en playa y responsabilidad sobreviniente", La Ley 1998 – E, 393 y sgtes.; MOEREMANS, Daniel, "Responsabilidad de los supermercados por daños sufridos por clientes o potenciales clientes en las playas de estacionamiento", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Buenos Aires, La Ley, 2.000, Tomo 2.000, pág. 351 y sgtes.; MAZZINGHI, Jorge Adolfo, "El robo de un vehículo de la playa de estacionamiento de un supermercado, la figura del depósito necesario y el análisis de otras situaciones parecidas", ED 188-492 y sgtes.).

La doctrina difiere acerca de la calificación jurídica del vínculo existente entre el hipermercado y quien concurre al mismo a los efectos de la determinación de la responsabilidad por daños por sustracción del vehículo estacionado en las playas dispuestas a ese fin por el hipermercado.

Para Cuiñas Rodríguez y Díaz Palacio, dentro del hipermercado, generalmente se configura una relación de consumo genérica, comprensiva de la de uso, según lo que se haya adquirido, abarcada por las prescripciones de los arts. 1 y 2 de la ley 24.240, y esta vinculación jurídica tiene el carácter de principal y determinante de la accesoria, cual fue la del estacionamiento del automóvil luego sustraído. Ambas relaciones se dieron a través de hechos relevantes para el Derecho y estuvieron coligadas o aproximadas por un nexo, a punto tal que, frustrada la prestación del vínculo accesorio al momento de no encontrarse en la playa el vehículo dejado por el consumidor, puede desbaratarse la principal operación que se haya concertado. Se configura, para estos autores, un contrato de depósito comercial, ligado a las compraventas perfeccionadas dentro del establecimiento para fines de consumo. (CUIÑAS RODRÍGUEZ, Manuel – DÍAZ PALACIO, Eugenia, "Hipermercados. Estacionamiento de vehículos en playa y responsabilidad sobreviniente", La Ley 1998-E, 393 y sgtes., en particular, pág. 394 y sgtes.).

Por su parte, Bueres y Sozzo sostienen que el contrato de playa de estacionamiento cuando es conexo con el de compraventa de consumo, realizada a través del sistema contractual de shopping o en un hipermercado, es un contrato de servicio y no se trata de un garaje al que resulten aplicables las reglas del depósito; esta circunstancia obliga a construir líneas argumentales alternativas para justificar la existencia de una obligación de custodia anexa. La gratuidad del servicio de estacionamiento, la innecesariedad de la obligación de adquirir productos en el hipermercado para que el contrato se realice y la ausencia de controles de ingreso y egreso refuerzan la idea de la ausencia de un contrato. Desde la perspectiva propuesta por los autores, la línea argumental que marca la responsabilidad del hipermercado o shopping cambia según que el consumidor haya contratado o no con el hipermercado o shopping. Si no ha realizado ningún contrato, se trata de una situación precontractual o si se quiere de una relación de consumo que se ha causado en un hecho jurídico como la publicidad de la comodidad del estacionamiento o por entender que existe una oferta compleja integrada también por el estacionamiento; así, la oferta genera confianza, la oferta es la apariencia y la aceptación es la confianza en dicha apariencia. En cambio, si existió un contrato con el hipermercado, existe un contrato de consumo que causa una relación de consumo a tenor de lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional, siéndole aplicable el microsistema de responsabilidad por daños (Art. 40, ley 24.240). (BUERES, Alberto – SOZZO, Gonzalo, "La responsabilidad por robo de vehículos en playas de estacionamiento según la jurisprudencia (Especial referencia al estacionamiento en shopping o hipercentros)", DPyC-Contratos de servicios II, Rubinzal Culzoni Sta Fe, 2005, Rev. Nº 2, pág. 421 y sgtes.).

Sea cual sea el encuadre de la relación en análisis, no cabe duda alguna de que los shopping centers y/o supermercados asumen, con motivo de su deber de custodia, guarda y restitución de los rodados estacionados en la playa de estacionamiento, una obligación de resultado, ya que dichas empresas comerciales se comprometen, aunque pretendan desconocer su compromiso con cláusulas de exoneración de la responsabilidad, a custodiar con éxito el vehículo y a restituir efectivamente ese mismo e idéntico rodado. De manera tal que, si no se restituye el automóvil o se lo restituye deteriorado, no han cumplido con éxito la obligación asumida, y por tanto, se deriva sin más el incumplimiento. Se trata del deber de restituir una cosa -obligación de dar-, y por tanto, la obligación es de resultado, y no es de medios; por ello, la cosa objeto mediato de la obligación -a la vez que inmediato real o sustantivo del contrato-, debe ser entregada o reintegrada al acreedor -en el caso, quien antecedentemente había estacionado el automóvil-, no verificado lo cual es procedente la acción indemnizatoria. La potencial exención de responsabilidad solo podrá venir de la mano del quiebre del nexo causal; tal es el caso de la eximente de la fuerza mayor extraña a su ámbito o el hecho de un tercero por quien no debe responder o el hecho del acreedor, es decir, la causa ajena.

En definitiva, los hipermercados y "shopping centers" son responsables por los daños y perjuicios sufridos por el vehículo durante el tiempo que está bajo su guarda, salvo que pruebe un eximente de fuerza mayor. En otras palabras: si el automóvil ha desaparecido o sufrido daños, aquellos responden; a menos que prueben la eximente referenciada, y sin que competa al dueño del vehículo la prueba de la culpa en el

proceder de los mencionados centros comerciales o de sus dependientes. (BORETTO, Mauricio, "Responsabilidad empresaria: shopping centers y supermercados. Estacionamiento gratuito. Cláusulas exonerativas de la responsabilidad: ineficacia", LLGran Cuyo 2001, 385).

b. Que la sentencia de grado califica como consumidora directa a la Sra. Sosa en tanto habría realizado una compra en la tienda VER ubicada dentro del centro comercial individualizando una relación de consumo (no obstante que reconoce trabajar en el local VIA UNO emplazado en el establecimiento demandado), en tanto que la actora, Sra. Rodríguez, madre de aquella, propietaria del vehículo, es considerada como una consumidora equiparada, fáctica o material. No se encuentra discutido que la Sra. Sosa trabajaba en un local VIA UNO dentro del establecimiento de la parte demandada.

Siguiendo a Chamatrópulos, se recuerda que para la doctrina mayoritaria el concepto de consumidor o usuario material o fáctico o indirecto incluye a aquel que emplea o disfruta de bienes o servicios de manera simple, sin ser parte de un contrato de consumo; que haría referencia, por ejemplo, a los miembros del grupo familiar o social del consumidor directo los cuales, no obstante, no haber contratado, han consumido o utilizado el bien o servicio como destinatarios finales. Sería el caso de aquella persona que ha sido invitada a comer por un amigo a un restaurante, encargándose este último del pago de la cuenta de la mesa. Aquel sujeto consume, pero no contrata. Dentro de la definición legal se los puede ubicar cuando la Ley 24.240 expresa "queda equiparado al consumidor...". Pareciera que la norma estima que no revisten estrictu sensu el carácter de consumidores, pero, sin embargo, por la íntima conexión de ellos con los consumidores directos, ha decidido otorgarles similar protección. Dentro de este supuesto entrarían también, aquellas personas que pueden resultar terceros beneficiarios de las prestaciones previstas en un contrato de consumo celebrado por otros sujetos y que cuentan con acciones judiciales para reclamar el cumplimiento de los derechos establecidos a su favor.

Señala el autor que vengo glosando que la división entre consumidores directos e indirectos o materiales luce como artificial, no reflejando de manera adecuada la realidad que se debe normar; además, la división termina, en última instancia, achicando el universo de sujetos que, aunque son fácticamente consumidores de modo indudable, jurídicamente podrían dejar de serlo por el simple hecho de considerar que la relación que los une con los proveedores es accesoria a la de la persona que ha contratado la adquisición o prestación de un bien o servicio. A raíz de esta accesoriedad, si bien no habría problemas para invocar el Estatuto del Consumidor si el sujeto contratante es consumidor, las dificultades se evidenciarían en todas aquellas situaciones en las que ese contratante principal no puede ser considerado un consumidor en los términos del Estatuto consumeril. (CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, "Estatuto del Consumidor Comentado", Buenos Aires, LA LEY, 2.016, Tomo I, pág. 76/78)

En el caso analizado, la Sra. Sosa se desempeñaba en una relación laboral para el local VIA UNO, y en un descanso, según relata en la demanda, habría efectuado una compra en el paseo ubicado en el centro comercial en el local VER; que iba en el vehículo de propiedad de su madre, Sra. Rodríguez, aquí actora, a trabajar al local ubicado dentro de Jumbo Retail Argentina S.A.; de allí deduce que, al haber efectuado esa compra en un descanso de su horario de trabajo, se habría convertido en consumidora directa, siendo su madre, la aquí accionante, una consumidora indirecta, material o fáctica a los términos del art. 2 párrafo 2° de la Ley 24.240. Así, el juez de grado estima que la demandada no tiene razón al sostener que no se está en presencia de una relación de consumo en razón de que la persona autorizada a conducir el automóvil (la hija de la actora) trabajaba en un local del centro comercial demandado, y fue esa la razón por la cual estacionó en el centro comercial y no una intención de consumir; que para el magistrado, dicho argumento no puede prosperar desde que ha quedado acreditado en autos que la hija de la actora realizó una compra en otro local comercial perteneciente al mismo centro comercial, una vez que finalizó su jornada laboral y que ello surge de la declaración testimonial de la Sra. L. E. G., quien trabajó en el local comercial "Ver" que se ubica dentro del centro comercial, para la época en que ocurrió el siniestro; que esta afirma que era cajera y que la hija de la actora solía ir a comprar, y que recuerda que en febrero de 2.018 realizó una compra y luego de un tiempo volvió con un oficio requiriendo el ticket de la misma y ello se condice con el oficio informado a fojas 179, el cual se condice con la fecha y hora del hecho denunciado.

c. Que en Mendoza la ley Provincial N° 7.492 fue sancionada el 08 de febrero de 2006, publicada en el Boletín Oficial el día 17/03/2006; así, el art. 1 dispone: "Establécese la obligación de emitir ticket o comprobante de ingreso por parte del administrador de las playas de estacionamiento, a todo vehículo que haga uso de las respectivas instalaciones", en tanto que, según el art. 2°, "quedan incluidos en lo dispuesto en el Artículo 1: a) Los establecimientos que presten servicios de estacionamiento de vehículos automotores, ya sea por hora o por la modalidad de estadía. b) Las playas de estacionamiento gratuito, pertenecientes a supermercados o hipercentros de compras. El art. 3° prescribe que "el responsable del estacionamiento

deberá, en el ticket o comprobante, insertar en forma mecánica, magnética, manual, o mediante el uso de computadoras y/u otros sistemas similares, el ingreso y egreso del vehículo, con el dato del dominio y del titular o poseedor del mismo". Conforme al art. 4°, "en caso de pérdida del ticket o talón de estacionamiento por parte del usuario del servicio, el propietario del estacionamiento está obligado a consultar sus registros para determinar de manera fehaciente la titularidad del mismo, como así también el tiempo transcurrido desde el comienzo del uso del servicio, a los efectos de hacer efectivo el cobro por tal concepto, no pudiendo obligar al usuario a abonar una suma mayor".

En función del art. 5°, "el tenedor del comprobante o ticket deberá, al momento de retirar el vehículo, acreditar su identidad a través de cualquier medio fehaciente, a los efectos de confrontar los datos con los que cuenta el titular del estacionamiento. En caso de existir dudas o imposibilidad de acreditar identidad o titularidad del vehículo, el responsable del estacionamiento no deberá entregarlo, dando el correspondiente aviso a la fuerza policial". Por último, el art. 6° establece que "la Dirección de Fiscalización y Control será el órgano de aplicación, debiendo la reglamentación determinar las multas a aplicarse en caso de incumplimiento de la presente Ley". (Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 18/11/2008, "Sanzone, Roberto Gabriel y ots. c. Gobierno de la Provincia de Mendoza", LLGran Cuyo 2009 (febrero), 62)

d. Sentadas estas consideraciones generales, y aún cuando no se considere que la Sra. Rodríguez es una consumidora equiparada o fáctica, la solución del caso sería, por otros andariveles jurídicos, semejante; así, destaco que, al momento de resolver el presente caso, se encuentra en plena vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, establecido por Ley N° 26.994 promulgada según Decreto 1795/2014 y publicado en el Boletín Oficial N° 32.985 del 8-10-2014; con la modificación introducida por la Ley N° 27.077 que dispuso su entrada en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015. Habiéndose producido el hecho que motiva los presentes el día 23 de febrero del 2018, el mismo debe ser analizado bajo la luz del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin perjuicio de algunas precisiones ya realizadas, en el esquema del Código Civil y Comercial de la Nación, el art. 1.368 define el depósito necesario: "Es depósito necesario aquel en que el depositante no puede elegir la persona del depositario por un acontecimiento que lo somete a una necesidad imperiosa, y el de los efectos introducidos en los hoteles por los viajeros"; regula una responsabilidad objetiva en cabeza del depositario, y en lo que aquí interesa, siguiendo el criterio de la doctrina, el art. 1375 determina los establecimientos y locales asimilables, en estos términos: "Las normas de esta Sección se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares que prestan sus servicios a título oneroso. La eximente prevista en la última frase del artículo 1371 no rige para los garajes, lugares y playas de estacionamiento que prestan sus servicios a título oneroso".

El art 1375 extiende el ámbito de aplicación del régimen de la responsabilidad del contrato de depósito necesario a todo establecimiento que preste sus servicios a título oneroso. Hay que aclarar que los establecimientos comprendidos en esta norma son aquellos en los que el depósito necesario es anexo a la actividad principal de los mismos. Los casos son similares al depósito necesario en los hoteles. Es decir que el depósito de efectos personales de huéspedes, pacientes internados en hospitales y sanatorios, clientes o socios de las casas de salud y deporte, comensales, usuarios de vehículos y personas que concurren a otros establecimientos similares no constituye el negocio al que se dedican a título oneroso los establecimientos mencionados. Por lo tanto, es indiferente que el depósito necesario lo sea a título gratuito, ya que generalmente este tipo de establecimientos tienen espacios dedicados a la guarda y custodia de los efectos personales y los ofrecen gratuitamente a modo de cortesía con sus clientes. A toda esta clase de establecimientos, cuya mención en la norma lo es a título enunciativo, se extiende el régimen de la responsabilidad vigente para el contrato de depósito necesario. (LOMBARDI, Graciela, Comentario al art. 1.375, en HERRERA, Marisa – CARAMELO, Gustavo – PICASSO, Sebastián, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Buenos Aires, Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2.015, Tomo IV, pág. 95; ALOU, Stella Maris, "Contrato de depósito en el Código Civil y Comercial", en Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 183; VINTI, Ángela M., "El contrato de depósito en el Código Civil y Comercial (con especial referencia a la responsabilidad del hotelero)", LLC 2015 (junio), 476)

e. Que, en el presente caso, se recuerda que el Código Civil y Comercial establece como pauta de interpretación e integración de los contratos el "principio de buena fe" el cual conforme el art. 9 establece que los derechos deben ser ejercidos de buena fe; ello desde la etapa de tratativas precontractuales hasta la extinción del vínculo, de acuerdo al art. 961 de dicho cuerpo normativo. En efecto dicho precepto es utilizado en materia de interpretación, integración y además es fuente de deberes secundarios de conducta,

siendo tales los deberes secundarios a modo de ejemplo el de información, custodia, colaboración, seguridad, etc.

El alcance de la buena fe obliga al deudor no solo cumplir las prestaciones expresamente asumidas en el contrato sino también a observar los deberes de conducta que exceden del propio y estricto deber de prestación, pero que encuentran su justificación en la estructura misma de la relación contractual en todas sus fases y con la reforma extiende su aplicación no solo a lo que está formalmente expresado sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ello (en los contratos) y para ello se crea el paradigma del contratante cuidadoso y previsor. Fácilmente se puede concluir en que se está ante una contratación de servicios, dentro de la cual se incluyó el estacionamiento del automotor de la hija de la parte actora en un espacio ofrecido por la empresa demandada; lo que trae como deber accesorio o secundario la obligación de seguridad asumida por la empresa demandada. (Cuarta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza, autos N° 54.675/011.851 3.620 caratulados "Ojeda, Carolina C/Wall Mart Argentina S.R.L. P/Daños y perjuicios", de fecha 03/05/2021)

f. Que, determinado el encuadre del caso en las normas que se estiman aplicables, lo cierto es que la demandada asume una obligación o deber respecto del cuidado y la seguridad respecto de los bienes, incluso, de sus propios dependientes (o de los locales que forman parte del centro comercial) que estacionen en la playa del establecimiento; en este aspecto, no se trata de ofrecerles simplemente un espacio a fin de proporcionarles un servicio adicional, sino que se trata de deberes exigibles a la parte demandada, incluso por sus propios empleados que utilizan las instalaciones referidas.

Aquí, es la Sra. Carmen Natalia Sosa quien trabajaba en un local comercial dentro de Jumbo Retail Argentina; el automotor pertenecía a su madre, la Sra. Adriana Margarita Rodríguez, que perfectamente se encuentra legitimada activamente desde el punto de vista sustancial. Sin necesidad de ingresar en la cuestión de si es o no consumidora la Sra. Sosa (quien dice que, si bien trabajaba en un local VIA UNO, en un momento de descanso realizó una compra en el local VER, dentro del mismo hipercentro de consumo), y si la Sra. Rodríguez reviste calidad de consumidora equiparada, fáctica o indirecta (en tanto sin ser parte de la relación de consumo utiliza el bien o servicio para destino final, propio, o de su grupo familiar o social), lo cierto es que se le puede exigir a quien ofrece estacionamiento a consumidores y a empleados de los distintos locales que desarrollan su actividad dentro del complejo comercial, se observa la clara presencia de una obligación de seguridad respecto de la persona y los bienes de quienes allí concurran, en cualquiera de las calidades invocadas. Y justamente, es ese incumplimiento el que puede invocar la titular del automotor, Sra. Adriana Margarita Rodríguez, para formular su planteo resarcitorio contra Jumbo Retail Argentina S.A., pues a partir de ese incumplimiento se produce el daño cuya reparación aquí reclama, permitiendo plantear su reclamo de naturaleza extracontractual.

En este orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha sostenido que "la propietaria de un automotor, hurtado de una playa de estacionamiento, está legitimada para reclamar extracontractualmente el daño derivado de ese hurto , aunque no sea ella quien ha contratado con el propietario del garaje, porque, a veces, el incumplimiento del contrato configura una culpa delictual frente a un tercero que no es parte del contrato y que, iniciando la acción por responsabilidad extracontractual, puede probar la culpa del autor del ilícito a través de la prueba del incumplimiento contractual. En el caso, la actora ha podido valerse del contrato suscripto por otra persona, invocándolo como un hecho, para acreditar la culpa del propietario del garaje, cometida a través de su dependiente, que dejó salir el vehículo conducido por una persona que no conocía y que no era la que lo había dejado bajo su guarda", (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, expte. N° 84.829, "Giacomo, Claudia en J° 159.405/29.242 Giácomo, Claudia c/Schmulevich, Alberto Gabriel P/D. y P. S/Inc. Cas.", 12/10/2.006, LS 370 – 219)

La circunstancia que remarca la apelante en su escrito recursivo de que la Sra. Carmen Natalia Sosa se encontraba en Jumbo en cumplimiento de tareas laborales no es decisivo para la solución del caso, tal como vengo exponiendo. Remarco que el carácter de empleada de la Sra. Sosa de uno de los locales emplazados en el establecimiento comercial demandado desplaza la situación de potencial cliente de la tienda o establecimiento.

En la jurisprudencia, se ha entendido que el estacionamiento del automóvil del empleado en la playa de estacionamiento de su empleador, no puede considerarse un contrato atípico o innominado, accesorio a las posibles compraventas que pueda efectuar en el supermercado demandado. En rigor, la prestación de estacionamiento debe ser analizada desde la óptica del derecho laboral. En efecto, según esta perspectiva, el salario puede ser satisfecho en dinero o en especie, habitación, alimentos o mediante la oportunidad de obtener beneficios o ganancias, que se denominan prestaciones complementarias e integran el salario del trabajador, siempre y cuando revistan el carácter de habituales y no se hallaren prohibidas (Arts. 105 y

113, ley 20.744). Por consiguiente, en el caso, el estacionamiento gratuito brindado por la demandada a su empleado, aunque no haya estado previsto en el contrato laboral debe considerarse como un beneficio o prestación complementaria que integró la remuneración del actor, en el marco de la relación laboral que lo unía con la demandada. Por lo tanto, la obligación de guarda y seguridad derivada del estacionamiento gratuito facilitado al empleado también resulta de origen contractual. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 18/11/2003, "La República Compañía Argentina de Seg. Grales. c. Supermercados Mayoristas Makro S.A.", DJ 2004 – 2, 45)

Los agravios que vierte la apelante son insuficientes para modificar la sentencia apelada desde el punto de vista normativo que se ha presentado; menor tratamiento merece el argumento relativo a la falta de prueba del hecho que simplemente desliza en su escrito recursivo, quedándose a mitad de camino (Art. 137 del C.P.C.C. y T.), en tanto no critica en forma razonada los pilares sobre los que asienta su argumentación el juzgador de primera instancia.

VII.- En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido a fojas 236/237, debiendo confirmarse en todas sus partes la sentencia de fojas 216/227.

Así voto.

Sobre la primera cuestión, los doctores *Ferrer* y *Ábalos* adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

2ª cuestión. — El doctor *Leiva* dijo:

Las costas deben imponerse a la parte recurrente vencida. (arts. 35 y 36 del C.P.C.).

Así voto.

Sobre la segunda cuestión, los doctores *Ferrer* y *Ábalos* adhieren al voto precedente.

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:

1° Rechazar el recurso de apelación deducido a fojas 236/237 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fojas 216/227.

2° Imponer las costas de alzada a la parte recurrente que resulta vencida (Arts. 35 y 36 del C.P.C.).

3° Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en la presente instancia de la siguiente manera: a las Dras. Valeria Asencia en la suma de Pesos seis mil setecientos treinta y uno ($6.731), María Florencia Rodríguez en la suma de Pesos once mil doscientos dieciocho ($11.218), Ángeles Costarelli en la suma de Pesos once mil doscientos dieciocho ($11.218), Cinthia Narvaez en la suma de Pesos cuatro mil setecientos once ($4.711) y Romina Rusafa Bernardi en la suma de Pesos quince mil setecientos cinco ($15.705)(Art. 15 y 31 L.A.9131) Los honorarios regulados son sin perjuicio de los complementarios que correspondan, dejando expresamente establecido que al momento de practicarse liquidación deberá adicionarse el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.) a los profesionales que acrediten la calidad de responsables inscriptos.

Cópiese, regístrese, notifíquese y bajen. — *Claudio F. Leiva. — Claudio A. Ferrer. — María S. Ábalos.*

RESPONSABILIDAD DE LA MUNICIPALIDAD

Existencia de una anomalía en el cordón de la vereda. Mujer que cae en un hueco. Acreditación del hecho. Relación de causalidad.

1. — Se debe confirmar la sentencia que condenó a la municipalidad por los daños ocasionados por causa de un bien de dominio público que se encontraba bajo su jurisdicción y además le competía el mantenimiento genérico de todo cuanto sea seguridad dentro de su jurisdicción, pues se encuentra acreditado que había un hueco en el cordón que ocasiono el accidente. Por tanto, toda la prueba rendida avalaba la peligrosidad potencial que existía en el cordón de la vereda de la plaza Independencia, entonces habiendo la actora probado que su caída se produjo debido a tal circunstancia, no resulta ilógica la conclusión del sentenciante en cuanto consideró que existía responsabilidad del dueño o guardián tal como expuso la sentencia en crisis.

2. — En el supuesto de cosas inertes, la probabilidad de intervención causal de la cosa es menor que si se tratase de cosas en movimiento. Pero cuando la víctima acredita —tal como sucedió en autos— la existencia de una posición anormal de la cosa y la relación de causalidad entre la cosa y el daño, es el propietario o guardián

quien debe acreditar la eximente para liberarse; lo que no sucedió en la especie.

3. — Dado que la municipalidad era dueña o guardiana de dicho bien público —argumento no impugnado por la demandada—, entiendo que no resulta irrazonable la afirmación de que la causa adecuada del daño fue la posición anormal de la cosa y además el deber que pesaba por parte de la comuna demandada en cuanto dueña o guardiana del bien sumado al deber de seguridad que debía garantizar.

C2aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 31/05/2021. – Villanueva, Teresita del Carmen c. Municipalidad de la Capital de Mendoza s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/64058/2021]

COSTAS

Se imponen a la comuna vencida.

CUIJ Nº 13-04360017-0(55013)

Mendoza, 31 de mayo de 2021.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 160 de la Constitución de la Provincia, planteándose las siguientes cuestiones a resolver:

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? En su caso ¿qué solución corresponde?

2ª Costas.

1ª cuestión. — La doctora *Carabajal Molina* dijo:

I. Se alza a fs. 194 la Municipalidad de Ciudad de Mendoza contra la sentencia de fecha 21/10/20 obrante a fs. 181/87.

La resolución impugnada dispuso admitir la demanda por daños y perjuicios interpuesta por la Sra. Teresita del Carmen Villanueva contra la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza. Asimismo impuso costas y practicó la regulación de honorarios.

II. Plataforma fáctica

Los hechos más relevantes para la resolución del recurso en trato son los siguientes:

1) A fs 37/41 compareció la Sra. Teresita Del Carmen Villanueva, por su propio derecho e interpuso demanda por daños y perjuicios en contra de la Municipalidad de la Ciudad De Mendoza por la suma de $ 361.086,34 o lo que en más o menos resulte, más intereses y costas.

Sustentó su pretensión indemnizatoria en las siguientes circunstancias:

- Que el día 29/06/16 se encontraba entre calles Rivadavia y Espejo, sobre la vereda de la Plaza Independencia esperando el ómnibus en la parada donde se tomaba el micro de la línea 100, cuando se aproximó caminando para tomarlo y cayó a un pozo, quedando con la pierna inmovilizada. En efecto, en el cordón sobre la línea amarilla había un pozo de casi medio metro entre el cordón y la rejilla. Agrega que como consecuencia de haber introducido el pie en el pozo se calló al piso golpeándose el hombro izquierdo, luego por el dolor se desmayó. Ante esa situación fue asistida por personas que se encontraban en el lugar, incluso el chofer del colectivo; los que llamaron al 911 siendo llevada a la Clínica de Cuyo. Añadió que como consecuencia del evento sufrió fractura de hombro izquierdo a nivel de humero y comprometido un 15% de la superficie articular.

- Que existía responsabilidad de la Comuna.

Asimismo reclamó los siguientes rubros: a) Incapacidad sobreviniente por la suma de $ 288.488,34, en base a las lesiones con que quedó, que determinan una incapacidad del 38 % afirmando que tenía 65 años al momento del evento, percibía un salario base de $ 7.800, b) Gastos médicos y de traslado por la suma de $ 15.000, c) Tratamiento psicológico por la suma de $ 56.000, en base a dos sesiones por mes durante doce meses con un costo de $ 600 por sesión.

Ofreció pruebas y fundó en derecho su pretensión.

2) Corrido el traslado de la demanda, a fs. 50/54 compareció la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, contestó demanda solicitando su rechazo, con costas.

Negó todos los hechos que servían de fundamento a la demanda, luego en concreto manifestó que si en verdad sucedió el hecho era por culpa de la actora que corrió a tomar el colectivo por un lugar no apto para transitar.

Además acotó que del propio certificado de discapacidad acompañado en la demanda surgía que la actora tenía antes del hecho incapacidades tanto físicas, como síquicas.

Sostuvo que eras la accionante debía demostrar los presupuestos de la responsabilidad.

Asimismo cuestionó e impugna los montos reclamados.

Ofreció pruebas.

3) A fs. 61/64 compareció Fiscalía de Estado, contestó demanda y solicitó el rechazo con costas.

Sostuvo en particular que a la fecha del hecho ya estaba vigente y era aplicable para el mismo el nuevo C.C.C., el cual no reguló la responsabilidad del Estado (arts. 1764 y 1765 de dicho ordenamiento, por lo que por analogía debería aplicarse la Ley de Responsabilidad del Estado vigente a nivel nacional 26. 944 o la Ley posterior dictada para la Provincia de Mendoza 8.968.

En cuanto a la contestación en sí asevera que es a cargo de la actora probar el ilícito y su relación de causalidad. Luego impugna los rubros reclamados.

4) A fs. 75/76 contestó la actora a la Municipalidad y de la Fiscalía, negando lo afirmado y ratificó lo expuesto en la demanda.

5) A fs. 81/82 se tomó la audiencia preliminar, en la que se admitieron las pruebas ofrecidas por las partes, las que son diligenciadas por las mismas en la medida de su interés.

6) A fs. 138 obraba constancia de la realización de la audiencia final.

7) Luego de sustanciada la causa, el juez a quo admitió la demanda con fecha 21/10/20 (fs. 181/87).

En lo que aquí nos ocupa, la atribución de responsabilidad y la normativa aplicable, argumentó de que la siguiente manera:

- Que si bien era cierto que teniendo en cuenta la fecha en que aconteció el hecho que daba lugar a la demanda había sucedido el día 29/06/16; es decir, existía un vacío legislativo. En efecto el C.C.C. que entró en vigencia el 1/08/15 en sus arts. 1764 y 1765 dejó afuera de su órbita de aplicación la responsabilidad del Estado; sin embargo, la Ley 26.944 que rige la materia a nivel Nacional dejó abierta a la Provincias la posibilidad de adherir o no a la misma, lo que Mendoza no hizo dictando recién el 11/05/17 la Ley 8968 que regía su responsabilidad patrimonial.

- Que lo dicho no implicaba que la Municipalidad no fuera responsable por aplicación de principios generales del derecho y según la jurisprudencia que en este caso aplicó el C.C. y C.. Por ello no correspondía aplicar ni la Ley Nacional a la que Provincia no adhirió (26.944), ni mucho menos una ley provincial que no había entrado en vigencia (8.968) cuando se produjo el accidente.

- Que no cabía duda que las plazas constituían un bien de dominio público atento a lo expresamente previsto por el nuevo art. 235 inc. f) del C.C.C.N. que determinaba que eran bienes del dominio público "las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común".

- Que además existía un deber de seguridad que pesaba sobre las Municipalidades conforme lo expuso la jurisprudencia de la Primera Cámara Civil y Comercial en los autos "Gubiotti. Allí se dijo "Que ante el vacío legal determinar que el caso deba dilucidarse por la norma más análoga, y cita también el art. 40 de la Constitución Provincial que reconocía la responsabilidad el Estado, funcionarios y empleados por los daños que ocasionen. En tales condiciones, asiste razón al apelante en cuanto sostiene la aplicación al caso del nuevo art. 1758 del C.C.C.N., que regula la responsabilidad concurrente del dueño o guardián, por el daño causado por las cosas. Conceptualiza el mentado artículo como guardián "a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella". "A la luz del código velezano, de los arts. 200 y 209 de la Constitución de la Mendoza, en conjunción con lo dispuesto por los arts. 71 inc. 9, 72, 75, 78 y 79 de la Ley Orgánica de Municipalidades n° 1079), por tratarse de un hecho ocurrido durante su vigencia, este Tribunal confirmó recientemente la imputación de responsabilidad por daños provocados por un árbol sito en espacios públicos, aun cuando pudiese sostenerse que era de propiedad de la Dirección Provincial de Vialidad y que este organismo tenía su conservación y cuidado, dado que se reconoció que, al momento en que el hecho lesivo ocurrió, "existía un poder concurrente de la autoridad municipal con el restante organismo mencionado, en orden a preservar la seguridad de los ciudadanos que transitaban por el carril...". No cabe dudas que un cordón roto en una plaza se transforma en una cosa riesgosa y obra de manera activa, por lo que la Municipalidad en que se encuentre debe responder a la luz de los arts. 1757 y 1758 del C.C.C. ya que es su deber mantenerlos en buen estado además de ser propietaria del mismo. Por ello correspondía aplicar lo resuelto por la Cámara en cuanto estableció que la demanda interpuesta contra un municipio por los daños causados por la caída de un árbol debe dilucidarse a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 7, ley 26.994), si el hecho ocurre luego de su entrada en vigor, lo que torna de aplicación lo dispuesto por el art. 1765 que reenvía a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (7 del CCCN). Dentro de tal orden normativo, la provincia no adhirió a Ley de Responsabilidad del Estado Nacional ley 26.994 (art. 11), y tampoco puede aplicarse la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado provincial, si el evento dañoso ocurre con anterioridad a su entrada en vigencia. El vacío legal determina que el caso deba dilucidarse por la nor-

ma más análoga. En tales condiciones, cabe la aplicación del art. 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación, que regula la responsabilidad concurrente del dueño o guardián, por el daño causado por las cosas, conceptualizando como guardián "a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella". Esta es la situación del Municipio accionado ya que, aun en el supuesto de delegación a un tercero de la guarda del arbolado (no es el caso de una plaza) perteneciente a su éjida territorial, ambos sujetos son responsables concurrentes de los daños provocados" (Cámara Civil Primera, Expte.: 54665, "HERRERIA MARIA ROSA P/ SI Y P. S.H.M. C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN P/ D. Y P." 13/08/2019, LS207-204).

- Que en el caso de autos con las testimoniales prestadas en la causa podía tenerse por acreditado que el hecho que da motivo a estos autos ocurrió tal como se relató en la demanda y también el daño estaba causalmente unido con el suceso. En efecto, todos coincidían en que para subir al micro se cayó pues no había cordón sino que había un pozo y que ello era potencialmente riesgoso.

- Que habiendo quedado demostrado que la actora sufrió un accidente y que el mismo tuvo una relación directa con la rotura del cordón ubicado en la parada de ómnibus de la línea 100. Por lo que correspondía atribuir responsabilidad de la Municipalidad por omisión, dado su deber de mantener en buen estado las plazas y cordones de las acequias, además hay una relación de causalidad entre el hecho y el daño sufrido por la actora, el cual analizaré en el párrafo siguiente.

III. Los agravios de la parte apelante y su contestación

1) Se alza la Comuna demandada a fs. 194 y expresa agravios conforme al memorial obrante a fs. 204/06 el que puede ser sintetizado de la siguiente manera:

- Que el fallo ha errado en el análisis del derecho aplicable pues reconoce que en el caso concreto existe un vacío legislativo y la normativa, el art. 1 de la ley 9001 y el art. 1 del Código Civil y Comercial son claros al respecto ya que el juez debía rechazar la demanda al fallar conforme la ley.

- Que ha existido una insuficiencia probatoria en el caso y debió apreciarse la prueba conforme lo dispuesto por el art. 199 de la ley 9001.

- Que la sentencia ha valorado la prueba en forma imprecisa y no puede afirmar la existencia del supuesto pozo sino que el accidente se produjo porque la actora fue negligente.

- Que no existen pruebas de que la actora haya tropezado.

2) Corrido el traslado de ley, contesta la parte actora a fs. 211/14 y propicia el rechazo del recurso.

A fs. 217 compareció Fiscalía de Estado y expuso que se iba a limitar al control de legalidad.

IV. Solución del caso

Previo al análisis de los agravios planteados, corresponde señalar - reiterando jurisprudencia de este Tribunal- que el ámbito de conocimiento de los Tribunales de Alzada, se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones propuestas a la decisión del Juez Inferior pues la segunda instancia no importa un nuevo juicio que posibilite al órgano "ad quem", la consideración de nuevas pretensiones u oposiciones ajenas a la propuestas al tratarse la litis contestatio. (L.S. 94-213; L.S. 95-33 entre otros). Pero esta limitación también se extiende a lo que el apelante haya querido imponerle en el recurso a través de la expresión de agravios, lo que señala el marco de competencia de esta instancia. Transponiendo el valladar que significa tales limitaciones, resolviendo cuestiones que han quedado firmes, se causa agravio a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y de la propiedad." (L.S. 82-119; L.S. 72-347; L.S. 96-365; L.S. 96-424; L.S. 96-430, L.A. 90-414 entre otros).

Ello implica que en el caso, solo corresponde revisar lo que ha sido motivo de agravio por la Municipalidad en cuanto a la valoración de la prueba y la existencia del hecho generador como asimismo la normativa aplicable a los fines de atribuir la responsabilidad.

Del análisis de los agravios en particular se advierte:

(i) El yerro incurrido en la valoración de la prueba y la existencia del accidente:

La apelante afirma que el fallo ha errado en el análisis de la existencia del evento y que la valoración no coincide con lo dispuesto por el art. 199 del C.P.C. y T. de la Provincia de Mendoza. Además refiere que ha existido una insuficiencia probatoria en el caso y que la sentencia ha valorado la prueba en forma imprecisa ya que no puede afirmar la existencia del supuesto pozo sino que el accidente se produjo porque la actora fue negligente.

Asimismo puntualiza que la negligencia de la actora fue la que provocó el accidente.

Estos agravios deben ser rechazados. Explicaré por qué:

Cabe precisar que toda pretensión indemnizatoria supone acreditar una vinculación fáctica entre la situación dañosa invocada y el sindicado responsable. Al respecto, en cuanto a la conexión causal que debe mediar entre el riesgo y el daño causado, la doctrina ha señalado (vigente el Código Velezano) que: "En el supuesto del art. 1113 del Código Civil, tanto la culpa de la víctima como la de un tercero por quien no se debe responder, apuntan a destruir la necesaria conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. Cuando ellas se configuran, resulta evidente que no se puede mantener la presunción de responsabilidad, por cuanto el daño no ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sino por la propia conducta (culpable o no) de la víctima, o por un tercero extraño, o por un caso fortuito. La falta de relación causal destruye el presupuesto de la autoría y provoca la ausencia total o parcial, de responsabilidad. Si este es el sentido de esas eximentes, parece innecesario destacar que el centro de la cuestión anida en la relación de causalidad. Y que desde este punto de vista, especialmente dentro de un contexto de causalidad adecuada, tanto el hecho culpable de la víctima como el no culpable deben asumir idénticas consecuencias. La saludable intención de proteger a la víctima no puede llevar a atribuir las consecuencias dañosas a quien no es autor del menoscabo"... (Ramón Pizarro, Causalidad Adecuada y Factores Extraños, en -Derechos de Daños- Primera Parte).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia Provincial ha sostenido que se trata de una responsabilidad objetiva, por ello, lo que libera es la prueba de que hay un hecho ajeno que ha interrumpido el nexo causal y no la simple prueba de que el guardián actuó diligentemente (L.S. 238-164; 262-429; L.S. 419-49 entre otros).

Si bien es cierto que la propia conducta del damnificado se puede convertir frecuentemente en causa exclusiva o concausa del daño. En efecto, el hecho de la víctima puede haber sido la causa adecuada de la producción del daño, lo que provoca la eximición de responsabilidad por parte del demandado. Este aspecto, ha sido resaltado en varios precedentes por nuestro Superior Tribunal Provincial estando vigente el Código de Vélez, adoptando similar criterio a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación:

- En L.S. 328-176 se dijo: "El hecho de la víctima, culpable o no culpable, puede ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño, a los fines de destruir la conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño. En consecuencia, las eximentes de responsabilidad deben encuadrarse en el contexto de la causalidad adecuada".

- En L.S. 330-41 se expuso: "La liberación del dueño o guardián puede ser total o parcial. La primera se producirá cuando se acredite que la conducta de la víctima ha sido exclusiva causa del daño. La parcial, en cambio, operará ante la causalidad concurrente que la jurisprudencia extrae de la mayoría de los casos de la concurrencia de culpa, es decir, que resulta aplicable cuando ambas culpas autónomamente influyeron en la producción del daño. Es decir, que el hecho de la víctima, puede llegar a ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño, en razón de la eficiencia para destruir la conexión causal que debe mediar entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño".

En la especie, la queja de la Comuna se centra en que el decisorio en forma irrazonable ha valorado la prueba contrario a la sana crítica en cuanto a la ocurrencia del accidente pero omite explicitar de qué manera se incurrió en el mentado yerro frente a la contundencia de la prueba en cuanto a la existencia del hecho generador en sí mismo.

En efecto, de la lectura de la pieza recursiva se advierte que toda la estrategia de impugnación se centra en la falta de consideración de la conducta de la actora pero no se hace cargo de las fundadas razones por las cuales el sentenciante consideró acreditado tanto el evento dañoso como la causalidad adecuada que correspondía.

De un análisis detenido de la sentencia en crisis, y de las pruebas tenidas en cuenta por el juez *a quo* (especialmente las testimoniales) estimo que el decisorio resulta acertado.

Cabe precisar que el punto de partida de la sentencia fue la valoración de la prueba testimonial rendida. En efecto, los testigos Sres. A., F. y R. coincidían con el relato efectuado por la actora en cuanto al suceso acontecido como también que le dieron sus datos al momento del hecho; también concuerdan con el lugar en que se produjo el accidente (plaza Independencia, por calle Patricias, parada del colectivo N° 100), la existencia de una anomalía en el cordón de la vereda (faltante de hormigón, existencia de un pozo o hueco por el que se podía ver la acequia) y las circunstancias en que se produjo el suceso (la actora cayó cuando trataba de tomar el colectivo en la parada de la línea 100). Además tales dichos resultan corroborados por las fotografías obrantes a fs. 5/11 de las que surge la existencia del hueco como también que la actora se encontraba tirada en la vereda con posterioridad al evento; prueba no impugnada.

Sumado a lo anterior, existen elementos convictivos con posterioridad al accidente (ese mismo día) que corroboran que la actora recibió atenciones médicas en razón del evento (ver constancia de atención

en la Clínica de Cuyo ese mismo día, donde efectuó consulta por accidente vial, fs. 16/24). Además también ese día obran constancias a fs.25/26 y a fs. 28/29 de las que se observa que se le hizo una TAC de cerebro y una RX de hombro izquierdo. Asimismo obran diferentes atenciones médicas y estudios efectuados dentro del mes siguiente al accidente, relacionados con las dolencias que eventualmente sufrió con la caída (ver fs. 27/36).

Teniendo en cuenta la perspectiva de análisis y tomando como punto de partida que la Municipalidad era dueña o guardiana de dicho bien público -argumento no impugnado por la demandada, entiendo que no resulta irrazonable la afirmación de que la causa adecuada del daño fue la posición anormal de la cosa y además el deber que pesaba por parte de la Comuna demandada en cuanto dueña o guardiana del bien sumado al deber de seguridad que debía garantizar.

En efecto, el fallo en forma acertada puntualizó que había quedado demostrada la existencia de ese hueco y la potencialidad peligrosa de la cosa como asimismo el daño sufrido por la actora.

Se comparte el fallo por resultar lógico y razonable teniendo en cuenta que el Municipio resulta dueño o guardián de la cosa inerte y, por ende, resultaba responsable en los términos de la norma citada.

Asimismo la decisión adoptada resulta corroborada por la jurisprudencia de la Corte Federal, la que ha dicho "Cuando la víctima ha sufrido daños que imputa al riesgo o vicio de la cosa, a ella incumbe demostrar, cuando se trata de cosas inertes, la posición o el comportamiento anormal de la cosa o su vicio" (CSN 19/11/1991, Fallos 314-1507). En igual sentido, otros tribunales afirman que "En el supuesto de cosas inertes, la probabilidad de intervención causal de la cosa es menor que si se tratase de cosas en movimiento. Las cosas inertes no son causa si no presentan alguna anomalía y dicha calidad de inercia tiene relevancia en el plano de la carga de la prueba. La víctima no tiene que probar la configuración del riesgo de la cosa, bastándole la demostración del daño causado y el con-tacto con la cosa riesgosa; pero cuando se trata de cosas inertes, recaerá sobre la víctima la carga de la prueba del comportamiento o posición anormales de la cosa" (Cám. Nac. Civil, Sala D, 14/8/2000, L.L. 2000-F-702, Doc. Jud. 2001-1-838 y Rev. Responsabilidad civil y seguros, año III, n° 1, 2001 pág. 131; conf. Cám. 4° Civ. y Com. Córdoba, 24/11/2005, Actualidad Jurídica de Córdoba, Enero 206, n° 92 pág. 5943; Cám. 2° Apel. CC Mendoza, 22/12/2005, Actualidad jurídica de Mza., n° 34, 2006, pág. 2176. Asimismo, lo ha sostenido la Suprema Corte de Mendoza en L.S. 389-15; L.S. 455-105 entre otros).

Por otra parte, la demandada se abroquela en que no se ha considerado la culpa de la víctima y la exime planteada. Sin embargo, en el caso, no se ha acompañado elemento convictivo alguno en relación a tal aserto ni tampoco explica sobre qué prueba sustenta sus dichos.

Por lo que la queja, dado el contexto probatorio de la causa ya analizado, se advierte como inadmisible teniendo en consideración la existencia de un hueco en el cordón de la plaza que fue lo que, en definitiva, le provocó el accidente a la actora.

Estimo que desde el punto de vista de la relación de causalidad, en autos no existe hecho de la víctima que permita eximirse a la demandada parcial o totalmente de la responsabilidad que le cabe por evento dañoso.

Por tanto, se impone rechazar el agravio en este aspecto.

(ii) Agravio en torno a la ley aplicable al caso concreto:

La recurrente afirma que el fallo ha errado en el análisis del derecho aplicable pues reconoce que en el caso concreto existe un vacío legislativo en cuanto a la regulación de la responsabilidad del Estado y los arts. 1 de la ley 9001 y 1 del Código Civil y Comercial son claros al respecto por lo que el juez debía rechazar la demanda al fallar conforme la ley.

Esta crítica no puede válidamente sostenerse.

Cabe destacar que el juez a quo en forma totalmente lógica expuso: el hecho se produjo el día 29/06/16, encontrándose vigente el Código Civil y Comercial de la Nación. Además resaltó que nuestra Provincia no se había adherido a la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado y la ley Provincial de Responsabilidad del Estado entró en vigencia con posterioridad.

Por ello, entendió que debía fallar frente a este panorama y en tal sentido consideró--con sano criterio y sobre la base de la jurisprudencia de nuestros Tribunales- que debían aplicarse normas análogas ante el eventual vacío legislativo en cuanto a la responsabilidad del Estado; por ello entendió que correspondía aplicar los arts.1757 y 1758 del C.C.y C. N. que regula la responsabilidad del dueño o guardián por el daño ocasionado por las cosas.

No puede desconocerse que aun cuando al momento del accidente existía un eventual vacío legislativo; el juez de grado debía resolver conforme lo dispuesto por el art. 3 del C.C.y C. N y efectivamente tomar en cuenta los criterios expuestos en los arts. 1 y 2 del C.C.y C. N., contrariamente a lo que expone la

recurrente, quien propicia la irresponsabilidad de la Comuna.

En efecto, el Estado responde con fundamento en el estado de derecho, porque actúa sometido a la Constitución tanto Nacional como Provincial. En tal sentido, el juez a quo acertadamente citó el art. 40 de la Constitución Provincial que reconoce la responsabilidad del Estado, funcionarios y empleados por los daños que ocasionen.

Tal como se expuso precedentemente el fallo impugnado condenó partiendo de la premisa que la atribución de responsabilidad se sustentaba en un factor de atribución de carácter objetivo: dueño o guardián de la cosa. En efecto, la Municipalidad se encontraba obligada a responder por los daños ocasionados por causa de un bien de dominio público que se encontraba bajo su jurisdicción y además le competía a la Comuna el mantenimiento genérico de todo cuanto sea seguridad dentro de su jurisdicción. En efecto, en el supuesto de cosas inertes, la probabilidad de intervención causal de la cosa es menor que si se tratase de cosas en movimiento. Pero cuando la víctima acredita-tal como sucedió en autos- la existencia de una posición anormal de la cosa y la relación de causalidad entre la cosa y el daño, es el propietario o guardián, quien debe acreditar la eximente para liberarse; lo que no sucedió en la especie

Si bien la recurrente pretende criticar -desde su propia perspectiva procesal- tales afirmaciones, lo cierto es que ninguna de ellas logra conmover el núcleo central del razonamiento del sentenciante en cuanto a la atribución de responsabilidad a la Comuna demandada.

El Código Civil y Comercial de la Nación dispone que en el Libro Primero, Parte General, Título III sobre los bienes, Capítulo I llamado "Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva". En efecto, en su sección Primera, clasifica y define los distintos tipos de bienes. Mientras que en su sección Segunda, refiere a los "bienes con relación a las personas", contemplando el art. 235 los bienes pertenecientes al dominio público.

Cabe precisar que las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comunidad común son bienes pertenecientes al dominio público del Estado tal como lo dispone el art. 235 del C. C. y C. N. en su inciso f).

En tal temperamento, el art. 237 del C. C. y C. N. en su parte final señala que los particulares tienen el uso y goce de dichos bienes pero sujetos a las disposiciones generales y locales. Además, la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los arts. 235 y 236.

Por otra parte, la Constitución de Mendoza dispone que son atribuciones inherentes a las Municipalidades:... "tener a su cargo el ornato y salubridad, los establecimientos de beneficencia que no estén a cargo de sociedades particulares y la vialidad pública, respetando las leyes que dicte la Legislatura sobre la materia..." (Artículo 200 apartado 3°). Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 79 de la ley 1079 corresponde al Concejo en lo relativo inciso 10) "Organizar la policía e inspección municipal y dictar sus reglamentos...."

De las normas reseñadas se advierte que la Comuna demandada resulta ser guardiana sobre los bienes del dominio público así instituidos por su utilidad pública, tal como lo son las calles y las plazas, debiendo ejercer el poder de policía que se le ha conferido en beneficio de los particulares para la seguridad de su uso y goce.

Si bien la Municipalidad impugna el decisorio, omite realizar una crítica puntual y certera del argumento nuclear del fallo respecto de que la Municipalidad respondía ya sea como dueña o guardiana de las calles y de las plazas, ello independientemente del eventual vacío legislativo en cuanto a la responsabilidad del Estado invocado.

Tal como expuse precedentemente, el decisorio impugnado analizó en forma certera que se había acreditado que había un hueco en el cordón que había ocasionado el accidente y la existencia de la anomalía surgía de lo efectivamente acreditado. Por tanto, toda la prueba rendida avalaba la peligrosidad potencial que existía en el cordón de la vereda de la plaza Independencia por calle Patricias. Por tanto, habiendo la actora probado que su caída se produjo debido a tal circunstancia, no resulta ilógica la conclusión del sentenciante en cuanto consideró que existía responsabilidad del dueño o guardián tal como expuso la sentencia en crisis.

La resolución resulta corroborada por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Provinciales. Así por ej la Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Minas y Tributario expuso "La demanda interpuesta contra un municipio por los daños caudados por la caída de un árbol debe dilucidarse a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 7, ley 26.994), si el hecho ocurre luego de su entrada en vigor, lo que torna de aplicación lo dispuesto por el art. 1765 que reenvía a las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (7 del CCCN). Dentro de tal orden normativo, la provincia no adhirió a Ley de Responsabilidad del

Estado Nacional ley 26.994 (art. 11), y tampoco puede aplicarse la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado provincial, si el evento dañoso ocurre con anterioridad a su entrada en vigencia. El vacío legal determina que el caso deba dilucidarse por la norma más análoga. En tales condiciones, cabe la aplicación del art. 1758 del Código Civil y Comercial de la Nación, que regula la responsabilidad concurrente del dueño o guardián, por el daño causado por las cosas, conceptualizando como guardián "a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella". Esta es la situación del Municipio accionado ya que, aun en el supuesto de delegación a un tercero de la guarda del arbolado perteneciente a su éjida territorial, ambos sujetos son responsables concurrentes de los daños provocados." (sentencia de fecha 13/08/19 en la causa N° 54665 - HERRERIA MARIA ROSA P/ SI Y P. S.H.M. C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN P/ D. Y P." Ubicación: LS207-204).

Por lo que corresponde el rechazo de la queja en este aspecto.

V. Conclusiones:

Por los motivos expuestos, corresponde el rechazo del recurso de apelación interpuesto a fs. 194 por la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza y en consecuencia, corresponde confirmar la sentencia obrante a fs. 181/87.

Así voto

2ª cuestión. — La doctora *Carabajal Molina* dijo:

Las costas de la Alzada se imponen a la Comuna apelante por resultar vencida (Arts. 35 y 36 C.P.C.C. y T. de la Provincia de Mendoza),

Se omite regulación de honorarios de los profesionales actuantes por la demandada y por Fiscalía de Estado (ley 5394).

Así voto.

Mendoza, 31 de Mayo de 2021.

El tribunal *Resuelve:*

1°) Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 194 por la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza y, en consecuencia, confirmar la sentencia obrante a fs. 181/87.

2°) Imponer las costas a la demandada recurrente por resultar vencida (Arts. 35 y 36 C.P.C.C. y T. de la Provincia de Mendoza)

3°) Regular los honorarios profesionales de las Dras. Daniela Romina Agrain y María Vanesa Embriglio en la suma de $45.734 en conjunto (art. 15 y 31 ley 9131). Se omite regulación de honorarios de los profesionales actuantes por la demandada y por Fiscalía de Estado (ley 5394).

Notifíquese. — *María Teresa Carabajal Molina. — Gladys D. Marsala. — Silvina del C. Furlotti.*

PEATÓN LESIONADO POR CAÍDA EN VEREDA DEFECTUOSA

Caída de un peatón en la vía pública. Estado deficiente de las veredas. Cosas inertes. Carga de la prueba.

> La regla general es que la víctima, ante cosas inertes, tiene la carga de la prueba del comportamiento o posición anormales de la cosa y, en el caso, se observa que el deterioro de las baldosas en la vereda de la avenida poseía un vicio que la tornó riesgosa y como tal potencialmente causante de daños respecto de aquella, lo cual entonces quedó acreditado, al igual que la relación de causalidad toda vez que existe conexión indubitada entre el hecho dañoso, las lesiones y la responsabilidad objetiva de la accionada y conforme a lo expuesto, advierto que la demandada no ha producido ninguna prueba que contradiga las afirmaciones de la actora, limitándose a disentir y negar pero no desplegó conducta probatoria alguna.

C5aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 12/08/2021. - Ortiz Gallardo, Evelyn Cristina c. Municipalidad de la Capital (Mendoza) s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/120818/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

CUIJ Nº 13-04362839-3(54895)

Mendoza, 12 de agosto de 2021.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución de la Provincia de Mendoza y 141 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario se plantearon las siguientes cuestiones:

1ª ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª Costas.

1ª cuestión. — La doctora *Canela* dijo:

I.- La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por la Sra. Evelyn Ortiz Gallardo en contra de la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza.

Relató la actora que el día 1° de abril de 2017, aproximadamente a las 20:30 hs, caminaba con su hija por la vereda sur de la Avda. Godoy Cruz de Ciudad y tropezó con las baldosas que se encontraban destruidas, sin señalización alguna y sin luz suficiente, cayendo al suelo, lo cual le produjo intensos dolores y la quebradura de la muñeca derecha. Que tomó un taxi y se trasladó al Hospital Central pero ante la demora en la atención decidió ir a otro nosocomio -Clínica Santa Clara- donde tampoco pudo ser asistida por lo que finalmente concurrió a la Clínica Francesa donde fue atendida, diagnosticándole: fractura de radio distal derecho.

Reclamó el pago de una indemnización compuesta por los siguientes rubros y montos: daño emergente $ 490,02; gastos de medicamentos $ 2.917,24; pago coseguro $ 550; gastos notariales $ 800; daño físico $ 89.500 y daño moral $ 40.000.

La pretensión fue resistida por la Municipalidad demandada, negando el acaecimiento del suceso y su responsabilidad.

A fs. 123, contestó la demanda Fiscalía de Estado quien también solicitó su rechazo.

Al resolver, la sra. Jueza de grado determinó la normativa aplicable al caso, analizó las pruebas incorporadas y consideró que en la causa quedó acreditado el hecho y la consecuente responsabilidad del municipio demandado.

Examinó luego los rubros reclamados, lo que todos prosperaron por los montos solicitados por la actora, condenando así a la accionada al pago de la suma de $ 136.657,95.

Contra dicha sentencia se alza la demandada.

II.- Los agravios.

Al fundar su recurso, el mandatario judicial de la accionada se agravia por considerar que no hay en la causa prueba indubitable que permita determinar fehacientemente los hechos relatados por la actora en la demanda, ni la mecánica del supuesto accidente y por ello descarta la responsabilidad de la accionada.

Refiere que el acta extraprotocolar obrante en la causa y que fue el único elemento probatorio meritado por la a quo, fue realizada 27 días después del referido hecho, por lo que existe orfandad probatoria ya que no hay otra prueba documental que permita demostrar indubitablemente cuál era el estado de la vereda al momento del teórico accidente, ni tampoco hay prueba fehaciente de la existencia de baldosas destruidas pues no hay fotos del lugar tomadas el día del acontecimiento, ni hay constancias de que la actora haya puesto en conocimiento el suceso a la autoridad policial o municipal para que se constatara el estado del lugar o se solicitase la presencia de una ambulancia que permitiera verificar in situ las dolencias reclamadas por la accionante.

Manifiesta que el referido documento al ser confeccionado casi un mes después de la fecha indicada por la accionante, debió ser valorado con un criterio más estricto desentrañando su eficacia probatoria en orden a establecer la verdad jurídica objetiva.

Indica que según los dichos de la actora al caerse se acercaron varios transeúntes para brindarle asistencia pero que ninguno fue ofrecido como testigo, siendo que la única persona que declaró fue su hija y que por encontrarse comprendida en los términos del art. 185, en la audiencia final se opuso a que prestara declaración, por lo que dicho testimonio no puede ser valorado ya que se trata de una exclusión absoluta que obedece a razones de orden público, por lo que tacha a dicha declaración de nula e insanable por apartarse de las exigencias de la ley, sosteniendo que tanto la existencia del hecho como la relación de causalidad no se encuentran acreditados y que la sentencia impugnada se encuentra viciada de nulidad careciendo la misma de los elementos mínimos para tenerla como un acto jurisdiccional válido.

Se agravia por no encontrarse acreditados los presupuestos de responsabilidad y que de la resolución impugnada no está claro si se trata de antijuricidad por omisión o por falta de servicio o por el riesgo o vicio de la cosa , contradicción que no es menor ya que evidencia la falta de precisión de la a quo y por lo tanto el apartamiento a las disposiciones del art. 90 de la ley 9.001.

Expresa que no existe ningún tipo de conducta ilícita de la Municipalidad que configure alguno de los supuestos de culpabilidad ni tampoco de responsabilidad objetiva, puesto que ni siquiera se ha acreditado el hecho ni el vicio de la cosa ya que la vereda en cuestión no reviste el carácter de riesgoso o vicioso por sí mismo, toda vez que la actora no ha podido acreditar la intervención activa de la cosa ni los daños, alegando que no existe relación o nexo de causalidad .

Destaca que las normas determinan las obligaciones del propietario frentista y de las que surge que estas se encuentran dentro de las actividades particulares de los vecinos, siendo que la única actuación que le cabe a la comuna es el control de las construcciones impartiendo las directivas para ello. Que las ordenanzas que surgen como consecuencia de la ley 1.079 están incluidas en el código de edificación de la Ciudad de Mendoza, que establece que es obligación de los propietarios frentistas embaldosar las veredas y mantenerlas en perfecto estado de conservación siendo, entonces, a cargo exclusivo del vecino la obligación de efectuar la construcción y mantenimiento de las mismas, por lo que la Municipalidad no está obligada a efectuar estas obras ni mantenerlas, sosteniendo que la responsabilidad, si la hubiera, es de un tercero por el cual la demandada no está obligada a responder.

Dice que en lo referido al factor de atribución de responsabilidad del Estado establecido por la ley 8.968 (falta de servicio) el cual se encontraría configurado según la jueza de grado, incurre en una manifiesta arbitrariedad en la fundamentación de la sentencia, toda vez que no tenía conocimiento de la situación y por ello no le puede ser reprochable la omisión y que le es imposible a la comuna supervisar la totalidad de las calles de la Ciudad y que en la causa es 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 y que no tuvo la posibilidad material de prever y evitar el perjuicio que otro sujeto causó teniendo en cuenta que no tomó conocimiento con anterioridad de la supuesta rotura de la vereda en cuestión porque no existieron denuncias o reclamos administrativos que dieran noticia de la misma, en especial del frentista y principal obligado de ser el caso de su reparación.

Expone que ninguna comuna posee personal ni presupuesto para vigilar las 24 hs la totalidad de las veredas para prevenir remotos accidentes ya que ello no es una conducta razonablemente esperable, pues de lo contrario se extendería sin límite el deber de indemnizar a todo daño que el Estado no pueda evitar por la insuficiencia de medios lo que generaría una responsabilidad absoluta e irrestricta del mismo, transformando a aquel en una especie de asegurador de todos los riesgos que depara la vida en sociedad, lo cual es inadmisible.

Se agravia porque la a quo se ha pronunciado extra petita. Explica que al contestar la demanda el porcentaje de incapacidad determinado por la actora fue fijado arbitrariamente sin ningún sustento legal y que de la escasa prueba producida a los fines de acreditar la incapacidad sobreviniente acompañó un certificado médico que no fue reconocido y otros documentos que solo otorgan reposo no habiendo estudio médico ni documentación que avalen la dolencia de la actora.

Sostiene que las pericias médicas y psicológicas no han sido legalmente producidas porque no fueron debidamente notificadas, produciéndose automáticamente la caducidad de las mismas ya que a la fecha de la audiencia final la actora no efectuó los actos útiles tendientes a su producción, careciendo los informes de todo valor probatorio.

Indica que la a quo tomó como base para admitir el rubro incapacidad el certificado médico acompañado con la demanda, el cual fue impugnado por su parte y que frente a ello era la actora la que debía probar su autenticidad mediante el reconocimiento de su otorgante, por lo que no puede tenérselo como prueba válida.

Critica el monto otorgado por daño moral que fue el solicitado al demandar, al que califica de caprichoso, arbitrario y excesivo sosteniendo que para la procedencia del rubro se requiere probar haber herido afecciones íntimas de la víctima y que si bien el daño moral tiene como única evaluación la determinación judicial ello de ser dentro de parámetros lógicos y lo pedido por la accionante frente a las probanzas de autos es un verdadero exceso en su monto.

En tal sentido, observa que esta no especifica y ni siquiera menciona de qué modo el accidente la privó de trabajar, si afectó la capacidad de concentrarse, de pensar, si se limitó la capacidad de desplazamiento físico o en qué forma le ha producido una limitación permanente para el desarrollo de su actividad creadora y comercial.

Concluye solicitando el rechazo de los rubros reclamados y, en subsidio, el ajuste de los montos de acuerdo a las facultades del art. 90 del CPCCyT.

III.- A fs. 238 contesta los agravios la parte actora, solicitando el rechazo del recurso a cuyos argumentos me remito en aprecio a la brevedad.

IV.- La solución.

Adelantando opinión, propiciaré el rechazo del recurso en trato y la confirmación de la sentencia venida en revisión.

Asimismo, debo dejar sentado que advierto reproducción de los agravios expuestos por la accionada en un caso de reciente resolución dictada por esta Cámara, en los autos n°55.192 “Arce, Mónica c. Municipalidad de la Capital por daños y perjuicios” (sentencia del 26/07/2021) en la cual se amplió la condena de

primera instancia al municipio ante la demanda por daños y perjuicios promovida por la ocurrencia de un hecho similar al aquí analizado – caída en una calle interna del cementerio de la Capital- por lo que, sin perjuicio del análisis particular de esta causa, reiteraré los argumentos vertidos en ella que sean de aplicación al presente caso.

En primer lugar debo considerar que señala la quejosa, si bien al pasar y sin dar mayores fundamentos, que la sentencia en crisis es nula por la valoración que hizo la magistrada de grado de la prueba, lo que le impide sostenerla como acto jurisdiccional válido.

Debo destacar que el art. 133 inc. IV del CPCCyT establece que el recurso de apelación comprende los agravios ocasionados por defectos en el procedimiento, no convalidados o en la sentencia y que en forma reiterada se ha señalado que la procedencia del recurso de nulidad posee carácter excepcional y debe ser de interpretación estricta (CNCiv. Com. Fed. Sala II, 25/6/98, LL l998-E-471; CCivCom. Rosario, Sala IV, l6/4/99, RepLL, 200-2170,n° 25 y LLLit., 2000-534; CCivComLab. Venado Tuerto, 4/4/97, LL l999-B-819). La nulidad de la sentencia debe ser interpretada con criterio restrictivo y declararse solo cuando los hipotéticos vicios no puedan subsanarse al momento de considerar el recurso de apelación (CNCiv.Com.Fed. Sala III, 12/9/96, LL l997-B-804). Como consecuencia de la absorción del recurso de nulidad por el de apelación, si el agravio puede ser reparado por el tribunal de segunda instancia, corresponde modificar el pronunciamiento antes de decretar su nulidad (CNCiv., Sala J, 15/7/98, LL l998-F-636).

Así, no constituyen materia del recurso de nulidad los agravios que hacen a la cuestión de fondo debatida, como son los relativos a la errónea aplicación del derecho o valoración de pruebas, en tanto pueden ser revisadas y comprendidas en la apelación, es por ello que considero que la apelante se ha limitado a estos planteos y no ha señalado cuál es el vicio formal como elemento material sobre el que debe reposar toda declaración de nulidad, ni tampoco cuáles son los errores de procedimiento que justifiquen tal pronunciamiento, por lo que su proposición debe ser descartada.

Respecto a la falta de acreditación del hecho y el nexo causal con el daño invocado surge acreditado del material probatorio incorporado resultando por ello indubitable la responsabilidad objetiva de la accionada, pese a sus quejas.

Cabe destacar aquí que para llegar a tal conclusión es preciso analizar las reglas de la carga de la prueba.

Para Gustavo Calvinho esta “es la conducta voluntaria que la parte expresa en el proceso ante las alternativas que le proporciona la norma dinámica procedimental – y la eventual actividad que se despliega cuando la conducta manifestada es positiva- en el marco del ejercicio del derecho de defensa en juicio, produciendo una consecuencia jurídica determinada” (CALVINHO, Gustavo “ La Carga de la Prueba”, ED. Astrea, Bs.As.2016, pág. 27).

El artículo 175 del CPCCyT de Mendoza es claro en cuanto dispone que cada una de las partes debe aportar la prueba de los hechos que invocó no reconocidos por la contraria. La actora los constitutivos que invoca como base de su pretensión y la demandada los extintivos o impeditivos base de su resistencia. Esta directiva significa que se pone en cabeza de quien alega un hecho la carga de su prueba. Es que la obligación de afirmar y probar se distribuye entre las partes, dejando a la iniciativa de cada una de ellas la posibilidad de hacer valer los hechos que pretendan sean considerados como verdaderos en el proceso (Chiovenda, Giusseppe, “Principios de Derecho Procesal Civil”, t. II, pág. 253).

Así, la parte actora tenía la carga de demostrar con las probanzas pertinentes los hechos esgrimidos en el escrito inicial, es decir que el día 1° de abril de 2017, luego de hacer unas compras, cuando caminaba por la vereda sur de avenida Godoy Cruz de la Ciudad de Mendoza a la altura de la numeración municipal n° 50, tropezó con unas baldosas en mal estado o destruidas cayéndose y que como consecuencia de ello tuvo las lesiones que adujo.

El hecho de la caída en una vía pública como la aquí considerada, no siempre es de fácil probanza mediante prueba directa, entendida como tal aquella que brinda la existencia de los hechos al juzgador de manera concreta e instantánea y no requiere de ningún tipo de raciocinio o inferencia para armar el cuadro del hecho principal que se está analizando, generando la convicción del juez sin mayor esfuerzo.

En esta clase de juicios, cuando el actor aporta indicios capaces de generar presunciones, se invierte la carga de la prueba, ya que quien pretende desbaratarlos, debe demostrar hechos que revelen que aquellas no poseen los caracteres de gravedad, precisión y concordancia, con otros elementos (Cam. Nac. Civil Sala F , agosto 29 - 1978 en E.D. 82-287 ; idem Sala D , junio 27 - 1972 en La Ley 1979- A- 216), lo que no ha ocurrido en autos, pues ello estaba a cargo de las demandadas.

Dice Arazi que, en rigor, los que por su número, precisión, gravedad y concordancia tienen que producir convicción son los indicios; las presunciones

son las consecuencias de la labor intelectual del juez para extraer conclusiones de esos indicios. Y agrega, siguiendo a Rocco, que los indicios son fuentes de presunciones judiciales y le permiten al juez afirmar que es probable, según las reglas usuales de la vida práctica, que el hecho controvertido haya o no existido (Rocco, Ugo, " Derecho Procesal Civil", México, 1939, pág. 429). Concluye que las fuentes de prueba y las fuentes de presunciones (indicios) se traen al proceso mediante diversos medios probatorios , y las deducciones que hace el juez, partiendo de esas fuentes, forman parte del fenómeno lógico e intelectual del juzgador para la creación de la sentencia. (ARAZI, Roland " La Prueba en el proceso civil" 3ra. Ed. Actualizada. Ed. Rubinzal Culzoni. 2008, pág. 96/97).

Así, de las pruebas compiladas resulta que el día en que se denuncia el hecho fue atendida la actora en el servicio de guardia de la Clínica Francesa de acuerdo a la historia clínica incorporada a fs. 60, donde se deja constancia de la fractura de muñeca derecha, la realización de raxos X y se sugiere la intervención quirúrgica la que es realizada el día 12 de abril de 2017.

Existe a fs. 3 la constancia policial de que la actora realizó la denuncia por averiguación de accidente y el acta notarial labrada por Andrea Nallim, da cuenta del mal estado de la vereda referida lo que se corrobora con las fotos que la misma escribana acompaña y certifica. Y que a pesar de que la quejosa manifiesta que ello no ocurrió el mismo día del hecho, no es posible aspirar que luego de sufrir un accidente la víctima realice tales diligencias en forma inmediata, como pretende la accionada, pues en última instancia dicha constatación estaría dando cuenta que pasado el tiempo la vereda aún estaba en mal estado.

En cuanto a la declaración prestada por la hija de la actora en la audiencia final, sosteniendo que se opuso al testimonio por estar comprendida la testigo en las causales de exclusión del art. 185 del Código Procesal y que por lo tanto no puede ser valorada, por tratarse de una exclusión absoluta que obedece a razones de orden público, es claro que la a quo en su argumentación ningún momento ha valorado la exposición de esta testigo.

Sin embargo, no coincido con el argumento esgrimido por la impugnante.

El art. 185 del CPCCyT, referido a la prueba de testigos, en su inciso I.- dice: " Puede ser testigo y está obligada a comparecer, declarar y decir la verdad, toda persona mayor de trece años que no tenga algún impedimento de hacerlo. Exceptúense a los parientes y afines en línea recta, los hermanos, los cónyuges aún cuando estuviesen separados de hecho y los convivientes de cualquiera de los litigantes."

Considero que la interpretación de esta norma no implica una exclusión de declarar como legisla el CPCC de la Nación en su artículo 427, que expresamente establece qué parientes no pueden ser ofrecidas como testigos, lo que sí implica una verdadera prohibición de prestar declaración y como tal permite la oposición a que las personas indicadas testifiquen.

De la lectura de nuestra norma resulta la obligación de comparecer a declarar de toda persona mayor de 13 años que haya sido ofrecida como testigo, con las consecuencias que su no comparecencia le ocasionarían el hecho de no presentarse a cumplir con ella estando debidamente citada, ya que puede ser conducido con el auxilio de la fuerza pública como así mismo la posibilidad de ser sancionados (art. 47CPCCyT). Ahora bien, a continuación, lo que hace la ley es excluir de cumplir con dicho deber a los parientes que señala y no como se ha interpretado que es una exclusión o prohibición y que en caso de ser admitida nulifican el pronunciamiento judicial.

Acuerdo con Darío Bermejo que expresa que "El hecho de que un testigo sea pariente no es motivo para desechar ese testimonio de manera anticipada, sino que la información que introduce debe ser constratada con el resto de las declaraciones testimoniales y con el resto de las pruebas; por supuesto en un marco de mayor estrictez". Y agrega luego el magistrado: "...los testigos mencionados en este artículo pueden ser exceptuados de declarar por el juez, cuando entren en colisión con los valores superiores que deban ser protegidos. En este sentido, la necesidad de sostener la unidad familiar, habilita a la parte interesada a solicitarle al Juez que ciertas personas no sean puestas en la necesidad de tener que declarar contra su cónyuge, hermano, suegro, nuera, yerno o conviviente. Creemos que también el testigo podría pedirle al Juez que lo exceptúe por la misma razón" (Ver BERMEJO, Darío, comentario al artículo 185 en "Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza. Institutos trascendentes de la Reforma. Ley 9.001" Directora Inés Rauek de Yanzón, Ed ASC Librería Jurídica, 2019, págs. 705 y ss. y la jurisprudencia allí citada por el autor.) En igual sentido se ha dicho que " adhiero a la postura que considera que el ordenamiento jurídico otorga a los familiares de los litigantes la posibilidad de liberarse de la carga de comparecer y declarar, lo que debe hacérseles saber, pero ello no implica que no puedan si así lo desean.(Décimo Juzgado Civil, autos N°28.054 "Capmany Miguel y Nora Delia Pucciarelli de Capmany c/ Ana María Bustos p/ Desalojo", 02/10/1998(Referencias Normativas Norma: Código Procesal Civil art.: 0194 Expediente:199627 - VARGAS, JOSé HUGO OSVALDO EPIFANIO AZCURRA DAñOS Y PERJUICIOSFecha: 03-05-1995 Ubicación: LA075 - Fs.078, Magistrados: STAIB-BARRERA-GARRIGOS, Tribunal: TERCERA CáMARA EN LO CI-

VIL- PRIMERA CIRCUNSCRIPCIóN JUDICIAL)". En sentido contrario a lo aquí expresado se manifiestan Alejandro Boulin en su comentario al art. 194 derogado en "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza" Horacio Gianella Coordinador. Ed. La Ley, 2009, págs.. 335 y ss., y Jerónimo Gil Di Paola en "Comentarios al Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza", Ed. Aguaribay, 2019, págs. 550 y 551) .

Es que nuestra ley procesal difiere en su redacción a la del Código Procesal Civil de la Nación y por ello debe descartarse llegar a igual solución que la prevista en este cuerpo normativo.

Así, más allá de que la sra. jueza de primera instancia no hizo referencia a la testigo referida en su sentencia, ello no es óbice para que esta Cámara merite tal testimonio a tenor de las quejas vertidas, siendo que de la única pregunta que la magistrada le realizó respecto a cómo sucedieron los hechos, se desprende que es coincidente la declaración que prestó en relación a los mismos con lo manifestado en la demanda y que pese a la oposición inicial de la accionada, luego de ello no tachó a la testigo por lo que lo considero como un elemento más dentro del plexo probatorio ya referido para tener por acreditado el hecho. Y además, como principio que regla el desarrollo de las declaraciones del testigo la ley procesal presume la sinceridad del testimonio, ya que se depone bajo juramento de decir la verdad (arts. 198 inc. II del CPC y art. 189, inc. II del CPCCyT de Mendoza), todo lo cual lo pondero bajo las reglas de la sana crítica (art. 199 CPCCyT). Por su parte y frente a la imputación que hiciera la actora, el municipio demandado debía acreditar que las baldosas no estaban en mal estado o que la vereda se hallaba en óptimas condiciones para permitir el desplazamiento de los peatones, es decir, que la cosa inerte no poseía el vicio alegado que la tornaba riesgosa o peligrosa.

Este Tribunal en su actual composición ha analizado el carácter riesgoso de las cosas inertes y su incidencia en la producción de los daños: autos nº 54415 "Morales, Miriam Elcira c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza p/ daños y perjuicios", sentencia 07/09/2020; nº 54.366 caratulados "Capellano Trovato, Antonia c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza p/ daños y perjuicios", sentencia 23/09/2020; 54.830 "Servan, Silvina Lourdes c/ Municipalidad de Las Heras p/ daños y perjuicios", sentencia 13/10/2020; 55.023 "Frachetti Gladys Amelia c/ Cotumaccio, Marisa Alejandra y otros p/ daños y perjuicios", sentencia 08/06/2021).

El Código Civil y Comercial introdujo modificaciones al sistema del Código de Vélez en relación a los daños provocados por las cosas a través de los arts. 1757 y 1758 y que conforme señala Galdós, las notas más importantes del nuevo sistema son las siguientes: 1.- Haber mantenido dos supuestos de responsabilidad objetiva por la intervención de cosas: las derivadas de su riesgo (la eventualidad de que llegue a causar daño) y el vicio (defecto originario o derivado de la cosa), lo cual no solo simplifican la cuestión respecto a la conceptualización del factor "riesgo creado" sino que recogen las opiniones prevalecientes en la doctrina y jurisprudencia. 2.- Se suprime la categoría de daños causados con las cosas y la presunción de culpa. 3.- Se incorpora la actividad riesgosa o peligrosa. (Galdós, Jorge Mario "El art. 1757 del Código Civil y Comercial y el anterior art. 1113 Código Civil". Publicado en: RCyS2015-IV, 176 Cita Online: AR/DOC/778/2015).

No obstante las modificaciones apuntadas, existen fundamentos rectores que se han mantenido a pesar de la reforma y que paso a considerar.

Frente a las cosas inertes, más que atenerse a la naturaleza intrínseca (peligrosa o inofensiva) de las cosas, es procedente tener en cuenta si, conforme a las circunstancias concretas del caso que se presenta, se puede considerar a la cosa en cuestión como causante del daño; en otros términos, todas las cosas pueden ser peligrosas en determinadas circunstancias, pero no todas son igualmente peligrosas, ni lo son en todas las ocasiones, de donde no procede fijar criterios apriorísticos rígidos, sino que se debe analizar cuál ha sido la intervención de la cosa en la causación del daño.

Al respecto podemos afirmar que la cosa inanimada no es causa del accidente si ha ocupado su lugar y ha funcionado normalmente. Ello significa que las cosas inertes no son causa de daños si no presentan alguna anomalía, y dicha calidad de inercia tiene relevancia en el plano de la carga de la prueba. Como la probabilidad de daños es, obviamente, mucho menor que la de las cosas en movimiento, no resulta, a priori, establecida una presunción de causalidad de las cosas inertes como instrumentos del daño, tal como se estableció en el precedente de la Corte Suprema del 19-11-91, "O'Mill c/ Prov. Neuquén", Fallos, 314:1505.

Por ello, sosteniendo la línea de pensamiento referida, no descarto que las cosas inertes pueden ser productoras de daños y que el dueño o guardián de las mismas, deben responder sobre la base de la responsabilidad objetiva.

La regla general es que la víctima, ante cosas inertes tiene la carga de la prueba del comportamiento o posición anormales de la cosa y que en el caso de autos observo el deterioro de las baldosas en la vereda de la avenida señalada, poseía un vicio que la tornó riesgo-

sa y como tal potencialmente causante de daños respecto de aquella, lo cual entonces quedó acreditado, como ya analicé, al igual que la relación de causalidad toda vez que existe conexión indubitada entre el hecho dañoso, las lesiones y la responsabilidad objetiva de la accionada y que conforme a lo arriba expuesto, advierto que la demandada no ha producido ninguna prueba que contradiga las afirmaciones de la actora, limitándose a disentir y negar pero no desplegó conducta probatoria alguna como ya reseñé.

Tampoco es atendible la queja referida a que es el frentista quien debe reparar las veredas en mal estado y que por ello no le cabe responsabilidad, como tampoco es oíble el argumento de que le es imposible verificar el estado de todas las aceras de la Ciudad de Mendoza, por ejercer el poder de policía sobre los bienes del dominio público del Estado, pesando sobre ella el deber de conservación y mantenimiento de los mismos en buen estado para el uso de los habitantes de modo seguro (arts. 200 Constitución Provincial, 235 del Código Civil y Comercial y 11 ley Orgánica de Municipalidades n° 1.079), evidenciando una falta de servicio entendida como tal al incumplimiento irregular, ya sea por acción o por omisión, de un servicio público o, con mayor generalidad, una función pública. Lo que incluye potencialmente, a su vez, a todas las ramas de actuación del Estado (administrativa, judicial y legislativa), siempre que su actuación pueda reputarse irregular (conf. GONZÁLEZ MORAS, Juan M.: "La responsabilidad del Estado por falta de servicio", en ROSATTI, Horacio (Dir.): "Ley 26944 de Responsabilidad del Estado. Análisis crítico y exegético"; Rubinzal-Culzoni, Bs.As.-Sta. Fe, 2014, p. 100). Debiendo aquí aclarar que no es de aplicación a este caso la ley provincial de responsabilidad del Estado n° 8.968 que cita la quejosa, por haber entrado en vigencia con posterioridad a la fecha del hecho.

En cuanto al agravio referido al monto otorgado por la incapacidad sobreviniente, criticando el modo en que la *a quo* ponderó para su determinación el certificado médico acompañado por la actora y que su parte, impugnó tampoco puede prosperar por apartarse de la realidad. Es que lo que se tomó en cuenta al sentenciar no fue dicho certificado sino la pericia médica incorporada a fs. 173 que determinó un 10% de incapacidad, la que no fue impugnada por no estar notificada a las partes la vista conferida de la misma por el Tribunal, cuestión que si bien considero debió realizarse de oficio estaba también en interés de la accionada haberse dado por notificada de aquella y realizar la impugnación u observación que estimara pertinente, lo cual no ocurrió, debiendo cargar con su negligencia. Por ello no es pertinente la inferencia en cuanto a que el informe técnico carece de valor probatorio toda vez que el mismo fue presentado en tiempo y forma.

Respecto a la queja por la suma acordada por daño moral, la misma no tiene la argumentación requerida como para cambiar la solución, pues califica al importe otorgado como caprichoso, arbitrario y excesivo mas no dice por qué, lo cual evidencia una mera declamación mas no una crítica razonada. No obstante ello, pondero que el monto otorgado por $ 40.000 luce acorde a los padecimientos físicos y psíquicos que el accidente le infligió a la sra. Ortiz, como fueron la quebradura de muñeca seguida de una intervención quirúrgica, con los consiguientes dolores y molestias que ello implica y el tiempo que le insumió recuperarse de la lesión (cinco meses) hasta que obtuvo el alta médica definitiva, todo lo cual se encuentra corroborado por la pericia psicológica obrante a fs. 159, la que tampoco fue observada o impugnada.

Por todo lo expuesto, propongo el rechazo del recurso interpuesto por la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza y confirmarse la sentencia de primera instancia.

Así voto.

Sobre la misma cuestión las doctoras *Moureu* y *Zanichelli* adhieren al voto que antecede.

2ª cuestión. — La doctora *Canela* dijo:

Por el modo en que se resuelve el recurso las costas de alzada se interponen a la accionada por resultar vencida. (arts. 35 y 36 del C.P.C.C. y T. de Mendoza).

Así voto.

Sobre la misma cuestión las doctoras *Moureu* y *Zanichelli* adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación la sentencia:

Por lo que resulta del acuerdo, precedente el Tribunal

Resuelve:

I.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto a fs. 214.

II.- Imponer las costas de esta Alzada a la demandada por resultar vencida (arts. 35 y 36 del C.P.C.C. y T. de Mendoza).

III.- Regular los honorarios profesionales de los Dres. Nicolás Casapa Funes y Joaquín Villanueva en las respectivas sumas de pesos ocho mil ciento noventa y nueve con 47/100 ($ 8.199, 47) y pesos trece mil seiscientos sesenta y cinco con 79/100 ($ 13.665,79),

sin perjuicio de los complementarios e IVA en caso de corresponder (arts. 1, 2, 3, 4, 15, 19 y 31 ley 9.131 de Mendoza).

IV.- Omitir la regulación de los honorarios profesionales de los abogados que representaron a la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza y Fiscalía de Estado, de conformidad con lo establecido por el art. 1 de la Ley 5.394.

Notifíquese y bajen. — *Patricia B. Canela.* — *Beatriz Moureu.* — *Carla Zanichelli.*

RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN

Ruina parcial. Aplicación del art. 1646 del Cód. Civil derogado. Garantía de orden público. Procedencia de la acción de daños contra el vendedor. Extensión de responsabilidad al constructor y al director de obra. Sistema doble de protección al consumidor inmobiliario. Derecho común y ley 24.240.

1. — Los graves defectos de las unidades vendidas permiten incluirlos dentro del concepto de ruina parcial contemplado por el art. 1646 del Cód. Civil. En efecto, tales fallas proceden de vicio de construcción y de vicio del suelo, además de los errores de diseño. Lo que conduce a extender la condena al constructor y al director de obra. Es que, si el constructor resulta imputable, habiendo director de obra, generalmente este también lo será, pues los vicios de la construcción no habrían podido pasarle inadvertidos si hubiese efectuado una correcta dirección de obra.

2. — La responsabilidad, además de la admitida en la sentencia a la sociedad codemandada, como vendedora, se hará extensiva al profesional proyectista y director de obra, y a quien figura como constructor, según plano aprobado por la municipalidad. Se trata de una responsabilidad indistinta o concurrente (art. 1646, Cód. Civil derogado).

3. — La prueba pericial recopilada es contundente al ilustrar de manera objetiva los defectos constructivos de las unidades de los demandantes y, en particular, logran explicar con un lenguaje sencillo la problemática involucrada y las consecuencias que están a la vista, por lo que corresponde confirmar la responsabilidad de la demandada por aquellos perjuicios que sean consecuencia de los defectos constructivos en los inmuebles que vendió a los actores.

4. — La garantía por ruina es de orden público, y como tal, no corresponde que las partes del contrato convengan en dejarla sin efecto. Es que, si bien regula las relaciones patrimoniales entre las partes del contrato, no pertenece al orden público económico sino al orden público general, aún más trascendente para la vida social dada la peligrosidad que supone en toda sociedad moderna, especialmente en las concentraciones urbanas, la ruina de las construcciones. Así, parece correcto mantener fuertemente obligados a quienes hayan ejecutado la obra, no permitiéndoles liberarse por pacto alguno.

5. — Producida la ruina estando la obra en posesión del sucesor a título particular, este cuenta con un "ramillete" de acciones: frente al antecesor, las que derivan de la venta; frente al empresario, el proyectista y el director de la obra, la garantía que emana del art. 1646 del Cód. Civil derogado.

6. — La aplicación de la normativa específica del régimen común contempla para este caso —valga la paradoja— una mayor protección al consumidor que el art. 10 bis de la LDC, al ampliar los sujetos obligados y no limitarlo al vendedor como proveedor y contratante directo. Por consiguiente, a fin de decidir la cuestión deberán conjugarse tanto la norma específica, que en el caso viene dada por el art. 1646, Cód. Civil derogado, como las genéricas que protegen al consumidor (LDC).

7. — El consumidor inmobiliario ve así ampliado su protección a un sistema doble, que se debe armonizar y complementar: el del derecho común y el de la LDC. Esto implica reconocer la coexistencia e interacción de ambos regímenes, tal como si fueran vasos comunicantes.

CNCiv., sala M, 14/06/2021. - Rodríguez, Karina Luján y otro c. Vavulen SRL y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/84308/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada

Expte. n° CIV 071135/2014/CA002

Buenos Aires, 14 de junio de 2021.

1.1. Antecedentes

1.1.1. Del relato de la demanda surge que Karina Luján Rodríguez y Bruno Fernando Rinaldi son propietarios de las unidades funcionales 3 y 4, respectiva-

mente, y de dos unidades complementarias (cocheras) de un complejo de viviendas ubicado en la localidad bonaerense de José Mármol.

Señalaron que sus unidades presentaban defectos en la construcción como ser diversas rajaduras, roturas, filtraciones, presencia de humedad y desprendimiento de material en varios sectores tanto en sus viviendas como también en el patio, el hall de distribución y en el sector de las cocheras, e indicaron que se verificaron vicios del suelo, mala calidad de los materiales y errores de cálculo en la estructura, planos y en la dirección y ejecución de la obra.

Indicaron que Vavülen S.R.L. fue propietaria de la obra de construcción de las viviendas, que el arquitecto Jorge Daniel Savino estuvo a cargo del proyecto y la dirección de la obra y que Miguel Ángel Savino fue el constructor designado.

Promovieron demanda indemnizatoria en concepto de daño emergente y daño moral contra todos ellos y contra Paola Vanesa Parapetti, por la suma de $ 271.605 o lo que en más o en menos surja de la prueba y sus respectivos intereses.

1.1.2. Los codemandados Vavülen S.R.L. y Paola Parapetti plantearon el incumplimiento de ciertos requisitos formales para dar por finalizada la mediación previa.

Todos los codemandados opusieron excepciones de falta de legitimación activa por entender que una fracción del reclamo recae sobre bienes que no son de propiedad de los actores sino del Consorcio de Propietarios.

Asimismo, plantearon otras defensas que en sus escritos fueron enmarcadas como "excepción de falta de legitimación pasiva" y como "excepción de falta de acción": en el caso de la primera, apuntaron a la inexistencia de un contrato de locación de obra que los coloque en posición de responder por los defectos mencionados, pues entienden que se trató de una mera operación de compraventa inmobiliaria; en el caso de la segunda que no fue opuesta por Vavülen S.R.L., afirmaron que no pueden ser demandados a título personal sino que se desempeñan como socios o gerentes de la S.R.L. demandada y en particular Miguel Á. Savino indicó no ser integrante de la persona jurídica. Este último opuso también excepción de incompetencia.

En subsidio, los demandados negaron categóricamente todos los puntos expresados en la demanda y pidieron su rechazo. Señalaron que, de probarse los daños en las viviendas que fueron invocadas, se deberían exclusivamente a un defectuoso o inadecuado mantenimiento por parte de sus propietarios y de sectores comunes correspondientes al Consorcio de Propietarios, a lo que agregaron que en la construcción se previó la utilización de bombas de agua para mantener las napas subterráneas en los niveles correctos y adecuados, por lo son ajenos al control y a la utilización que se pudiera haber hecho de esos dispositivos.

Por estos motivos, todos ellos pidieron también la citación como terceros de Administración del Sur y de la administradora Matilde Graciela Ardizonne.

1.1.3. En la resolución dictada en las pp. 286/291, se decidieron las cuestiones que enumero a continuación:

- Se desestimaron los planteos en torno a la mediación previa, con costas.

- Se rechazó el pedido de citación de terceros, con costas en el orden causado.

- Se rechazó la excepción de incompetencia, con costas.

- Se admitió la excepción de falta de legitimación pasiva de Paola V. Parapetti, con costas.

- Se rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Jorge D. Savino (bajo el título "falta de acción"), con costas.

- Se difirió para la sentencia definitiva la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Miguel A. Savino (bajo el título "falta de acción"), por no resultar manifiesta.

- Se difirieron para la sentencia definitiva las excepciones de falta de legitimación activa, por no resultar manifiestas.

- Se indicó que aquellos argumentos que los codemandados catalogaron como "excepción de falta de legitimación pasiva" consisten en defensas de fondo y que, por lo tanto, serían tratados en la sentencia definitiva.

Esta resolución fue apelada por la parte actora, aunque quedó firme por haberse declarado desierto el recurso (pp. 309/310).

1.2. La sentencia recurrida y los agravios

En la sentencia dictada el día 3/3/2020 (pp. 718/729), el juez en primer lugar rechazó la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por Vavülen S.R.L., con costas en el orden causado; admitió las excepciones de falta de legitimación pasiva opuestas por Jorge Daniel Savino y Miguel Ángel Savino, con

costas, e hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa –con referencia a algunos de los daños invocados–, con costas en el orden causado.

En cuanto al fondo del asunto, admitió parcialmente la demanda promovida, con costas. En consecuencia, condenó a Vavülen S.R.L. a abonar a Karina Luján Rodríguez la suma de $ 853.800 y a Bruno Fernando Rinaldi la de $ 1.558.060 con más intereses según la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde el día del hecho.

La parte actora y la codemandada Vavülen S.R.L. apelaron el pronunciamiento.

La parte actora expresó agravios el 2/10/2020. Se quejó por un lado de la decisión sobre costas en cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Vavülen S.R.L. y por el otro se agravió de la admisión de la excepción articulada por Jorge Savino y Miguel A. Savino, la que entendió que debe ser revertida. La presentación fue contestada por Jorge Savino, Miguel A. Savino y Vavülen S.R.L. el 20/10/2020.

Vavülen S.R.L. expresó agravios el 30/9/2020. Se quejó de la responsabilidad que le fue atribuida y pidió que se revoque la sentencia. En subsidio, se agravió del reconocimiento y de la cuantificación de las partidas indemnizatorias, por lo que solicitó que sean revocadas o bien que se disminuya su monto.

Al replicar esta última presentación, los accionantes en su escrito del día 19/10/2020 pidieron también la aplicación de una multa por temeridad y malicia, de la que se corrió traslado a la demandada y la contestó el 26/10/2020.

El día 13/5/2020 se dispuso sentenciar.

2. Marco normativo

2.1. No está controvertido que la controversia y los agravios planteados deben ser analizados según la normativa vigente a la fecha del incumplimiento invocado (art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación).

El distinguido sentenciante de la anterior instancia aplicó a la pretensión el régimen tuitivo del consumidor. Explicó que, más allá de la cuestión atinente a la denominación dada a los contratos celebrados entre las partes, ellas se encuentran comprendidas en las figuras de consumidor y proveedor de acuerdo a la ley 24240 (LDC) y las modificaciones introducidas por la ley 26361, por lo que el juicio trataba en definitiva sobre una relación de consumo.

La demandada Vavülen S.R.L., no mencionó al microsistema jurídico de relaciones de consumo, pero se agravió por considerar que la sentencia desatendió el principio de congruencia y falló sobre hechos y pretensiones que excedieron el marco de la litis planteada. A tal fin, indicó que la demanda contenía la figura de una locación de obra y que se reclamó por ruina de los inmuebles, por lo que a su entender la sentencia debió limitarse a la existencia o inexistencia de ese vínculo contractual y, en consecuencia, rechazar la demanda.

La parte actora, por su parte, aunque no criticó la decisión de fundamentar la sentencia en la LDC pidió no limitar la responsabilidad de los socios al art. 10 bis de esa ley, y solicitó la aplicación analógica de las normas del contrato de locación de obra, siempre con el fin de extender la responsabilidad a Jorge Daniel Savino y a Miguel Ángel Savino.

Se encuentra fuera de discusión que Vavülen S.R.L. vendió a los accionantes las unidades funcionales antes referidas y que esos actos se instrumentaron mediante sendas escrituras de compraventa (pp. 6/12 y 44/49). También es cierto que la pretensión indemnizatoria se sustentó en los defectos constructivos y la ruina de las viviendas y que se hicieron puntuales referencias a las personas que habrían formado parte de la planificación y ejecución de la obra de construcción.

2.2. Coincido con el distinguido colega de grado en la aplicación al caso del sistema protectorio del consumidor. Pero creo que la cuestión no puede quedar focalizada exclusivamente al marco normativo de la LDC y a su art. 10 bis, como si fuera la única lente con la que observar, analizar y decidir la cuestión debatida.

Más aún si se excluyó la aplicación del art. 40 de esa ley por tratarse de un supuesto vinculado al incumplimiento de un deber de prestación y no de protección, con la remisión a argumentos doctrinarios y jurisprudenciales de innegable relevancia.

Si partimos de los hechos que originaron este caso, estamos ante una compraventa de inmueble —calificación con la que también coincido con el sentenciante—, contrato que cuenta con gran cantidad de normas que lo regulan de manera directa e indirecta en el Código Civil y que no pueden ser soslayadas como si un régimen estuviera disociado del otro. Por el contrario, el consumidor inmobiliario ve así ampliado su protección a un sistema doble, que se debe armonizar y complementar: el del derecho común y el de la LDC. Esto implicar reconocer la coexistencia e interacción de ambos regímenes, tal como si fueran vasos comunicantes **(1)**.

Precisamente, el Libro Segundo, Sección Tercera, Título VI, Capítulo VIII incorpora la garantía por vicios de construcción de la vivienda, también llamada garantía por ruina (art. 1646; invocado por la actora en su demanda).

Esta garantía por ruina es de orden público, y como tal, no corresponde que las partes del contrato convengan en dejarla sin efecto **(2)**. Es que, si bien regula las relaciones patrimoniales entre las partes del contrato, no pertenece al orden público económico sino al orden público general, aún más trascendente para la vida social dada la peligrosidad que supone en toda sociedad moderna, especialmente en las concentraciones urbanas, la ruina de las construcciones. Así, parece correcto mantener fuertemente obligados a quienes hayan ejecutado la obra, no permitiéndoles liberarse por pacto alguno **(3)**.

La finalidad de la norma es clara, pues las edificaciones que se levanten tienen que respetar un principio fundamental: la perfecta ejecución de la obra. Es un principio básico de la ingeniería civil, obligatorio para el empresario constructor y demás profesionales partícipes del proyecto y de la dirección (arts. 902 y 909 Código Civil) **(4)**. Deviene indispensable la solidez de la estructura para que el edificio cumpla con el destino previsto (arts. 2164 y 2621 Código Civil) **(5)**. Esta responsabilidad se funda, en definitiva, en razones de seguridad pública **(6)**.

Si bien el artículo 1646 del Código Civil —reformado por la ley 17711— aparece inmerso dentro de la regulación de la locación de obra y no señala en forma expresa quiénes revisten la calidad de legitimados activos, se ha interpretado por la doctrina y la jurisprudencia que beneficia, además del dueño de la obra, a los adquirentes de las unidades afectadas **(7)**, a pesar de no estar ligados por un contrato de locación de obra. Si bien en principio los efectos de los contratos no se extienden a quienes no fueron parte, excepcionalmente cuando se relacionan con la cosa misma objeto mediato del contrato, pueden extenderse al adquirente posterior de la cosa **(8)**.

La exigencia de tratarse de obras destinadas a larga duración indica que es muy probable que la persona que demande sea distinta del contratante originario; la tesis contraria —como dice Aída Kemelmajer— deja injustamente afuera a los adquirentes de unidades de viviendas en construcción, sujetos especialmente vulnerables, pues el comitente es la empresa que vende y financia estos edificios, y no los adjudicatarios de las unidades **(9)**.

Por otra parte, la interpretación más favorable al consumidor, según el art. 3 de la LDC viene en respaldo del criterio precedentemente expuesto.

Lo expuesto no implica negar al adquirente la acción que pueda tener contra el enajenante. Es decir, producida la ruina estando la obra en posesión del sucesor a título particular, este cuenta con un "ramillete" de acciones: frente al antecesor, las que derivan de la venta; frente al empresario, el proyectista y el director de la obra, la garantía que emana del artículo 1646 **(10)**.

La acción pertenece así a quien sufre las consecuencias de la culpa cometida y cuya titularidad se transmite de propietario a propietario **(11)**. En este sentido, parece razonable que si alguien compra una cosa sobre la cual se ejecutó una obra y esta, encontrándose en el período de garantía se arruinara, quien sufre el daño es el adquirente, no el vendedor, y es más lógico reconocerle una acción directa, que una contra el vendedor y que este a su vez actúe contra el locador con quien contrató **(12)**.

Con mayor razón, este criterio es aplicable en el caso particular que estamos tratando, donde la sociedad que compró el lote y construyó es la misma que la que vendió las unidades funcionales (pág. 117, último parráfo; ver asimismo su objeto societario: construcción y venta de edificios, pág. 92). Desde esta última perspectiva, se ha entendido que si la vendedora, además, es la constructora, su responsabilidad por los vicios ocultos se rige por las normas establecidas para los vicios redhibitorios **(13)**. Pero si se trata de un supuesto de ruina total o parcial, no obstante que frente a la adquirente la empresa constructora revistió en su momento el carácter de vendedora, no puede liberarse de la responsabilidad emergente del art. 1646 por el solo hecho de adoptar la forma contractual de la compraventa y no de la locación de obra **(14)**. Sería muy fácil convertir en letra muerta el art. 1646, que establece en su último apartado que "no será admisible la dispensa contractual de responsabilidad por ruina o total o parcial" con el solo subterfugio de que el propietarioconstructor de un edificio se someta a las disposiciones del contrato de compraventa, lo que –en palabras del recordado voto de la Dra. Ana María Conde— es inadmisible **(15)**.

Para concluir con el marco jurídico, el artículo 1646 citado responsabiliza al constructor por la ruina total o parcial, si esta procede de vicio de construcción o de vicio del suelo o de mala calidad de los materiales. Este concepto de ruina debe entenderse en un sentido jurídico amplio y no literal, comprensivo de la destrucción total o parcial, de la amenaza de ruina y de la ineptitud funcional de la obra **(16)**. No es necesario que las fallas comprometan la estabilidad del edificio, basta que los deterioros impidan el aprovechamiento, como el hundimiento de los pisos o las rajaduras de los tabiques divisorios **(17)**. Este concepto se ve reafirmado por el CCCN —que constituye una importan-

te pauta interpretativa— cuyo art. 1273 lleva como título, precisamente, "obra en ruina o impropia para su destino". El plazo para que sea aplicable esta responsabilidad es de diez años de recibida la obra, también más benéfico que la LDC **(18)**.

2.3. En definitiva, la aplicación de la normativa específica del régimen común contempla para este caso –valga la paradoja– una mayor protección al consumidor que el art. 10 bis de la LDC, al ampliar los sujetos obligados y no limitarlo al vendedor como proveedor y contratante directo.

Por consiguiente, a fin de decidir la cuestión deberán conjugarse tanto la norma específica, que en el caso viene dada por el art. 1646 Código Civil, como las genéricas que protegen al consumidor (LDC).

3. Análisis fáctico

El juez de grado concluyó que los bienes adquiridos por los demandados presentaban vicios y defectos en su construcción al momento de celebrarse la compraventa, por lo que condenó a Vavülen S.R.L. a resarcir los daños padecidos por los accionantes como consecuencia de esos desperfectos.

La parte demandada se agravió y pidió revocar el pronunciamiento. En lo medular, criticó la fuerza probatoria de los informes periciales producidos, pues a su entender no están debidamente fundamentados y no tuvieron en cuenta el aumento del nivel de las napas que se produjo por efecto de las lluvias.

En el proceso se convocó a un perito arquitecto y a un ingeniero civil, cuyos dictámenes mostraron conclusiones similares.

El perito ingeniero civil informó que ambas unidades presentan humedad y filtraciones procedentes del exterior y que el ingreso de agua responde a defectos constructivos (pág. 553, énfasis añadido). Dichas filtraciones resultaron ser de diversa magnitud y en su informe detalló los signos de humedad y hongos que encontró en distintas partes.

De acuerdo al perito arquitecto, es aceptable que en la superficie exterior de un muro se formen microfisuras, las que son sumamente delgadas, pero resulta distinto una grieta o una rajadura, que tiene mayor espesor y es síntoma de un daño estructural serio que requiere reparación (pág. 504, punto 9, énfasis agregado).

A raíz de esas señales, señalaron que los daños existentes en las unidades no responden a faltas de mantenimiento sino a patologías constructivas derivadas de errores de ejecución en la construcción original (pp. 502, punto 2 y 503, punto 9; énfasis añadido).

No se trata en el caso de pequeñas fisuras o microfisuras, como las calificó la parte demandada, sino de errores graves y groseros en la fundación de la edificación —las bases están mal ejecutadas y mal diseñadas— debido a las cuales se produjo el quiebre de la estructura y se están desplazando las distintas partes, al punto de catalogar los daños como colapso o ruina de obra. Errores que, de acuerdo al ingeniero, son inaceptables en cualquier obra y demuestran una falta de correcto manejo del agua de napa, algo básico en el arte de la construcción (pp. 553 vta. y 554 vta.).

Como consecuencia de ello, las bases están siendo incapaces de compatibilizar las tensiones transmitidas al suelo con la capacidad portante de este (pág. 615 vta.). Se observaron rajaduras con desplazamiento de la pared, lo que significa que se encuentra fracturada y que una parte de ella ha girado formando un ángulo con la otra parte, mostrando un salto entre los segmentos: la fundación se está hundiendo y girando, por lo que las paredes se parten y se desalinean, comprometiendo no solo la estructura sino también las instalaciones de gas y electricidad (pág. 553 vta.).

Se registraron signos del daño generalizado en las bases: desprendimientos de revoque, rajaduras con desplazamiento algunas de ellas atravesando ambientes, grietas cuyo ancho es comparable al tamaño de una lapicera en algunos sitios y al de una moneda en otros, olor a humedad, paredes mojadas, puertas deformadas debido a estar su marco sometido a cargas de la pared, piso quebrado y hundido, con una parte formando un plano horizontal y la otra un plano inclinado y deformaciones perceptibles a simple vista que generan tensiones altísimas en el material (pp. 553 vta./554 vta. y 615).

Parte de una de las unidades está construida sobre las cocheras subterráneas, donde el piso está roto y muestra las fracturas y giro que señaló el experto, formando varios planos con ángulos entre sí, el tabique de hormigón que sostiene la losa del techo —y consecuente el piso de la vivienda— está fisurado y hay abundante ingreso de agua en la unión del piso del garage con una de las columnas (pág. 554 vta).

La información pericial no estuvo desentendida de la realidad que afecta a la napa freática de la zona. El arquitecto señaló que desde 1960 persiste un aumento de las lluvias consecutivas cuyo nivel recargan la napa y modifican la estabilidad de las construcciones (pág. 502, punto 5) y que cuando se privatizó el sistema de agua potable y cloacas se dejó de utilizar el agua subterránea de la zona, por lo que inmediatamente el líquido comenzó a subir, empujando la napa hacia arriba (pág. 503, punto 6). Indicó que la suba de napas por encima de los niveles históricos es de público conocimiento y que de hecho las empresas de

construcción se ven obligadas a utilizar bombas para retirar transitoriamente ese líquido mientras realizan las obras (pp. 513/514).

Ahora bien, las bombas de desagüe presentes en el subsuelo del complejo —en el sector de las cocheras— no parecen ser la solución a ello: deprimen la napa, pero al ser una instalación a nivel domiciliario son solamente un paliativo, un recurso que logra mejoras mínimas de los daños a las construcciones, ya que el inconveniente se presenta a nivel regional (pág. 504, punto 10). En este sentido, poco aportan al caso el registro de precipitaciones entre julio y septiembre de 2012 que brindó el Servicio Meteorológico Nacional (pp. 607/608) como el plano de bombas depresoras y las mediciones de la napa freática de 2010 a 2012 que acercó la Municipalidad de Almirante Brown (pp. 478/484).

Es que resulta normal que una edificación se encuentre bajo el agua, pero la misma debe ser capaz de soportar la acción del agua sin auxilio mecánico (pp. 613) y es un conocimiento básico y primordial para quien encara una construcción, que el aumento del nivel de la napa produce un empuje hacia arriba. Consecuentemente, al realizar una construcción semienterrada como lo son las cocheras se debe realizar una losa especial —denominada "de subpresión"— para resistir esa presión negativa ejercida por el agua. Asimismo, en los cálculos estructurales se debe garantizar la estabilidad del edificio considerando sobrecargas en situaciones de exigencias extremas que superen la normalidad, tales como factores climáticos no habituales (pág. 513).

Las observaciones que la demandada realizó en su expresión de agravios reeditan sus impugnaciones (pp. 585/597 y 583/597) y, de todos modos, no logran debilitar los contundentes informes periciales producidos. Parte de los cuestionamientos apuntó a una supuesta falta de consulta de los planos adjuntados, a lo que cabe indicar que el perito ingeniero señaló que la información que ofrecen los planos es limitada: por ejemplo, consta que las columnas de cimientos se encuentran ensanchadas en forma piramidal —fundación directa, recomendable para suelos con buena capacidad portante—, pero si no se cuenta además con la memoria de cálculo y el estudio de suelos, de nada sirve conocer la dimensión de la base pues se desconoce qué clase de suelo hay en el lugar y cuánta fuerza puede soportar (pp. 613 vta., 614 vta. y 615).

Contrariamente a lo que se sostuvo en la queja, los dictámenes cuentan con menciones precisas y detalladas de las deformaciones detectadas y sus consecuencias y están acompañados de fotografías (pp. 491/501 y 520/552) que no dejan margen de duda en cuanto al deterioro producido y a su origen. Las imágenes son elocuentes y no parece necesario que los profesionales hayan debido colocar testigos milimétricos, realizar perforaciones o exploraciones complejas para ilustrar la realidad de las construcciones. Asimismo, el cotejo de esas imágenes lleva también a tener por ciertas las fotografías que fueron adjuntadas a la demanda (pp. 20/33 y 38/41), pues se trata de los mismos inmuebles y espacios.

Por otro lado, el perito arquitecto detectó un muy buen nivel de mantenimiento en las unidades, entre los que destacó reparaciones de grietas y filtraciones en los muros exteriores, y señaló que las reparaciones parciales que fueron hechas evitaron el ingreso de agua y que los daños se profundicen (pp. 502, puntos 2 y 3, 514 y 554). En paralelo, el ingeniero civil indicó que los arreglos fueron hechos para paliar los síntomas de las patologías originales de construcción y que de ningún modo las subsanaron ni las agravaron (pág. 615 vta.), por lo que no tiene sustento la hipótesis ensayada por la demandada según la cual los trabajos denunciados en las páginas 351/352 implicaron una intervención y empeoramiento del estado de cosas y, con ello, una alteración de la prueba.

Los profesionales remarcaron con notoriedad que de ninguna manera las patologías constructivas señaladas son consecuencia de falta de mantenimiento (pág. 503, punto 9) y realmente, ante el panorama registrado, resulta muy difícil suponerlo como así tampoco a faltas de ventilación: de hecho, la diferencia térmica entre el interior y el exterior no llega a ocasionar fisuras (pág. 504, punto 9). Cabe agregar que fue encontrada humedad tanto ascendente como descendente (pág. 502, punto 4) y que además del ingreso de agua por las grietas, se encontró una falla de la capa aisladora horizontal debido a un cantero exterior a lo largo del muro que retiene humedad (pág. 502, punto 4), un tirante de madera de techo saliendo a mitad de la pared sin protección contra el agua (pág. 554 vta.) y en el patio una rejilla sin ningún caño conectado, con una abertura que drena hacia la tierra, lo que es un dato más de la negligencia y desidia con la que se realizó la construcción (pág. 554).

Este argumento en el que insiste la demandada pierde toda fuerza si se considera que en el caso de la unidad 4 existe un descenso cercano a los 10 cm del muro divisor de unidades y un gran deterioro de la parrilla, al límite de la ruina, que son claras evidencias de una falla de dimensionamiento y ejecución del cimiento adecuado (pág. 513, énfasis añadido). Dicha parrilla presenta profundas grietas de mampostería con riesgo de colapso, acompañadas por grietas en el muro divisor de unidades que se encuentra a su lado (pág. 500), presenta los mismos signos de fallas de base que el resto de la construcción y es irrazonable suponer allí una falta de mantenimiento, dado que se

trata de un sector destinado a permanecer a la intemperie y sometido a todo tipo de inclemencias climáticas.

Así, la prueba pericial recopilada es contundente al ilustrar de manera objetiva los defectos constructivos de las unidades de los demandantes y, en particular, logran explicar con un lenguaje sencillo la problemática involucrada y las consecuencias que están a la vista (conf. art. 477 del CPCCN).

Ninguna influencia tienen las declaraciones que los accionantes agregaron como prueba documental (pp. 50/54, ratificados luego en las pp. 76 y 79) y que la demandada señaló especialmente en su queja, pues incluso con su prescindencia se arriba a la misma conclusión.

Asimismo, la responsabilidad determinada por el juez no se ve desdibujada por las previsiones del art. 388 del CPCCN. En su momento se intimó a los accionantes a denunciar el nombre de la persona o entidad que se encontraba administrando el Consorcio, a fin de requerirles documentación que entendían conducente (pp. 119, 177, 195 y 203) y aunque los demandantes no dieron respuesta, el desconocimiento fue sorteado por el codemandado Miguel A. Savino, que en la pág. 230 vta. directamente pidió intimar a los administradores —ajenos a este proceso—, lo que ocurrió posteriormente (pp. 247 y 263/264).

De todos modos, frente a la fuerza de la prueba pericial, ni el silencio de los actores ni la providencia de la pág. 267 —que tuvo presente el apercibimiento a los administradores— aportan una presunción contraria a la pretensión, por lo que en el caso carecen de la importancia y el peso que la demandada pretendió darles en su agravio (art. 386 del CPCCN).

Por todas estas razones, los argumentos desarrollados por la parte demandada no logran desvirtuar la valoración de la prueba hecha por el juez de la instancia anterior, por lo que voto por confirmar la responsabilidad de Vavülen S.R.L. por aquellos perjuicios que sean consecuencia de los defectos constructivos en los inmuebles que vendió a los actores.

4. Extensión de la responsabilidad a Jorge y Miguel Savino

Como quedó claro con el examen de los peritajes, los graves defectos de las unidades vendidas permiten incluirlos dentro del concepto de ruina parcial contemplado por el art. 1646 del Código Civil. En efecto, tales fallas proceden de vicio de construcción y de vicio del suelo, además de los mencionados errores de diseño. Lo que conduce, según las circunstancias valoradas y el marco normativo desarrollado al comienzo, a extender la condena al constructor y al director de obra. Es que si el constructor resulta imputable, habiendo director de obra, generalmente este también lo será, pues los vicios de la construcción no habrían podido pasarle inadvertidos si hubiese efectuado una correcta dirección de obra **(19)**.

Por consiguiente, la responsabilidad, además de la admitida en la sentencia a la sociedad Vavülen SRL como vendedora, se hará extensiva al profesional proyectista y director de obra, Jorge Daniel Savino y a quien figura como constructor, Miguel A. Savino, según plano aprobado por la Municipalidad de Almirante Brown (ver pág. 452). Se trata de una responsabilidad indistinta o concurrente (art. 1646 Cód. Civil) **(20)**.

5. Resarcimiento

Dentro de este ítem, mi colega de primera instancia admitió la excepción interpuesta por Vavülen S.R.L. y declaró la falta de legitimación pasiva de los demandantes por los daños y desperfectos que recaen en partes comunes del Consorcio de Propietarios y que habían sido incluidas en la pretensión, decisión que reiteró en la aclaratoria del 9/3/2020 (pág. 734).

Tras ello, fijó a favor de la coactora Rodríguez la suma de $ 703.800 por daño emergente y $ 150.000 por daño moral y a favor del coactor Rinaldi la de $ 1.408.600 por el primer concepto y la de $ 150.000 por el segundo. La condenada al pago criticó tanto la admisión como la cuantificación de estas indemnizaciones, por lo que pidió que se revoquen las partidas o, en su caso, que se disminuya su valor.

5.1. Daño emergente

Al recorrer los párrafos de la queja, advierto nuevamente que se trata de una copia íntegra de la impugnación presentada en las pp. 583/597 y que fue prolijamente respondida por el perito punto por punto (pp. 613/617), circunstancia que autorizaría a declarar desierto este ítem (arts. 265 del CPCCN).

De todos modos, entiendo útil señalar que el perito ingeniero calculó los costos al día de la inspección y consideró el personal idóneo en el tema, el uso de materiales de primer nivel y el cumplimiento de la normativa técnica y laboral vigente, a fin de evitar proyectar soluciones poco duraderas (pág. 616).

Desde este punto de vista, ante la gravedad de la situación edilicia antes referida y lo que muestran las imágenes adjuntadas por ambos expertos, encuentro razonable la serie de trabajos necesarios en las unidades afectadas, que paso a referir.

Unidad 3, de Rodríguez: 15

- Recomposición de la aislación hidrófuga, pintura, adecuación de pisos despegados, recomposición de zócalos, sellado de ventana

- Reparación en paredes, colocación correcta de estufa, colocación de llaves (trabas) en paredes para evitar incremento del tamaño de rajaduras, recomposición de revoques, limpieza de hongos y pintura.

- Impermeabilización total exterior, reparación de rajaduras, sellado de fisuras y reparación de revoques sueltos.

- Colocación de membranas en zona de tanque de agua, adecuación de la estructura del techo expuesta y adecuación de instalación eléctrica.

- Demolición del patio, retiro de escombros, aporte de tierra firme, compactación, armado de contrapiso, colocación de cerámicos, pintura, adecuación de rejillas de desagüe y sellado de canteros.

Unidad 4, de Rinaldi:

- Demolición íntegra de pared exterior rajada y de piso hundido, retiro de escombros, reconstrucción, colocación de cerámicos, nueva puerta, aislación hidrófuga, revoque exterior, plomería, gas, electricidad y pintura.

- Demolición del patio, de la parrilla y de la pared dañada, retiro de escombros, aporte de tierra firme, compactación, armado de contrapiso, colocación de cerámicos, pintura, adecuación de rejillas de desagüe, reconstrucción, revoque exterior, electricidad y plomería.

- Retiro de cubierta de techo y maderas podridas y colocación de nuevos ejemplares con sellado general.

- Impermeabilización total exterior, reparación de rajaduras, sellado de fisuras y reparación de revoques sueltos.

- Limpieza de hongos, aplicación de pintura y tareas de albañilería y de gasista para adecuación de artefactos a gas.

Entiendo que corresponde adherir a las consideraciones del experto, ya que aun cuando el dictamen carece de valor vinculante para el órgano judicial (art. 477 del CPCCN), para apartarse de sus conclusiones hay que encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia o que existen en el proceso elementos probatorios provistos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos.

Asimismo, debe tenerse presente que de acuerdo al perito, los daños constatados el día de la inspección pudieron ser más graves que al momento de inicio de la demanda y que la suma que originalmente había sido reclamada es insignificante para dar solución a los daños relevados (pág. 616 vta.).

En consecuencia y ante la falta de una crítica razonada de este punto, entiendo que el monto asignado por el juez debe ser confirmado.

5.2. Daño moral

Al reconocer este daño, el juez tuvo en cuenta los desperfectos existentes en las unidades, que constituyen la vivienda de los accionantes, y la profusa prueba testimonial aportada, de la que se desprenden las ilusiones que los actores tenían respecto a los bienes que adquirieron y las circunstancias que debieron afrontar como consecuencia de los vicios referidos.

La demandada consideró, por el contrario, que todos los testimonios presentados se encuentran enmarcados dentro de las generales de la ley y que, por ello, debieron ser analizados con mayor rigor, puesto que a su juicio no resultan creíbles y son contradictorios.

De acuerdo a los dichos de los testigos en las audiencias videofilmadas, A. I. C. A. vivió en mismo complejo de los actores y los conoce por haber sido vecino de ellos (pág. 424), N. E. B. es cuñada de la pareja conviviente del coactor Rinaldi y lo visita dos veces por año (pág. 425), J. P. P. fue compañera de la escuela primaria de la coactora Rodríguez, mantiene una relación de amistad y la visita con frecuencia (pág. 473), M. I. P. fue compañera del colegio secundario de la coactora Rodríguez, mantiene una relación de amistad y la visita con frecuencia (pág. 413), K. A. B. fue compañera del colegio secundario de la coactora Rodríguez y concurre a su casa cuando hay una reunión de excompañeros (pág. 475), I. M. A. es familiar de la conviviente del coactor Rinaldi y los visita unas tres veces por año (pág. 423), S. M. B. conoce a la coactora Rodríguez desde hace varios años a través de su hermano y concurría a darle clases particulares a su hija (pág. 421) y M. B. G. fue compañera del colegio secundario de la coactora Rodríguez y la visitó pocas veces (pág. 415).

Ninguna duda cabe que los testigos, aunque no están específicamente enmarcados en los vínculos previstos por los arts. 427 y 441 del CPCCN, tienen algún

tipo de cercanía con los accionantes, lo cual deviene lógico pues se trata de consecuencias presentes en el inmueble que ellos habitan y, por lo tanto, de un espacio íntimo que normalmente se comparte con un círculo restringido.

De todas maneras, incluso si se dejan de lado los testimonios de C. A. y de B. —quienes habían ya realizado manifestaciones antes de promoverse la demanda (pp. 50/54)—, los demás testigos aportaron descripciones muy similares sobre la presencia de rajaduras o fisuras, hundimiento de algunos sectores del piso, signos de humedad en paredes y zócalos y algunos arreglos que ellos mismos pudieron percibir en una u otra de las unidades las veces que fueron.

No hallo signos que me lleven a dudar de la sinceridad de sus relatos, y si bien es cierto que algunos interrogatorios contenían preguntas que no se ajustaban a las exigencias del art. 443 del CPCCN —y que así fue advertido por la audiencista—, también debe destacarse que la mayoría de los testigos las contestaron antes de que llegaran a ser formuladas, por lo que no encuentro en esa circunstancia un motivo para invalidar sus dichos (conf. art. 456 del CPCCN).

En particular, B. aludió a la ilusión que Rinaldi y su pareja tenían cuando compraron la unidad y G. indicó que la coactora Rodríguez le hizo varios comentarios acerca del mal estado en el que resultó estar el inmueble. Igualmente, más allá de lo afectivo o del proyecto personal que la compra pudiera significar, no hay dudas de lo que inquietante que resulta el avance y la permanencia sobre la propia vivienda de las consecuencias de la problemática acreditada.

Así, entiendo que el daño moral fue correctamente admitido en la sentencia, puesto que consiste en una lesión a intereses extrapatrimoniales tutelados por la ley. Lo difícil de su valoración no significa que el dolor y las aflicciones sean insusceptibles de apreciación económica. En tal caso, la indemnización monetaria cumple una función reparadora o de satisfacción, que encuentra fundamento legal en el art. 1741 del CCCN: "El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatoria que pueden procurar las sumas reconocidas". Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etcétera, que le permitan a la víctima "obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales".

Como la reparación del daño moral no se hace en abstracto, sino en cada caso concreto, es justo que esté en relación con la magnitud del perjuicio o de la afección involucrada. A fin de evaluar este reclamo, tengo en cuenta entonces que el daño que repercute en sus sentimientos más íntimos proviene de defectos en la propia vivienda de los actores y las condiciones personales de los demandantes, que paso a señalar.

Karina L. Rodríguez trabaja como empleada administrativa, vive en la unidad en cuestión con su hija en edad universitaria y al momento de recibir el inmueble tenía la edad de 38 años (pp. 1/10, 35/42, 90 vta., 158 y 165 del beneficio de litigar sin gastos, expediente 71.135/2014/1). Por su parte, Bruno F. Rinaldi se desempeña como empleado administrativo de una empresa ferroviaria, vive en el inmueble junto a su conviviente y al momento de recibir el inmueble tenía 35 años (pp. 1/7, 9, 13/22, 59, 69 vta. y 132/134 del beneficio de litigar sin gastos, expediente 71.135/2014/2).

Sobre estas bases, y tasa de interés activa fijada por el juez —sobre la que no hubo agravio— , entiendo que corresponde reducir la presente partida y fijarla en el máximo pedido por cada parte, esto es, $20.000 para Karina Luján Rodríguez y $ 20.000 para Bruno Fernando Rinaldi, valores que se toman a la fecha de la demanda.

6. Pedido de multa por temeridad y malicia

Los accionantes solicitaron que se imponga una multa a la parte demandada a fin de sancionar su conducta procesal. Indicaron que su contraparte intentó perturbar el curso del proceso con articulaciones dilatorias y desleales, entre las que destacaron sus acciones frente a los informes periciales, la negativa desmesurada de condiciones y circunstancias que resultaron corroboradas en la causa y, en consecuencia, la inconsistencia de la propia apelación de la sentencia.

La parte demandada señaló que el no compartir la realidad de los hechos ventilados, someterlos a debate, recurrir a los remedios procesales cuando se creyeron con derecho a hacerlo, discrepar con el resultado de la sentencia, proponer un determinado análisis de la prueba y cuestionar la actuación de los auxiliares de justicia no pueden involucrar una conducta disvaliosa, por lo que pidió que se rechace el pedido de su contraria.

Al respecto, cuadra señalar que la temeridad o malicia aprehendida en los arts. 45, 551 y concs. del CPCCN se desdobla en dos elementos subjetivos: dolo, intención de infligir una sinrazón; y culpa, insuficiente ponderación de las razones que apoyan la pretensión o discusión, respecto de la cual la doctrina exige que la falta de fundamento aparezca en una indagación elemental. Ambos concurren a configurar la "conciencia de la propia sinrazón", consistente en

promover o prolongar un proceso en forma dolosa o culposa al punto de tornarlo en un "litigio temerario en el que la injusticia es absoluta por estar hasta en la intención misma de quien litiga" **(21)**.

Por ello, el instituto apunta a la conducta contraria a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, manifestada en forma persistente a través de las distintas etapas del proceso y la imposición de una multa debe recaer sobre quien, por incurrir en una inconducta procesal grave, dilate injustificadamente el trámite de una causa y provoque un menoscabo en el ejercicio de los derechos de alguna de las partes. Sin embargo, al aplicarlas, los magistrados deben actuar con prudencia, de manera tal de no afectar la garantía del debido proceso, el derecho de defensa ni el de propiedad **(22)**.

En este punto, debo destacar que las negativas esbozadas al momento de contestar la demanda fueron efectuadas en línea con las disposiciones del art. 356 del CPCCN y que con este acto, los cuestionamientos a la prueba pericial y la apelación de la sentencia la demandada materializó su defensa en juicio, sin llegar advertirse un despliegue desmedido de herramientas procesales que carezcan de fundamento o que hayan realmente obstruido el curso del proceso.

Por ello, voto por rechazar el pedido de aplicación de sanciones.

7. Costas

Si mi voto fuera compartido, y dado el resultado de la apelación, las costas de ambas instancias corresponde que sean a cargo de la parte demandada, quien resultó sustancialmente vencida (art. 68 CPCCN). Este criterio comprende también las originadas para la denominada falta de legitimación, que fueron impuestas por su orden (punto II de la sentencia apelada). En efecto, la solución sobre el fondo conlleva el cambio del criterio adoptado en la instancia anterior. Pero además, al no tratarse de una excepción sino de una defensa de fondo (ver resolución en las pp. 290 y vta., punto 6), de todas maneras no correspondía la imposición de costas específica, sino que debía hacerse para todo el litigio de acuerdo a su resultado **(23)**. Por lo tanto, en este aspecto también se modifica la sentencia.

8. Conclusión

Por lo expuesto, propongo al acuerdo:

1) Confirmar la sentencia en lo principal que decide y revocarla en cuanto admitió la falta de legitimación pasiva opuesta por los codemandados Jorge Daniel Savino y Miguel Ángel Savino, la que se rechaza y, en su mérito, se les extiende la condena dictada contra Vavülen SRL.

2) Reducir la partida por daño moral a la suma de $ 20.000 para Karina Luján Rodríguez y $ 20.000 para Bruno Fernando Rinaldi, valores a la fecha de la demanda. 3) Rechazar la aplicación de multa por temeridad y malicia. 4) Modificar la imposición de costas, las que serán a cargo de la parte demandada en su totalidad. La Dra. María Isabel Benavente 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 electrónicamente los señores jueces. *María I. Benavente. — Guillermo D. González Zurro.*

Buenos Aires, 14 de junio de 2021

Visto:

Lo deliberado y las conclusiones establecidas en el acuerdo precedente, el Tribunal

Resuelve:

1) Confirmar la sentencia del 3/3/2020 y su aclaratoria del 9/3/2020 en lo principal que decide y revocarla en cuanto admitió la falta de legitimación pasiva opuesta por los codemandados Jorge Daniel Savino y Miguel Ángel Savino, la que se rechaza. En su mérito, se les extiende la condena dictada contra Vavülen.

2) Reducir la partida por daño moral a la suma de $ 20.000 para Karina Luján Rodríguez y $ 20.000 para Bruno Fernando Rinaldi, ambos valores a la fecha de la demanda.

3) Rechazar la aplicación de multa por temeridad y malicia.

4) Modificar la imposición de costas, las que será a cargo de la parte demandada en su totalidad.

5) Registrar, notificar electrónicamente y remitir en devolución a primera instancia.

Se deja constancia de que la vocalía nº 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente. — Guillermo D. González Zurro.*

(1) ARIEL C. ARIZA, "Contratación inmobiliaria y defensa del consumidor", en Tratado del Derecho del Consumidor, Dir. STIGLITZHERNÁNDEZ, Buenos Aires,Thomson Reuters La Ley, 2015, tomo II, pp. 475 y cita 1; 477 y sigtes. Si bien la mención es al CCCN, con mayor razón se aplica al Código Civil velezano.

(2) arg. art. 1646 último párrafo; ALBERTO SPOTA (H), "Responsabilidad por ruina de obra", TR La Ley

AR/DOC/552/2012; MARCELO LÓPEZ MESA, "La responsabilidad del locador de obra por ruina de edificios destinados a larga duración ¿Lo que nuestra jurisprudencia denomina "ruina" lo es?", TR La Ley 0003/014502

(3) NOEMÍ NICOLAU, en BUERESHIGHTON, Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, tomo 4A, pág. 647.

(4) MARCELO URBANO SALERNO, "Daños en la construcción y principio de perfecta ejecución", RCyS 2014XI, 69, TR La Ley, cita online AR/DOC/2686

(5) MARCELO URBANO SALERNO, "Daños en la construcción y principio de perfecta ejecución", RCyS 2014XI, 69, TR La Ley, cita online AR/DOC/2686/2014

(6) CNCiv., Sala H, voto del Dr. Kiper en "Dodero Torres S.A. c. Roentgen S.A.", del 12/12/2006, RCyS 2007, 893 TR La Ley AR/JUR/10455/2006; GUILLERMO A. BORDA, Tratado de Derecho Civil, Buenos Aires, Perrot, Contratos tomo II, nº 1131, pág. 145.

(7) MARCELO LÓPEZ MESA, "La responsabilidad del locador de obra por ruina de edificios destinados a larga duración ¿Lo que nuestra jurisprudencia denomina "ruina" lo es?", TR La Ley 0003/014502 y sus citas de Rezzónico, Trigo Represas y precedente "Consorcio Av. San Martín" de la Sala F de la Cámara Civil; BELLUSCIOZANNONI, Código Civil comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, Astrea, tomo 8, pág. 231 y citas de Spota y de Borda; NOEMÍ NICOLAU, en Bueres Highton, Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, tomo 4A, pág. 653; GUILLERMO A. BORDA, Tratado de Derecho Civil, Buenos Aires, Perrot, Contratos tomo II, nº 1131, pág. 146

(8) NOEMÍ NICOLAU, en BueresHighton, Código Civil. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, tomo 4A, pág. 653

(9) AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración", Revista de derecho de daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 20042, pág. 59 y cita del Tribunal Supremo de España.

(10) AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Responsabilidad de los profesionales de la construcción, especialmente por ruina en obras destinadas a larga duración", Revista de derecho de daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 20042, pág. 59.

(11) ERNESTO WAYAR, Evicción y vicios redhibitorios, Buenos Aires, Astrea, 2001, tomo 3, pág. 150 y doctrina y jurisprudencia citadas bajo nº 87.; CNCiv., Sala F, del 29/4/1991, "Consorcio Avda. del Libertador Gral. San Martín 4496/4498 v. Edificadora Libertador", voto de la Dra. Ana María Conde, LL 1992B27 y DJ 19921804 cita online TR La Ley 93100082

(12) EDUARDO GREGORINI CLUSELLAS, "Las acciones del adquirente o locador de obra de un inmueble con vicios", TR La Ley, cita online AR/DOC/3726/2007

(13) CNCiv., Sala F, del 29/4/1991, "Consorcio Avda. del Libertador Gral. San Martín 4496/4498 v. Edificadora Libertador", voto de la Dra. Ana María Conde, LL 1992 B27 y DJ 19921804 cita online TR La Ley 93100082; CNCiv., Sala H, voto del Dr. Kiper en "Dodero Torres S.A. c. Roentgen S.A.", del 12/12/2006, RCyS 2007, 893 Cita: TR La Ley AR/JUR/10455/2006; ANTONIO J. RINESSI, "Vicios redhibitorios en la construcción material de obras", Revista de derecho de daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 20042, pág. 401 y cita de López de Zavalía.

(14) CNCiv., sala F, fallo citado.

(15) CNCiv., sala F, fallo citado.

(16) CCivyComAzul)(SalaI) del 20/05/2014 "F. de G., B. y otro c. C., N. E. s/ daños y perjuicios" en: LLBA 2014 (julio), 7824 – RCyS 2014X, 218 RCyS 2014XI , 69, con nota de MARCELO URBANO SALERNO; TR La Ley AR/JUR/15987/2014 y citas de: SPOTA, ALBERTO G., Tratado de la locación de obra, Depalma, T. II, ps. 263/264; LORENZETTI, RICARDO L., Tratado de los Contratos, Rubinzal Culzoni, segunda edición ampliada y actualizada, T. II, ps. 741/743; MOLINA QUIROGA, EDUARDO Y VIGGIOLA, LIDIA, comentarios a los arts. 16231647 bis en BELLUSCIO (dir.) y ZANNONI (coord.), Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Astrea, T. 8, ps. 215/217; trabajos publicados en la Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, 20042, "Responsabilidad de los Profesionales de la Construcción", KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA "Responsabilidad...", pp. 7 a 92, esp. pp. 23 a 32; GALDÓS, JORGE M., "La prescripción en las acciones por responsabilidad en la construcción privada. Primeras aproximaciones", pp. 163 a 208, esp. pág. 183; LÓPEZ MESA, MARCELO J. "Responsabilidad contractual y extracontractual en la construcción de obras", pp. 209 a 274, esp. pp. 239 a 244; TALLONE, FEDERICO C. "Aspectos...", cit. pp. 285/295, esp. pp. 290/295; HERNÁNDEZ, CARLOS "El plazo de garantía y caducidad del art. 1646 del Cód. Civil. Alcances y antecedentes históricos", pp. 353/375, esp. pp. 366/368; TALE, CAMILO "Responsabilidad civil del constructor y de los profesionales de la construcción por ruina de la obra", pp. 413 a 490, esp. pp. 418 a 425.

(17) CNCiv., Sala H, voto del Dr. Kiper en "Dodero Torres S.A. c. Roentgen S.A.", del 12/12/2006, RCyS 2007, 893 TR La Ley AR/JUR/10455/2006 y su cita al precedente de la Sala F "Consorcio Av. Del Libertador" y demás doctrina allí citada.

(18) EDUARDO GREGORINI CLUSELLAS, La responsabilidad en el régimen de protección al consumidor, La Ley, cita online AR/DOC/1874/2008

(19) NOEMÍ NICOLAU, obra citada, pág. 650

(20) AÍDA KEMELMAJER, revista citada, pág. 48

(21) CNCiv., Sala M, "Balles, J. M. c/ Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor y otro", expte. 58.069/2012, del 27/5/2020, voto de la Dra. Benavente, con citas de Francesco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, U.T.E.H.A., 1944, II128/130, n° 175; Enrico Redenti, Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, E.J.E.A., 1957I 182/83 y Giuseppe Chiovenda, La condena en costas, Madrid, 1928, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, Nos. 317 y ss., pags. 406 en adelante.

(22) Conf. CNCiv., Sala M, "C., J. A. c/ M., M. S.", expediente 29.745/2013, del 27/12/2019.

(23) ROBERTO LOUTAYF RANEA, Condena en costas en el proceso civil, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 305306.

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

NULIDAD DE NOTIFICACIÓN

Domicilio corroborado por organismos públicos. Validez.

1. — Es válida la notificación bajo responsabilidad efectuada por la parte actora, ya que el domicilio en donde fue llevada a cabo la diligencia coincide con el informado en aquel momento por la Cámara Nacional Electoral y también por el Registro Nacional de las Personas. Asimismo, si bien es cierto que la Administración Nacional de la Seguridad Social dio cuenta de tener registrado el domicilio alegado por la demandada, no lo es menos que de dicha contestación no es posible extraer que estuviera ingresado o vigente en el año 2014, época en la que se cumplió con la notificación, lo que sí pudo corroborarse con los otros organismos públicos.

2. — La especial trascendencia del acto mediante el cual tiene lugar la citación de la parte demandada motiva que la ley lo rodee de formalidades específicas en procura de resguardar el ejercicio del derecho de defensa que tiene rango constitucional. Esta notificación debe dirigirse en principio al domicilio real y diligenciarse del modo dispuesto por el art. 339 del Cód. Procesal. No obstante, y a fin de evitar maniobras del demandado tendientes a frustrarla, en la práctica forense y con sustento normativo en la parte final de esa norma se ha admitido la llamada notificación bajo responsabilidad de la parte actora.

CNCiv., sala I, 08/07/2021. - D'Aloi, Sabrina Soledad c. Gómez, Susana Beatriz s/ cobro de sumas de dinero.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/102697/2021]

ⓘ COSTAS

Se imponen a la apelante vencida.

Expte. n° CIV 075293/2013/CA001

2a Instancia.- Buenos Aires, 8 de julio de 2021.

Considerando:

I. La parte demandada apeló la resolución del 23 de septiembre de 2020 por la que el juez de primera instancia desestimó el incidente de nulidad de la cédula de notificación del traslado de la demanda.

El memorial de agravios fue incorporado el 10 de marzo de 2021 y contestado el 16 del mismo mes.

II. La especial trascendencia del acto mediante el cual tiene lugar la citación de la parte demandada motiva que la ley lo rodee de formalidades específicas en procura de resguardar el ejercicio del derecho de defensa que tiene rango constitucional (conf. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, segunda reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, t. VI, pág. 67).

Esta notificación debe dirigirse en principio al domicilio real y diligenciarse del modo dispuesto por el artículo 339 del Código Procesal. No obstante, y a fin de evitar maniobras del demandado tendientes a frustrarla, en la práctica forense y con sustento normativo en la parte final de esa norma se ha admitido la llamada notificación bajo responsabilidad de la parte actora. Esa modalidad importa que quien la solicita asume la responsabilidad de que el denunciado es efectivamente el domicilio real de la otra parte; este compromiso se traduce en que, probado que el domicilio asignado es falso, se anulará todo a su costa (conf. esta Sala, "Olmos, Damián Ángel c. Cabero, Ana Lorena y otros s. daños y perjuicios", expte. n° 39641/2003, del 10/8/2018; íd. "Navarro, Enrique Francisco c. Vega Valdivia, Genaro Diego y otros s. daños y perjuicios", expte. n° 34763/2016 del 29/3/2019; entre otros).

III. De los antecedentes de la causa surge que la notificación cuestionada fue cumplida el 7 de marzo de 2014 (fs. 42), bajo responsabilidad de la actora, en el domicilio de la calle Santos Dumont ..., de esta ciudad. Por su parte, la demandada alegó al articular el incidente de nulidad (v. aquí) que en esa época vivía en un departamento ubicado en el 4º "C" de la avenida Belgrano ...

El juez de primera instancia consideró, en resumidas cuentas, que la apelante no logró acreditar que su domicilio fuera el de la avenida Belgrano al momento en que se cumplió la notificación cuestionada. Este tribunal, cabe anticipar, comparte esa conclusión.

En efecto, el domicilio en donde fue llevada a cabo la diligencia coincide con el informado en aquel momento por la Cámara Nacional Electoral —fueron pedidos informes con anterioridad a llevar a cabo la diligencia objetada— y ratificado conforme dan cuenta las contestaciones recientes de dicho órgano jurisdiccional, y también por el Registro Nacional de las Personas (v. aquí). Asimismo, si bien es cierto que la Administración Nacional de la Seguridad Social dio cuenta de tener registrado el domicilio alegado por la demandada (v. aquí), no lo

es menos que —como lo expuso el magistrado— de dicha contestación no es posible extraer que estuviera ingresado o vigente en el año 2014, época en la que se cumplió con la notificación, lo que sí pudo corroborarse con los otros organismos públicos.

Sobre este último punto, interesa remarcar que era la demandada quien tenía la carga de acreditar los hechos sobre los que fundó su incidente de nulidad (art. 377 del Código Procesal). Además de que eso no ocurrió, lo concreto es que la apelante ni siquiera controvierte esa conclusión en sus agravios, pues únicamente expone que demostró "que hacía años que vivía allí", sin siquiera mencionar o enumerar los elementos de prueba que darían sustento a dicha afirmación.

Finalmente, resulta inoficioso pronunciarse acerca del agravio que hace hincapié en que el planteo fue ingresado en tiempo propio. Esto es así porque el juez, más allá de haber expresado que las circunstancias alegadas por la demandada en torno al conocimiento del acto procesal impugnado le resultaban poco convincentes, abordó el fondo del planteo y descartó considerarlo extemporáneo.

En definitiva, por las razones expresadas, será desestimado el recurso y confirmada la resolución apelada. Las costas de alzada serán a cargo de la demandada en su calidad de vencida (arts. 68 y 69 del Código Procesal).

Por todo lo dicho, *resuelve:* 1) Confirmar la resolución del 23 de septiembre de 2020; y 2) Imponer las costas de alzada a la apelante.

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 15/13 y 24/13 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. — *Paola M. Guisado.* — *Juan P. Rodríguez.*

REVOCATORIA. AMPLIACIÓN DE PLAZO

Recurso de reposición. Inaplicabilidad.

La ampliación del plazo en razón de la distancia previsto en el art. 158 del Cód. Proc. Civ. y Com. no es aplicable a los efectos del plazo para formular un planteo de revocatoria. La ampliación en el caso sólo era computable para presentar la queja, en tanto el auto denegatorio del recurso extraordinario fue dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, pero no respecto de los ulteriores actos procesales de la presentación directa, ya que al ocurrir en queja la recurrente tenía la carga de constituir domicilio legal dentro del perímetro de la ciudad en la que tiene asiento el Tribunal (art. 40, Cód. Proc. Civ. y Com., art. 5° de la Acordada 4/07 y, en análogo sentido, lo dispuesto en los arts. 249 y 257, Cód. Proc. Civ. y Com.) y la carga de constituir domicilio electrónico.

CS, 08/07/2021. - Tolaba, Uvenceslao c. Municipalidad de San Salvador de Jujuy s/demanda laboral indemnización por daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105640/2021]

CSJ 002295/2017/RH001

Buenos Aires, 8 de julio de 2021

Considerando:

1°) Que contra la resolución del 11 de julio de 2019 (fs. 31), por la que esta Corte desestimó la queja interpuesta por la demandada a raíz de la denegación del recurso extraordinario por parte del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, la recurrente dedujo un pedido de reposición (fs. 33/35), que fue rechazado por haber sido presentado fuera del plazo establecido por el art. 239 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (confr. resolución de fs. 37).

2°) Que en su presentación de fs. 38/39, la recurrente solicita la aclaratoria de la mencionada resolución. Sostiene que el Tribunal omitió considerar la ampliación del plazo en razón de la distancia prevista en el art. 158 del ordenamiento procesal antes citado e invoca, para abonar su posición, el precedente de "Pescasur S.A. y otro c/ Provincia de Santa Cruz" (Fallos: 327:4850).

3°) Que la ampliación de plazos prevista en el referido art. 158 tiene lugar cuando se trata de una diligencia "que deba practicarse dentro de la República y

fuera del lugar del asiento del juzgado o tribunal". En el caso en examen esa ampliación solo es computable a los fines del plazo para presentar la queja, pues el auto denegatorio del recurso extraordinario fue dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy. Por el contrario, en lo que respecta a los ulteriores actos procesales de la presentación directa, dicho supuesto no se verifica, en tanto al ocurrir en queja ante esta Corte la recurrente tenía la carga —que de hecho fue cumplida; confr. fs. 1— de constituir domicilio legal dentro del perímetro de la ciudad en la que tiene asiento el Tribunal (confr. art. 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 5 de la acordada 4/07 y, en análogo sentido, lo dispuesto en los arts. 249 y 257, tercer párrafo del citado código). Tenía, asimismo, la carga de constituir domicilio electrónico, en cumplimiento de las pautas de la acordada 31/11, extremo que también resultó cumplido (v. fs. 11 y 33). En consecuencia, lo dispuesto en el art. 158 no es aplicable a los efectos del plazo para formular un planteo de revocatoria (confr. sentencia del 11 de junio de 2013 in re "Ingema S.R.L. c/ Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán").

4°) Que en el precedente "Pescasur S.A." invocado por la actora, la parte que interpuso el recurso de reposición —la Provincia de Santa Cruz, demandada en esa causa— no había constituido aún domicilio en el ámbito de la Capital Federal y había impugnado una medida cautelar solicitada por la demandante que resultó concedida inaudita parte. Por lo tanto, al diferir notoriamente las circunstancias del presente caso con las del referido antecedente, resulta claro que el criterio allí admitido en cuanto a la ampliación del plazo no es trasladable al sub examine (confr. fallo supra citado).

Por ello, se desestima lo solicitado a fs. 37. Notifíquese y estese a lo resuelto a fs. 31/32 y 37. Aclaratoria interpuesta por la Municipalidad de San Salvador de Jujuy, demandada en autos, representada por el Dr. Eduardo Martín Rodríguez Brabo. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti.*

RESPONSABILIDAD POR COSTAS. PRORRATEO

Prorrateo cuando superan el 25% del monto de la demanda. Constitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Com. Aplicabilidad en los casos de rechazo de la demanda. Oportunidad del planteo.

1. — Es doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires la aplicabilidad del prorrateo de las costas cuando superan el 25% del juicio en los casos de demanda rechazada más allá se trate de cuestiones laborales o no.

2. — No existe imposibilidad de regular los honorarios por los trabajos profesionales conforme a las disposiciones locales, sino que, frente a la actual cosmovisión del nuevo articulado legal, se infiere una cuestión de medida respecto del porcentual posible de afectación al deudor, en lo vinculado a su deber de reparación integral con consecuencias razonables para este, ya que su responsabilidad por las costas estará acotada a parámetros coherentes con el carácter accesorio que estas representan.

3. — Si la petición no ha sido introducida una vez verificada el presupuesto condicionante de la norma, esto es, una vez firmes las regulaciones que permitan determinar si efectivamente los costos del proceso superan el 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, acaecida la mora en el pago de lo adeudado, se consolida el importe del crédito, que ingresa en forma definitiva al patrimonio de su beneficiario, quedando habilitado para entablar las acciones legales que estime conveniente en procura de obtener en forma íntegra la satisfacción de lo que le es debido.

4. — El control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas estas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto.

5. — Si la petición del prorrateo no ha sido introducida una vez verificada el presupuesto condicionante de la norma, esto es, una vez firmes las regulaciones que permitan determinar si efectivamente los costos del proceso superan el 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, acaecida la mora en el pago de lo adeudado, se consolida el importe del crédito, que ingresa en forma definitiva al patrimonio de su beneficiario, quedando habilitado para entablar las acciones legales que estime conveniente en procura de obtener en forma íntegra la satisfacción de lo que le es debido.

6. — El límite temporal a fin de solicitar la aplicación del art. 730 del Cód. Civ. y Com. resulta ser una vez que se encuentren firmes los honorarios regulados y antes de operarse la mora para el pago de estos. Es que, una vez operada la mora en el pago de lo adeudado, se consolida el importe del crédito, que ingresa en forma definitiva al patrimonio de su beneficiario, quedando habilitado para iniciar las acciones correspondientes.

7. — La obligación de practicar la liquidación del prorrateo recae sobre quienes tienen interés en que se aplique dicha limitación, de modo tal que corresponde hacer lugar al planteo efectuado, resultando carga de los actores practicar el prorrateo correspondiente bajo apercibimiento de tener por desistida la petición.

8. — Con la notificación de la ejecución de los honorarios se encuentra debidamente cumplida la interpelación a los fines del cobro de estos, no siendo necesario una nueva notificación con trascripción del art. 54 de la ley 14.967 de Buenos Aires. Es que se trataría de una formalidad innecesaria, resultando la conducta de los acreedores debidamente clara en cuanto a su intención de cobro a partir del inicio de la ejecución de sentencia, una posición más rígida por parte de los deudores insistiendo en una nueva notificación implicaría una conducta reñida con la buena fe procesal.

CCiv. y Com., Azul, sala I, 01/07/2021. - Curutchet y Martínez, José L. y otros s/ tutela.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/97331/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

Causa N° 1-66694-2020

2ª Instancia.- Azul, julio 1 de 2021.

1ª ¿Es justa la resolución dictada el día 04/05/2020? 2ª Es justa la sentencia dictada el día 21/07/2020? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora *Comparato* dijo:

I. Arriban los autos nuevamente a la Alzada para resolver los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de fecha 04/05/2020 y 21/07/2020. En lo que atañe a esta primera cuestión, esto es contra la Resolución de fecha 04/05/2020 se interpusieron los siguientes recursos: a.- Recurso interpuesto por los Sres. José Ignacio y Juan Claudio Curutchet con fecha 20/05/2020, concedido el 26/05/2020 y fundado en presentación fechada 08/06/2020, dispuesto el traslado de ley, obra su contestación en la presentación del día 21/09/2020; b.- Recurso de apelación interpuesto por el Sr. Jorge Luis Curutchet el día 24/07/2020, concedido el 29/07/2020 y fundado con fecha 05/08/2020, obrando contestación a su memorial en la misma fecha que el recurso precedente; c.- Recurso de apelación interpuesto por la Dra. A. S., por sí y en representación de los herederos de su padre Dr. S. El mismo fue interpuesto electrónicamente el 07/09/2020, concediéndose el día 11 del mismo mes, fundándose por presentación de fecha 22/09/2020; d.- Recurso de apelación interpuesto por los herederos del demandado Sres. Gerardo; Pedro y Catalina Collardin y María Claudia Curutchet mediante presentación fechada 08/09/2020; concedido el 11/09/2020, en sendos casos fueron contestados invocando el art. 48 en representación de los Sres. José Ignacio y Juan Claudio Curutchet, no habiéndose ratificado dicha gestión, corresponde declarar nula dicha presentación (art. 48 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

II. La sentencia en cuestión hace lugar a la aplicación del prorrateo previsto por el Art. 730 Cód. Civ. y Comercial, difiriendo la reducción proporcional para una vez que se encuentre firme la liquidación ordenada y sin imposición de costas. Asimismo el *a quo* rechazó el planteo de inconstitucionalidad del Art. 730 Cód. Civ. y Comercial, declarando procedente el prorrateo solicitado, aun en supuestos de rechazo de demanda. En cuanto al límite temporal de solicitud, señala que el mismo vence con el plazo de citación de venta de la ejecución de honorarios, concluyendo en la procedencia del prorrateo previsto legalmente. En cuanto al alcance material de la franquicia, señala que la misma alcanza a los honorarios de primera o única instancia regulados a los abogados, peritos y auxiliares, aportes, tasa de justicia y su contribución, excluyendo los estipendios de los letrados del vencido, regulaciones de segunda instancia e incidencias.

En cuanto a la facción del prorrateo propiamente dicho señala el magistrado que teniendo en cuenta las liquidaciones practicadas por ambas partes, se advierte excedido el tope legal lo que determina el debido prorrateo "una vez firme la liquidación de la que se da traslado a continuación" (SIC). Seguidamente aclara que la distribución será a cargo de los peticionantes en el término de 5 días de quedar firme la liquidación de autos, bajo apercibimiento de ser efectuada por la contraria.

Reseñada muy sucintamente la sentencia y para un mejor orden procesal, comenzaré con el tratamiento de los recursos interpuestos por los demandados y su

letrada toda vez que aquello que se resuelva hará que cobre virtualidad o no los recursos interpuestos por los actores.

II.a- Recurso de apelación de los demandados: Se levantan los herederos del ex tutor contra la referenciada providencia.

En primer lugar y ante el planteo de nulidad de la sentencia por no haberse cumplido con el traslado dispuesto en la instancia de origen en cuanto a la pretensión de aplicación del prorrateo del Art. 730 Cód. Civ. y Comercial, es dable señalar que el art. 253 del Cód. Proc. Civ. y Comercial dispone que "el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia", plasmando de ese modo el principio que Carnelutti denominara de la "absorción de la invalidación (la nulidad) por la impugnación (la apelación)" (De los Santos, Mabel, "El recurso de nulidad", en la obra colectiva "Recursos ordinarios y extraordinarios", dirigida por Roland Arazi, p. 231 y ss.).

Teniendo en cuenta el régimen legal establecido al efecto en el Código Procesal de la Nación y en aquellos que —como el nuestro— siguen su esquema, puede afirmarse que el recurso ordinario de nulidad constituye una vía impugnativa a través de la cual se pueden invalidar las resoluciones judiciales que no cumplen con los requisitos formales que enuncia la ley (arts. 160 a 163 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y del CPCCBA; De los Santos, Mabel, "Op. Cit.", p. 231; esta Sala, causas N° 38.462 "Beitia..." del 10/07/1997, N° 53.347 "Arla..." del 21/10/2009, N° 56.644 "Merlo..." del 14/08/2012, entre otras).

En lo que hace al ámbito de aplicación del instituto en análisis, se ha dicho que "todas las decisiones que pueden ser apeladas pueden ser materia del recurso de nulidad, esto es, las previstas en el art. 242 del Cód. Procesal, salvo disposición legal en contrario (v. gr., si es declarada improcedente la caducidad de la instancia, en función de lo dispuesto por el art. 317, tratándose de una providencia inapelable, tampoco será susceptible de nulidad), de modo que tanto las sentencias definitivas, como las sentencias interlocutorias y las providencias simples que causan gravamen irreparable, admiten la interposición de este recurso" (Escuti Pizarro, Jorge, "Comentario al art. 253 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en la obra colectiva "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, T. 4, p. 911 y doctrina allí citada; De los Santos, Mabel, "Op. Cit.", p. 243; esta Cámara, esta Sala, causas N° 52.351 "Curutchet..." del 25/03/2009, N° 56.644 "Merlo..." del 14/08/2012, entre otras; esta Cámara, Sala II, causa N° 50.547 "Alvarez..." del 27/03/2007, entre otras).

Ahora bien, de la lectura del memorial de fs. 163/166 vta., se desprende que los recurrentes no basan su planteo de nulidad en la existencia de vicios formales en la sentencia apelada, sino en omisiones "in procedendo" ocurridas con anterioridad al dictado de dicho decisorio. En consecuencia, no impugna a la resolución en sí misma, sino en la medida en que configura la culminación de un procedimiento defectuoso.

Versando entonces los agravios sobre defectos de procedimiento, ha de señalarse que la vía procesal idónea para incoar su nulidad es la vía incidental (art. 169 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Comercial), la cual solamente puede ser promovida por la parte afectada y en la misma instancia en que se produjeron las irregularidades alegadas, motivando así el dictado de una resolución por parte del mismo magistrado al que se imputa el defecto u omisión (Maurino, Alberto L., "Nulidades Procesales", citando fallos de tribunales de la Nación, ps. 215/216; Cám. Civ. 2° La Plata, Sala III, causa B-70.364 "Calleja, Luis A. c. Parodi, Pedro s/ rendición de cuentas"; conc. Cám. Civ. 1° La Plata, Sala I, "Esterovich Nora c. Chávez, Julio C. s/ daños y perjuicios"; conc. Cám. Civ. 1° Bahía Blanca, Sala II, "Cánepa, Néstor c. Bruna, Salvador y otra s/ cobro hipotecario", sumarios y fallos disponibles en Juba Online; esta Cámara, esta Sala, causas N° 52.700 "SEDESA...", del 18/02/2009, N° 54.220 "Compañía de Préstamos Olavarría...", del 11/02/2010, N° 56.644 "Merlo..." del 14/08/2012, entre otras; esta Cámara, Sala II, causas N° 37.517 "Cabrera de Quin...", del 17/04/1997, N° 50.723, "Banco Provincia de Buenos Aires...", del 06/03/2007, entre otras); lo que no ha ocurrido en el *sub lite*.

En consecuencia, y por los fundamentos antes expresados, corresponde desestimar dicho planteo.

No está demás decir que le asiste razón a los apelantes en cuanto a la omisión de la notificación, situación que en circunstancias similares conllevaron que este Tribunal proceda a la aplicación de la sanción nulificatoria de oficio y reenvío para sustanciar debidamente (causa N° 63.431 "Oudokian..."), ahora bien, en aquella oportunidad no se había ordenado el traslado y tampoco se notificó a la perito la sentencia.- En el caso particular de autos, el traslado fue ordenado debidamente (aunque no cumplimentado) y respecto de la perito interviniente se ordenó desde la Alzada el cumplimiento de la notificación de la sentencia en crisis.- Así es que, por los fundamentos antes vertidos y en consideración del tiempo insumido en el proceso, en aras de la celeridad y economía procesal, y fundamentalmente, que han podido ejercer los apelantes su derecho de defensa en juicio al fundar la apelación, máxime que siguen la línea argumental sostenida por su letrada representante tanto en el conteste inciden-

tal como en la expresión de agravios, estimo que corresponde proceder al análisis de los restantes agravios sin nulificar la sentencia.

Igual criterio se sostiene respecto de la perito calígrafa interviniente, quien no efectuó cuestionamiento alguno al notificársele la resolución.

Sentado lo anterior, continuaré con el análisis de los agravios. Cuestionan la resolución estimando que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la reducción legal. Destacan que se trata de una norma rígida que no da lugar a interpretaciones, de lo que siguen que, en primer lugar, se requiere una sentencia condenatoria pues el fundamento de la norma radica en evitar un perjuicio en el cobro de su crédito, a quien reclama judicialmente con razón. En autos no se configura tal condena, sino el rechazo de la demanda con costas. Concluyendo entonces, que extender la norma a tal supuesto importa forzar la finalidad protectoria en beneficio del deudor reticente. Agregan que bajo la figura de la solidaridad en el pago de honorarios, empeora su condición económica, cargándolos con el pago de las costas no satisfechas por los Sres. Curutchet, omitiendo considerar que a ellos les fueron impuestas las costas de primera instancia en el 10% sobre 2/3 del total de las mismas. Es decir, que su obligación pesaría sobre las costas efectivamente impuestas y sobre la diferencia que se reduce a los actores.

Como segundo agravio marcan la oportunidad del planteo, señalan que puede incoarse hasta el vencimiento del plazo para apelar (los honorarios), sin embargo, el *a quo* lo extiende hasta la citación de venta en el marco de la ejecución. Perjudicándolos, ante el estado de indefensión en el que se encuentran ante un cambio abrupto de criterio.

II. B: Recurso interpuesto por la apoderada de los demandados —por sus derechos y como administradora del sucesorio de su padre—: Se agravia en los mismos términos que sus mandantes a cuyos fundamentos antes expuestos me remito y asimismo solicita se haga lugar a la inconstitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial. Por otra parte y en cuanto a la aplicabilidad del prorrateo a los casos de demanda rechazada o parcialmente rechazada, señala la diferente redacción del art. 277 de la LCT respecto del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, asimismo realiza un pormenorizado análisis de la jurisprudencia citada por el *a quo* destacando que no resulta aplicable al *sub lite*, agrega que el precedente "Talleres" de la CSJN sienta como doctrina la inaplicabilidad del Art. 505 Cód. Civil ante el rechazo de la demanda. Concluyendo así que la resolución recurrida carece de sustento.- Por último solicita no se haga extensible el cálculo del prorrateo a la tasa y sobretasa de justicia.

III. Reseñados los agravios, he de decir que en principio pueden vislumbrarse tres planteos esenciales en relación al art. 730 del Cód. Civ. y Comercial: 1) La inconstitucionalidad de la norma; 2) Que el planteo no fue realizado en tiempo oportuno y 3) La no aplicabilidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial al caso en virtud que no nos encontramos frente a una sentencia condenatoria sino frente a un rechazo de demanda o parcialmente rechazada.- A posteriori me referiré a los restantes agravios esgrimidos.

1) En lo atinente a la inconstitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, planteo realizado solo por la Dra. S. por sí y como administradora de la sucesión de su padre, es dable decir que, tal cuestión ha sido tratada por nuestra Suprema Corte de Justicia, debiendo los Tribunales inferiores acatar su doctrina legal.- Al respecto reiteradamente ha resuelto: "... No existe imposibilidad de regular los honorarios por los trabajos profesionales conforme a las disposiciones locales, sino que frente a la actual cosmovisión del nuevo articulado legal, se infiere una cuestión de medida respecto del porcentual posible de afectación al deudor, en lo vinculado a su deber de reparación integral con consecuencias razonables para este, ya que su responsabilidad por las costas estará acotada a parámetros coherentes con el carácter accesorio que estas representan. Por ello corresponde declarar la constitucionalidad de la ley 24.432 en cuanto modifica el art. 505 del Cód. Civil..." (SCBA L 77859 S 27/07/2005 "Acosta, Victorino A. c. Expreso Nueve de Julio SA s/ daños y perjuicios y ley 24.028").

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo del año 2019 reiteró su posición respecto de la constitucionalidad de la norma en ciernes, es así que en causa "Latino Sandra Marcela c. Sancor Coop de Seg. Ltda. y otros s/ daños y perjuicios" del 11/07/2019 compartió los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal y se pronunció a favor de la constitucionalidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, en tanto dispone que "la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo,... no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de la 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 proceder a prorratear los montos entre los beneficiarios".

Antes se había referido en el precedente "Villalba" (Fallos: 332:1276) al analizar un planteo de inconstitucionalidad del párrafo agregado por el art. 8 de la ley 24.432 al art. 277 de la ley 20.744 —de contrato de trabajo—, cuyo texto coincide sustancialmente con el aquí impugnado (antes art. 505, último párrafo, del

Cód. Civil) allí afirmó que:"...la normativa cuestionada tiene un inequívoco sentido de incorporar una limitación con respecto al daño resarcible que debe afrontar el deudor...", decisión que se manifiesta "...como uno de los arbitrios posibles enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad, asegurando "la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos...", concluyó en que "...la elección entre el presente u otros medios posibles y conducentes para tales objetivos, constituye una cuestión que excede el ámbito del control de constitucionalidad y está reservada al Congreso....-"

Por otro lado, no se puede dejar de mencionar que el Cód. Civ. y Com. de la Nación, reproduce la norma cuestionada en el último párrafo del art. 730, manteniendo el criterio legal del artículo 505 del Cód. Civil (t.o. Ley 24.432).

Desde tal perspectiva, cabe concluir que no es atribución de los jueces sustituir al Poder Legislativo, dado que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas estas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto.

Conforme lo expuesto, en orden a la doctrina legal emanada de la SCBA y la CSJN y, habiéndose reiterado la norma en los mismos términos en el actual art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, corresponde sin más desestimar el agravio.

2) En relación a la oportunidad procesal para instar el planteo de la morigeración prevista por el Art. 730 Cód. Civ. y Comercial nos hemos referido en primer lugar en causa N° 62.222 "Risueño..." del 06/07/2017, allí dijimos: "Así entonces, firmes que quedaron los honorarios regulados en esta sede, debe analizarse cómo se articula ello con la manda prevista en el art. 730 del Cód. Civ. y Comercial. En esa tarea es útil acudir a un interesante trabajo de Juan Andrés Gasparini en el que, a partir de dos casos fácticos, aborda la problemática del tiempo en que se deduce el pedido de prorrateo de la norma y cómo juega ello con el instituto de la preclusión. En este sentido, el autor ha expuesto "Es que pese al loable propósito perseguido por la ley 24.432, no puede pasar por alto que nos encontramos frente a derechos patrimoniales de naturaleza disponible que merecen iniciativa de parte interesada en hacer actuar la aplicación de la norma. Con tal pie de marcha, si la petición no ha sido introducida una vez verificada el presupuesto condicionante de la norma, esto es, una vez firmes las regulaciones que permitan determinar si efectivamente los costos del proceso superan el 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, acaecida la mora en el pago de lo adeudado, se consolida el importe del crédito, que ingresa en forma definitiva al patrimonio de su beneficiario, quedando habilitado para entablar las acciones legales que estime conveniente en procura de obtener en forma íntegra la satisfacción de lo que le es debido." (Aut. cit., "Un tiempo para el prorrateo como límite al planteo de la excepción de inhabilidad de título en la ejecución de honorarios", LA LEY, BA, 2016 (febrero), 1. Cita Online: AR/DOC/3849/2015)."

"Bajo los parámetros indicados, en el caso de marras se verifica el presupuesto previsto, esto es, la petición de aplicación del prorrateo al que habilita la ley una vez firmes las regulaciones —lo que permite determinar que en autos los costos del trámite son superiores al 25 % del monto de la sentencia estatuido por el legislador como límite de responsabilidad en el pago de las costas— por lo que entonces se concluye que el artículo referido debe ser de aplicación al caso."

Asimismo, luego, en causa N° 64.848 "Oudoukian", del 01/10/2019, dijimos respecto de la oportunidad del planteo que: "no resulta ser una cuestión resuelta en la norma, por lo que cabe una labor interpretativa y de construcción. Pudiendo anticipar únicamente que resulta claro que debe efectuarse en tiempo oportuno, no resultando admisible guardar silencio o consentir etapas pretendiendo luego su reedición. (...) la aplicación del límite de responsabilidad no puede ser introducida al proceso en cualquier momento sin consideración de las etapas y estadío del trámite. Aquí también el criterio que debe primar es el de oportunidad procesal (...)" Así analizando jurisprudencia de diversas Alzadas provinciales como de la SCBA hemos sostenido que la oportunidad se encuentra determinada por la firmeza de la regulación, hecho objetivo e independiente de un eventual cobro forzado o pago voluntario de los emolumentos profesionales".

En conclusión de lo expuesto, entendemos que, el límite temporal a fin de solicitar la aplicación del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial resulta ser una vez que se encuentren firmes los honorarios regulados y antes de operarse la mora para el pago de los mismos.- Es que, una vez operada la mora en el pago de lo adeudado (tal como antes quedó señalado en el artículo citado), se consolida el importe del crédito, que ingresa en forma definitiva al patrimonio de su beneficiario, quedando habilitado para iniciar las acciones correspondientes.

No está demás aclarar que en tal cuestión no comparto lo dicho por el Sr. Juez de la instancia de origen, esto es que, la temporalidad del pedido de aplicación del art. 730 se extiende hasta el momento de la citación de venta, criterio que tiene apoyatura jurisprudencial y doctrinaria, es que tal como quedó expuesto es mi íntima convicción que a fin de trasmitir seguridad al ejecutante, tal petición debe realizarse con anterioridad a la fecha en que se incurre en mora.

Tampoco es correcta la interpretación de la apelante de lo resuelto por los suscriptos en la causa "Oudokian..." citada, es que allí se hizo una reseña de las distintas posturas, para decidir luego que ninguna resultaba aplicable atento las circunstancias particulares de la causa, en la que el incidente del art. 730 fue iniciado luego de ejecutarse los honorarios regulados.

Bajo tales premisas hemos de analizar la situación de autos.- Es lo cierto que en la generalidad de los casos el plazo para adquirir firmeza y el inicio del cómputo para el pago de los honorarios (mora) comienzan a correr desde una misma fecha (esto es, cumplido el plazo de cinco días para la firmeza) comienzan a correr los diez días de plazo para el cumplimiento).- Ahora bien, en ocasiones ello no sucede así y en definitiva es lo que sucedió en autos, trayendo confusión entre las partes en virtud de ello.

Veamos, una vez regulados los honorarios en la instancia de origen, se elevan las actuaciones a fin de tratar los diversos recursos interpuestos respecto de los mismos.- Así con fecha 03/10/2019 este Tribunal fijó los emolumentos de cada profesional conforme las apelaciones interpuestas, asimismo se regularon los honorarios correspondientes a las actuaciones ante esta Alzada.

Tal como lo señala el Sr. Juez de la instancia de origen en la resolución que ahora viene cuestionada, tal resolución fue notificada a los domicilios electrónicos con fecha 04/10/2019 sin transcripción del art. 54 de la Ley de Honorarios y aclarando que ello debía hacerse en la instancia de origen.

Una vez allí, se notificó el "por devueltos los autos" con fecha 02/12/2019. A posteriori con fecha 11/12/2019 los actores solicitan la aplicación del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, de ello se concede traslado el día 17/12/2019, contestando y oponiéndose la Dra. S. por sí, como administradora de la sucesión de su padre el Dr. S., luego se oponen también sus mandantes al momento de apelar (toda vez que como quedó expuesto no fueron notificados oportunamente de la incidencia), se solicita por otra parte se declare la inconstitucionalidad de la norma.- Todo ello sucedió sin que se cursara ninguna notificación con trascripción del art. 54 de la ley de honorarios a los condenados en costas.

Es así que debemos preguntarnos qué incidencia tiene la transcripción de dicha norma en cuanto a la oportunidad del planteo que vengo analizando.- La doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas en cuanto a las consecuencias de la notificación de los honorarios al condenado en costas con o sin transcripción de dicho precepto (no nos referimos a la relación abogado-cliente toda vez que no resulta el caso de autos).

En forma unánime se entiende que la nulidad prevista en dicha norma es solo de orden procesal y por tanto convalidable si no se plantea el incidente de nulidad en tiempo y forma.

Ahora bien, mientras una parte de la doctrina y jurisprudencia interpreta que, la notificación en el domicilio constituido del obligado al pago de las costas sin transcripción del art. 54 resulta válida a los efectos de otorgar firmeza y constituir en mora, otro sector estima que, la ausencia de esa transcripción no invalida el auto ni la obligación de pago que el mismo genera sino que le resta eficacia al momento desde el cual corresponde se imputen los intereses moratorios (conf. Carlos Valdez "Ley de Honorarios de Abogados y Procuradores" ley 14.967, p. 223 con cita de jurisprudencia).

También es cierto que la SCBA en una causa que tramitó hace un tiempo atrás por ante esta Sala resolvió que "la notificación del auto que contiene la regulación, efectuada al obligado al pago constituye un medio idóneo para determinar la exigibilidad del crédito, cuya mora se producirá a los diez días de adquirir firmeza. También entiendo que el vicio que pudiera contener la cédula al omitir la transcripción del art. 54, queda compurgado si no fue cuestionada oportunamente, motivo por el cual no enerva la eficacia de la misma para determinar esa exigibilidad" (SCBA Ac. 42.226 "Medo, Víctor c. Aureano, José s/ cobro ejecutivo" del 29/05/1990).

Más allá de todo lo expuesto, no debe perderse de vista que para evitar todas estas disquisiciones y con fines prácticos, desde hace años esta Sala advierte en las resoluciones pertinentes que la notificación de los honorarios se deberá practicar en la instancia de origen y con transcripción del art. 54. La notificación que se hace desde la Alzada es solo a los fines de otorgar firmeza a la resolución y así poder devolver los autos a fin que continúen con su trámite.- De allí que es válido considerar que, los condenados en costas se creyeran con derecho a iniciar el incidente del art. 730 entendiendo que aún no habían sido interpelados al pago.

No está demás agregar que los apelantes también tenían conocimiento de tal manda, y que por lo tanto debían actuar en consecuencia.

En conclusión de todo lo expuesto, entiendo que, el planteo realizado por los actores con fecha 11/12/2019 resultó oportuno, de modo tal que se desestiman los agravios.

3) Respecto de la aplicabilidad del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial al *sub lite*, esto es demanda parcialmente rechazada (casi en su totalidad) es dable decir que, el Sr. Juez de la instancia de origen a fin de resolver ello citó precedentes emanados de la Suprema Corte de Justicia correspondientes a causas laborales, abarcando en su resolución los supuestos de demanda totalmente rechazada y la presente que es parcialmente rechazada.

Ahora bien, tal como lo señala la apelante los fallos de la SCBA en los que el Sr. Juez funda la resolución no resultan aplicables al presente, toda vez que no se trata de una causa laboral, así señala que el art. 277 de la ley de contrato de trabajo difiere en su redacción del art. 505 del Cód. Civil actual 730 del Cód. Civ. y Comercial, dicha norma prevé en lo que aquí interesa: "...La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25 %) del monto de la 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, superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas.", en cambio el art. 730 dice: "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 correspondientes a la primera o única instancia, no debe exceder del veinticinco por ciento del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo..." Claramente el art. 277 de LCT menciona la responsabilidad en el pago de las costas sin otro presupuesto, difiriendo del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial que prevé un primer presupuesto de aplicabilidad, esto es, el incumplimiento de una obligación.

Tal situación fue puesta de resalto en la causa SCBA L. 119599 S 11/04/2018 "Silveira Ros, María X. c. Comdisud SA y otros/ daños y perjuicios", allí el Dr. Negri en su voto señaló: "En esa norma fue incorporado el párrafo que regula la responsabilidad por el pago de las costas procesales (art. 8, ley 24.432) que, a diferencia de lo que acontece con el art. 505 del Cód. Civil, no encuentra limitada su aplicación (cuando menos en el texto de la norma) a supuestos de incumplimiento obligacional".

Ahora bien, es doctrina legal de nuestra Suprema Corte de Justicia la aplicabilidad del prorrateo de las costas cuando superan el 25% del juicio en los casos de demanda rechazada más allá se trate de cuestiones laborales o no, conforme lo resolviera en causas C. 118.302 sent. del 01/08/2015 y C. 119.753 sent. del 25/10/2017, no haciendo disquisición alguna respecto de los diferentes textos de la norma (me refiero al art. 277 de la ley laboral y art. 730 del Cód. Civ. y Comercial).

No está demás decir que resulta una cuestión controvertida en la jurisprudencia, véase lo resuelto por la CSJN en fallo 326:722 "Talleres Metalúrgicos Barari SA" citado en "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación año 2003, T326-1 p. 722 y causa CSJN, E.277.XXXVII, sent. del 16 de agosto de 2005 "Exologan SA c. Distribuidora Química SA s/ daños y perjuicios." En las citadas causas nuestro Superior Tribunal desestimó la aplicabilidad del art. 505 del Cód. Civil (hoy 730 del Cód. Civ. y Comercial) a los casos de demanda rechazada, cabe aclarar que sendas causas no se referían a cuestiones laborales.

En el mismo sentido de la CSJN resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E en causa 24.579/2015 "Raizen Argentina SA c. Feferbaum, Isidoro s/ ordinario" del 16 de marzo de 2020: "Esa decisión, que importó el rechazo de gran parte de la pretensión objeto de la demanda, motivó que las costas sean impuestas en un 70 % a la actora y el resto al demandado. Luego de esa aclaración, cabe señalar que el Cód. Civ. y Comercial: 730 último párrafo, establece que si el incumplimiento de la obligación, cualquiera sea su fuente, derivase en litigio judicial o arbitral, la responsabilidad por el pago de las costas, incluidos los honorarios profesionales, de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederá del 25 % del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Se advierte entonces que solo en el supuesto de que se identifique la existencia de una obligación cuyo incumplimiento haya derivado en litigio judicial o arbitral, correspondería la aplicación de la norma citada en cuanto dispone el acotamiento de la responsabilidad del deudor por las costas generadas en esos procesos. Es decir que la norma busca un equilibrio entre la obligación reconocida en la sentencia con lo que el demandado debe afrontar por la condena en costas. Nuestro más Alto Tribunal, al señalar que la restricción solo alcanza a los supuestos

en que mediare "incumplimiento de la obligación" por parte del deudor, presupuesto que, por ejemplo, no ocurre si se ha rechazado la demanda (CSJN, "Exologan SA c. Distribuidora Química SA s/ daños y perjuicios", del 16/08/2005). Situación análoga se encuentran los casos, como el del *sub lite*, en los cuales la pretensión de la actora es en gran medida rechazada. En definitiva, el destinatario del beneficio del prorrateo es quien resulta condenado en una sentencia por una obligación que había incumplido, y no el actor cuya demanda resulta parcialmente denegada".

Por su parte, en nuestra provincia, la Cámara Primera de apelación Civil y Comercial, Sala 3 de La Plata en causa N° 253.476 "Americapital..." del 18/08/2016 resolvió: "Se ha decidido que la interpretación que corresponde a la restricción incorporada por la ley 24.432 al art. 505 del Cód. Civil —ahora art. 730 *in fine* Cód. Civ. y Comercial— implica que la norma es de aplicación cuando existe incumplimiento de la obligación por parte de los accionados. O sea, que para que la norma en cuestión sea eventualmente aplicada, deben concurrir, en el mismo sujeto, la calidad de deudor de la obligación incumplida y la de condenado en costas (CSJN fallo 326:722 "Talleres Metalúrgicos Barari SA" citado en "Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación año 2003, T326-1 p. 722, e.o.)... III) En el supuesto de autos... se rechazó la demanda de cumplimiento de contrato contra Mercado de Valores SA y se admitió la reconvención por simulación deducida por esta última, declarando la nulidad de cesión de acciones y derechos celebrado entre el actor —Americapital SA y Thol SA—en la porción de sentencia que interesa para resolver la cuestión en debate.- IV) En consecuencia, no existe una condena por incumplimiento de obligaciones, supuesto que contempla el art. 505 del Cód. Civil —actual art. 730 del Cód. Civ. y Comercial— por ende no corresponde su aplicación en las presentes actuaciones. Por tanto debe ser admitido el recurso interpuesto por el letrado Dr. H. M., revocándose la resolución recurrida...".

En un muy interesante trabajo escrito por Héctor Méndez "Mantenimiento del régimen de desregulación de honorarios profesionales de los abogados en el Cód. Civ. y Com. de la Nación", public. en la Revista "Código Civil y Comercial", LA LEY, Año II, N° 99, octubre 2016 (El trabajo forma parte de la ponencia presentada en la XVIII Conferencia Nacional de la Abogacía del año 2016 (San Miguel de Tucumán, 10/12 agosto de 2016) que fuera receptada en las conclusiones. (tema II. Obligaciones. Punto 2), hace un estudio pormenorizado del tema que vengo tratando, allí dice: "La reproducción de la reforma (o del agregado) al art. 505 del Cód. Civil que introdujera en 1994 la Ley 24.432 en el art. 730 del nuevo Cód. Civ. y Comercial suscita las mismas observaciones que aquella mereciera en su oportunidad, que son varias y de diferente linaje. Entre ellas, cabe preguntarse si el reajuste o reducción de los honorarios que sumados a las costas superen el 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo que autorizaba el art. 505 última parte del Cód. Civil —actual 730 del Cód. Civ. y Comercial—, puede ser aplicado solo a la parte demandada y perdidosa en el juicio con condena en costas en su contra o si la misma resulta aplicable también respecto del actor perdidoso y condenado al pago de las costas. Creemos decididamente que no y en ello se enfoca el presente trabajo. Nuestra conclusión encuentra correlato en la finalidad de la norma precisada en el mensaje de elevación del proyecto por parte del Poder Ejecutivo Nacional y reiterado también en oportunidad del tratamiento legislativo del proyecto del Poder Ejecutivo."

En el trabajo antes mencionado se hace un pormenorizado análisis de la exposición de motivos de la ley y de los informes parlamentarios (a los que remito a su lectura allí en honor a la brevedad) a fin de llegar a la conclusión antes mencionada.

A continuación Méndez señala que "Conforme el texto de la norma y los antecedentes legislativos puede concluirse que la limitación porcentual del 25% del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo, solo ha de regir respecto de la responsabilidad accesoria por el pago de las costas —incluido los honorarios— en los casos en que prospere la acción deducida por el acreedor ante el incumplimiento de una obligación sustancial cualquiera sea su fuente en un litigio judicial o arbitral, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados (con excepción de los honorarios de los profesionales que hubiesen patrocinado, representado o asistido a la parte perdidosa condenada en costas) y correspondientes a la primera o única instancia."

En virtud de ello estima el autor del artículo que vengo citando que no procede la reducción o reajuste en caso de rechazo total o parcial de la demanda respecto del actor perdidoso, extenderle esa limitación porcentual importaría beneficiarlo indebidamente fomentando las aventuras judiciales y el obrar con mala fe, contrariando la ley y la finalidad de la norma. (arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Comercial).

Entiendo que no debe olvidarse que si el soporte constitucional de la reducción arancelaria viene dado, como se vio, por tratarse, supuestamente, de una cuestión que se considera que es consecuencia de un incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito regulado como cuestión de derecho común por el código de fondo, mal podría considerarse incluido en la misma situación al actor perdidoso en costas que precisamente demandara sin éxito por tal incum-

plimiento, desligándoselo de ese necesario nexo sustancial, en cuyo caso la cuestión quedaría reducida al instituto de las costas procesales que resulta de indiscutido resorte local, afectando su constitucionalidad.

Ahora bien, más allá de lo expuesto en cuanto a los fundamentos de la no aplicabilidad del art. 730 en los casos como el presente, el acatamiento a la doctrina legal de la SCBA se impone, entendiendo que resulta de aplicación obligatoria para las cámaras y jueces de primera instancia (art. 161 inc. 3° ap. "a" de la Constitución Provincial; arts. 278, 279, 280, 289 y concordantes del Cód. Proc. Civ. y Comercial), al respecto es dale recordar que "...El particular diseño del sistema recursivo de nuestra provincia hace que la doctrina establecida por este Tribunal tenga un grado de exigibilidad (es decir, una virtualidad para constreñir, en particular, a los jueces) muy alto, aspecto que encuentra su justificación —desde el punto de vista estrictamente jurídico— tanto en la necesidad de procurar y mantener la unidad de la jurisprudencia, como en la de efectuar un control sobre la racionalidad y la corrección de los pronunciamientos, como así también en el respeto a los más elementales principios de economía y celeridad procesales..." (SCBA, C 118.968 en autos "Torres" del 15/07/2015, esta Sala causa N° 65.839 "Campitelli..." del 06/10/2020 entre muchas otras), de modo tal que corresponde desestimar los agravios en análisis y confirmar en tal cuestión lo resuelto por el Sr. Juez de la instancia de origen.

4. Continuando con los restantes agravios, plantea la Dra. S. por sí y en representación de la sucesión de su padre, que se opone a practicar liquidación del prorrateo, debiendo hacerlo los peticionantes bajo apercibimiento de tenerlos por desistidos de dicha petición o en su caso el Sr. Juez.- Si bien entiendo que dicha manda ha sido ordenada por el Sr. Juez a fin de agilizar el trámite, no es menos cierto que la obligación de practicar dicha liquidación recae sobre quienes tienen interés en que se aplique dicha limitación, de modo tal que estimo pertinente hacer lugar al planteo efectuado, resultando carga de los actores practicar el prorrateo correspondiente bajo apercibimiento de tener por desistida la petición.

En cuanto a la exclusión de la cuantificación a los fines del prorrateo de la tasa y sobretasa de justicia, es lo cierto que los actores no incluyeron dichos ítems al peticionar la aplicación del art. 730, de modo tal que no corresponde incluirlos ahora, atento el principio de preclusión.

5. Por último no resultan atendibles los argumentos traídos por los demandados en cuanto que la aplicación del art. 730 empeora su situación toda vez que deben afrontar el pago del 10% de las costas conforme la condena de autos, es que la norma no prevé, como así tampoco tiene en cuenta la distribución de costas, no se puede bajo la premisa de interpretación de las normas legislar o agregar condiciones que la ley no dispone.- Por otra parte, si el monto que deben afrontar los apelantes por ese 10% también es superior al 25% del monto de condena, tendrían la posibilidad de invocar la norma en ciernes.

Asimismo estimo pertinente citar lo expuesto por Toribio Sosa en su artículo "Costas, la ley 24.432 y el tope del 25%" public. en LA LEY Sup. Act. 09/06/2009 I, citado por Fiorenza en su artículo "El tope a la responsabilidad derivada de las costas judiciales" (LA LEY 2016-A, 519): "También se ha preguntado la doctrina, entre otras cosas, si el tope del 25% solo beneficia al condenado en costas. A lo que Sosa responde diciendo que dicho límite opera a favor de ambas partes, no solo en beneficio de la parte condenada en costas. Si se creyera que solo beneficia a esta, se trazaría una paradójica e injustificada desigualdad ante la ley, porque el proceso quedaría abaratado sin motivo alguno solo para el condenado en costas y curiosamente no para la parte que necesitaba del abaratamiento del servicio judicial para mejor acceder a él y hacer valer exitosamente sus derechos, quien además si quisiera repetir —por haber afrontado de su peculio las costas ubicadas por encima del 25%— contra el condenado en costas podría enfrentar la oposición de este haciendo valer ese tope del 25% legal, entre otros obstáculos".

Por todo lo expuesto, estimo que dicho agravio también debe desestimarse.

Conforme lo hasta aquí dicho, se desestima en lo sustancial los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y por la Dra. S. por sí y en su carácter de administradora del sucesorio del Dr. S., aclarando que la liquidación a los fines del prorrateo deberán practicarla los actores bajo apercibimiento de tener por desistida su petición.

IV. Recursos interpuestos por los actores: Sin perjuicio del detalle por separado efectuado al inicio, dado que el contenido de los agravios traídos por los actores resulta del mismo tenor, en honor a la brevedad y en aras de evitar repeticiones innecesarias, los mismos se tratarán conjuntamente.

Se levantan los recurrentes primeramente contra la parte del considerando que reza "Así las cosas, encontrándose firmes los honorarios de primera instancia de los letrados y perito intervinientes en estas actuaciones...".

Advierten que tal afirmación sigue lo expuesto por la contraparte, que sostiene que la sentencia de Alzada que regula honorarios se encuentra notificada des-

de el 04/10/2019, lo que motivó que aquella iniciara la ejecución de honorarios mediante ejecución de sentencia con fecha 18/02/2020 y cuyo traslado se ordenara el 04/05/2020, interponiendo su parte excepción de falsedad de la ejecutoria. Cuyo fundamento, explican, es el mismo que se utiliza para solicitar la revocatoria de este considerando. En esta senda apuntan que recaída sentencia de esta Alzada donde se estableció el valor del litigio y se regularon los honorarios, la misma fue notificada, ordenándose que en la instancia de origen debían practicarse las notificaciones del caso. Lo que no se cumplimentó debidamente, pues no se transcribió el Art. 54 de la ley arancelaria, norma prevista bajo pena de nulidad, sanción que entienden recae sobre la cédula de notificación sin la mencionada transcripción. Concluyendo entonces que los estipendios no se encuentran firmes.

En segundo lugar se levantan contra el punto 3.2) de los considerandos en cuanto reza; "Conforme ello de la lectura[s] de autos y la liquidación practicada por los Sres. Curuchet y la que a continuación practica la Dra. S. advierto *prima facie* excedido el tope del 25% previsto en la norma en cuestión —respecto de los conceptos ya expuestos supra— lo que determinará el debido prorrateo una vez firme la liquidación de la que se da traslado a continuación" "Asimismo se aclara y hace saber que dicho prorrateo será efectuado —conforme las pautas aquí establecidas— por los peticionantes Sres. (...)en el término de 5 días de quedar firme la liquidación de autos, bajo apercibimiento de ser efectuada por la contraria", lo que entiende que se relaciona con el apartado 2° de la parte resolutiva en cuanto difiere la reducción proporcional para la oportunidad de la firmeza de la liquidación.

Apuntan que solicitada la aplicación del prorrateo del Art. 730 con fecha 18/12/2019 y resuelta en la providencia atacada, la contraparte nunca presentó liquidación, menos en responde a la practicada por los impugnantes, por lo que señalan que resulta extraño el traslado dispuesto en los considerandos aludidos, desconociendo cuál es la liquidación que debería adquirir firmeza a los efectos de practicar la reducción proporcional. Agregan que la ejecución de sentencia promovida por la contraparte fue proveída a continuación del resolutorio atacado, ordenando el traslado de la liquidación allí practicada —y que han cuestionado—. De lo que concluyen que coexisten dos resoluciones que ordenan lo mismo —traslado de liquidación— pudiendo adquirir firmeza una sola, o que en virtud de las excepciones y recursos opuestos respecto de cada una, se arribe a soluciones contradictorias. Consecuentemente solicitan se deje sin efecto el traslado ordenado en la providencia cuestionada, estándose al evacuado en la ejecución de sentencia.

El tercer agravio también se direcciona al considerando 3°. 2) en cuanto trata los argumentos de la contraria respecto de la improcedencia de la aplicación de la norma en casos de rechazo de la demanda. Apuntan que la rendición no se aprobó en relación a un plazo fijo, por lo que no se trataría de un rechazo de demanda, sino que en su caso se trataría de vencimientos parciales y mutuos.

El cuarto agravio refiere al mismo pasaje, esta vez en cuanto al alcance material de la prorrata legal, entendiendo que las incidencias resueltas (fs. 949 y 1691) no deben excluirse del monto de honorarios a reducir proporcionalmente.

Como quinto y último agravio se quejan de la falta de imposición de costas entendiendo que el planteo traído no se trata de una cuestión dudosa de derecho que habilite su eximición, solicitando le sean impuestas a la contraria.

En oportunidad de contestar por sí y por la representación de los demandados, la Dra. S. solicita su rechazo, entendiendo que el memorial no abastece los requisitos de una crítica concreta y razonada del fallo.

En relación a la transcripción del art. 54 LHP en oportunidad de su notificación, destaca que es requisito exigido a los fines de la constitución en mora del cliente, es decir hace a la relación interna del profesional con su asistido. Siendo la finalidad de la notificación de la sentencia, poner en conocimiento su contenido y asegurar el derecho de defensa. Lo que en autos se encuentra cumplido, muestra de tal conocimiento, sostiene, es que a partir de allí solicitaron la aplicación del Art. 730 Cód. Civ. y Comercial. Agrega que alegan el perjuicio porque ha quedado expedita la ejecución de la sentencia a su favor. Señala que la cédula de esta Alzada dirigida al obligado al pago hace que comience a correr el plazo para su cumplimiento, independientemente de que vuelva a la instancia de origen para notificar a los restantes involucrados que serían responsables solidarios, para quienes sí debe transcribirse la norma arancelaria.

En cuanto a la liquidación, sostiene la representante de la demandada que debe estarse a la que hizo al objeto de la pretensión de los actores y el resultado de la misma, que reitera se trata de un rechazo de demanda y no de un vencimiento parcial y mutuo.

En responde al alcance de la morigeración, reitera que solo abarca las costas de la instancia de origen, excluyendo incidentes y/o incidencias, puntuando que en autos, los planteados y resueltos ya han merecido consideración, imposición de costas y regulación separadamente del trámite principal.

Ingresando ahora sí a los agravios expuestos, se advierte que los mismos refieren a los considerandos, siendo admisible como lo hemos resuelto reiteradamente, el cuestionamiento de aquellos, reconociendo la fuerza resolutiva impresa a su contenido (Esta Sala, causa 65.059 "Fondo de Garantía" del 24/10/2019, ente otras).

Como se expusiera, se agravian inicialmente de la afirmación en cuanto a la firmeza de los honorarios regulados, considerando que no han adquirido tal calidad, al respecto me remito a lo dicho *ut supra* al tratar los agravios de los demandados y su letrada respecto de la cuestión en ciernes, resultando claro conforme lo allí expuesto que los honorarios sí se encontraban firmes, más allá de su exigibilidad, de modo tal que ha de rechazarse el recurso interpuesto respecto a tal cuestión.

En segundo lugar se agravian de la cuestión atinente a las liquidaciones, sus traslados y carga.

Al respecto me referí al tratar los agravios en el anterior apartado, y más allá de lo confuso del planteo, es lo cierto que deberán practicarse las liquidaciones correspondientes al prorrateo resultando carga de los peticionantes y por otra parte liquidación de los honorarios en orden a la ejecución de sentencia conforme me referiré al tratar la segunda cuestión.

Sin que quede pendiente en este estado el traslado de liquidación alguna.

En cuanto a lo afirmado con respecto al supuesto de aplicación de la limitación de responsabilidad en el pago de las costas (Art. 730 Cód. Civ. y Comercial), extendiéndolo al caso de rechazo de demanda, pues entienden los apelantes que en autos se trata de un supuesto de vencimiento parcial y mutuo, es lo cierto que el Sr. Juez expresó que el prorrateo resulta aplicable aún al rechazo de demanda abarcando los supuestos de rechazo parcial, por lo que no se advierte el agravio.

En cuarto lugar tal lo detallado supra, se agravian los recurrente en cuanto al alcance dado por el magistrado a la aplicación del art. 730 Cód. Civ. y Comercial. Entendiendo que los incidentes planteados en el trámite principal, deben ser incluidos en el cálculo de la prorrata, entendiendo que deben contemplarse como meras incidencias.

Se anticipa la suerte adversa del planteo, pues el alcance material de la limitación de responsabilidad en el pago de las costas, ha sido fijado oportunamente por el tribunal resolviendo que aun cuando la norma no lo especifique, el eventual prorrateo únicamente podría efectuarse sobre los emolumentos regulados en primera o única instancia y por el trámite principal (esta Sala, causa N° 64.848 "Outdokian" del 01/10/2019).

A fin de ganar mayor claridad al respecto me permito citar lo dicho en la causa antes mencionada: "vale traer a colación que el alcance de la limitación ha sido reiteradamente expuesto por la doctrina y jurisprudencia. Así nuevamente Hitters y Cairo señalan que "En el precepto en análisis se alude a las costas de primera o única instancia, más no aclara si allí se considerarán las derivadas de los incidentes. Por un lado, podría sostenerse que se encuentran incluidos, ya que la norma nada especifica al respecto. No obstante, sobre la base de ese criterio resulta factible que en el pleito se produzcan varios planteos incidentales. Es así que esa tesitura podría convalidar las "chicanas" judiciales al asegurar al litigante perturbador una cómplice indemnidad legal (Art. 1071 Cód. Civil). Por otro lado, puede entenderse que la limitación sea en relación con la materia principal ventilada. Ello resulta más coherente e impediría que se configure la problemática aludida precedentemente..." (Hitter J. M. - Cairo S., "Honorarios de abogados y procuradores", p. 224 y ss.; Edit. Lexis-Nexis, Buenos Aires 2007).

En igual sentido lo ha resuelto la SCBA resolviendo "(...) a los efectos de la limitación impuesta por el precepto en análisis, las costas comprenden únicamente los estipendios de los abogados —salvo los de la parte condenada—, peritos y auxiliares, con más sus respectivos aportes legales (conf. Ac. 69.453, resol. del 17/02/1998; Ac. 83.335, resol. del 13/02/2002; Ac. 87.186, resol. del 12/05/2004; Ac. 75.597 cit.). Asimismo, la restricción solamente alcanza a los honorarios de primera o única instancia, mas no a las derivadas de los incidentes (conf. Ac. 75.597 cit.; Peyrano, Jorge W., "La ley 24.432. Un intento de aliviar las cargas económicas de los litigantes", "El Derecho", T. 162, p. 1156; ídem, "Análisis provisorio de aspectos procesales de la ley 24.432", LA LEY, 1995-C, 855; Hitters, Juan M. - Cairo, Silvina, "Honorarios de Abogados y Procuradores", Lexis Nexis, 2007, p. 225)" (SCBA C. 97.539, "Poggi, Raúl A. y otro contra Burgois, Jorge D. y Compañía de Transportes Río de la Plata. Daños y perjuicios" del 13/05/2009).

En autos, los incidentes o incidencias referidos, fueron objeto de sustanciación, resolución e, imposición de costas con honorarios propios no resultando procedente realizar disquisiciones en torno a si se trata de incidentes o incidencias (Esta Sala, Causas N° 60.141 "Bonifacio" del 02/06/2015; N° 63.184 "Hoffmann o Hoffmann de Huarte" del 03/05/2018; N° 64.377 "Cominelli" del 29/04/2019), de modo tal que excede el concepto antes mencionado respecto del alcance de la limitación contemplada en el art. 730 del Cód. Civ. y Comercial, por ello no corresponde in-

cluirlas en la base de cálculo, lo que impone rechazar el cuestionamiento intentado.

Por último se agravian de la falta de imposición de costas en tanto, estiman que no se trata de una cuestión dudosa, sino que se han desestimado los fundamentos vertidos por la demandada. Entiendo que asiste razón a los apelantes en cuanto correspondía imponer costas atento tratarse de una incidencia, ahora bien a contrario sensu de lo interpretado por los apelantes, en el *sub lite* la cuestión sí pudo resultar dudosa y los demandados con derecho a oponerse, es que no solo los actores incluyeron ítems que no correspondía incluir tal como aquí se está resolviendo, sino que la cuestión esencial radicó en relación a la oportunidad del planteo, y ello pudo generar dudas en virtud de la interpretación doctrinaria y jurisprudencial en torno a la transcripción del art. 54 de la ley de honorarios y la manda impuesta por esta Sala, en consecuencia correspondería imponer las costas por su orden (arts. 68 y 71 CPCC).

Ahora bien, ello importaría una *reformatio in pejus* de modo tal que corresponde desestimar los agravios en ciernes.

Respecto de la imposición de costas en Alzada, entiendo que ambas partes pudieron creerse con derecho a litigar, máxime teniendo en cuenta las particularidades del presente caso, de modo tal que estimo pertinente imponer las costas por su orden (art. 68 y 71 del CPCC).

Así lo voto.

Los doctores *Louge Emiliozzi* y *Carrasco*, adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — La doctora *Comparato* dijo:

I. Corresponde que me refiera ahora a los recursos interpuestos contra la sentencia de fecha 21/07/2020: a.- Recursos de apelación interpuestos por José Ignacio y Juan Claudio Curuchet, por presentaciones separadas, pero en las mismas fechas de interposición (04/082020), siendo concedidos el día 10/08/2020, fundados el 20/08/2020 y contestados ambos en presentación fechada 31/08/2020; b.- Apelación interpuesta por el Sr. Jorge Luis Curuchet el día 05/08/2020, siendo concedida y sustanciada en las mismas fechas indicadas en el apartado anterior.

II. Brevemente cabe referir que la sentencia en crisis desestimó la excepción de falsedad de ejecutoria intentada por los ejecutados.

Fundó dicha decisión en que la falta de trascripción del Art. 54 LHP no obstaba a la validez de la notificación, y consecuentemente la exigibilidad de los honorarios, resultando ello exigencia en la relación interna entre el letrado y su asistido.

En cuanto a las costas de las incidencias dijo que se trató de debates accesorios que ameritaron condenas separadas y en consecuencia no correspondía aplicar la distribución fijada en la sentencia de Alzada.

Se levantan los recurrentes y en lo medular sostienen que el cuestionamiento sobre la firmeza de los honorarios profesionales no se centra en el alcance de la norma del Art. 54 de la ley arancelaria sino en el cumplimiento o no de la orden de esta Alzada, en cuanto a la notificación de la regulación con trascripción de dicha norma que debía efectuarse por ante la instancia de origen. Concluyendo entonces que no está en discusión la nulidad de una notificación por omisión de transcribir la norma arancelaria, sino que directamente tal notificación nunca existió, incumpliéndose lo oportunamente ordenado, entre otros argumentos.

En segundo lugar se agravian de la no inclusión en la proporción de condena en costas (90% en Primera instancia y 80% en Alzada respecto de los cocondenados Juan Claudio y Jorge Luis Curuchet) respecto de los incidentes o incidencias generadas.

Adentrándonos en los agravios traídos, y en orden a la excepción que oportunamente opusieran, cabe decir que tal como lo señalan Hitters-Cairo en su obra "Honorarios de Abogados y Procuradores" (p. 691 y ss.) resulta imprescindible que los honorarios que se pretendan ejecutar se encuentre firmes y consentidos (conf. Morello Sosa-Berizonce, "Códigos Procesales..." T. VI-A, p. 131), habida cuenta que en su defecto procederá el planteo de la excepción de falsedad de la ejecutoria (art. 504 inc. 1ª CPCC) toda vez que el referido vicio torna incompleto el título por faltarle el requisito de exigibilidad, en su caso en el proceso ejecutivo podría plantearse excepción de inhabilidad de título (art. 542 inc. 4 del CPCC).

En cuanto al requisito de exigibilidad me he referido *ut supra*, al tratar la cuestión atinente a la transcripción del art. 54 en la cédula de notificación de honorarios al condenado en costas.

En orden a lo allí expuesto cabe destacar que los apelantes no cuestionan la habilidad de las notificaciones sin dicha transcripción sino que en el *sub lite* la notificación con tal transcripción había sido ordenada por esta Sala y por tanto debía cumplirse dicha manda judicial.

El Sr. Juez de la instancia de origen a fin de resolver la cuestión se refirió a dos interrogantes: "Expuestas precedentemente las pretensiones de las partes,

la cuestión a dilucidar versa sobre si son ejecutables (por ser exigibles) los honorarios reglados en Alzada y notificados por dicho Organismo, a pesar de no haber sido transcripto el art. 54 de la LHP, aspecto que se enviaba a realizar en primera instancia."

"Luego, de no satisfacer la cuestión con dicho interrogante y su respuesta, analizar si la presentación de los obligados al pago de pretender en diciembre morigerar por el 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación los emolumentos, puede dar a entender que se hallaban notificados y eran exigibles los honorarios adeudados."

Al primer interrogante concluyó que no hacía a la falta de ejecutoriedad ni firmeza de los honorarios la falta de transcripción en la cédula del art. 54 de la LH, al concluir así no se refirió al segundo interrogante y que también resulta cuestionado por los apelantes.

Es que insisten en que la notificación debió hacerse conforme se dispuso en esta instancia y que la incidencia solicitando la aplicación del art. 730 del Cód. Civ. y Comercial lo fue entendiendo que aún no se encontraban en mora.

Esta última interpretación es la que he seguido antes, al decir que, en la creencia de los condenados en costas que debían recibir una cédula con transcripción del art. 54 estimaron que era oportuno el planteo de la incidencia del art. 730 al no encontrarse en mora en el pago de los honorarios.- Así es que, la cuestión aquí se resuelve por la manda judicial y no por la interpretación que la doctrina y jurisprudencia han realizado en torno al art. 54 de la ley de honorarios, resultando la interpretación que aquí se realiza en cuanto a la exigibilidad de los honorarios solo ante la particularidad señalada.

Por otra parte y tal como antes señalé, la ejecutante por sí y en representación de la sucesión de su padre, pudo considerarse con derecho a iniciar la ejecución, máxime ante la petición de aplicación del art. 730 de la otra parte.

Es que tal como se interroga el Sr. Juez de la instancia de origen, tal incidencia podía hacer presuponer la voluntad de pago de los honorarios y por tanto innecesaria una nueva notificación, adviértase que la ejecución precisamente se inicia con posterioridad a ello.

Ahora bien, luego de tantas vicisitudes es innegable interpretar que la voluntad de pago de los apelantes se exteriorizó al solicitar la aplicación del art. 730 (aún cuando no se consideraran en mora) y que la intención de la Dra. S. por sí y en representación de la sucesión de su padre de ejecutar sus honorarios se exteriorizó claramente al iniciar la ejecución, pretender una nueva notificación con transcripción del art. 54 implicaría un exceso ritual manifiesto y que iría en contra de la intención de quienes dispusimos dicha notificación, cuyo único fin tiene el ordenar el proceso y que una vez que se encuentran los autos en la instancia de origen se insten los procedimientos pertinentes para la debida percepción de los honorarios.

Estimo así que resulta pertinente interpretar que con la notificación de la ejecución de los honorarios se encuentra debidamente cumplida la interpelación a los fines del cobro de los mismos, no siendo necesario una nueva notificación con trascripción del art. 54.

Es que como antes mencioné se trataría de una formalidad a esta altura innecesaria, resultando la conducta de los acreedores debidamente clara en cuanto a su intención de cobro a partir del inicio de la ejecución de sentencia, una posición más rígida por parte de los deudores insistiendo en una nueva notificación implicaría una conducta reñida con la buena fe procesal.

Téngase en cuenta además el carácter alimentario de los honorarios, que los mismos resultan el fruto del trabajo y reconocimiento del mismo a quienes ejercen la abogacía, de modo tal que ha de estarse por la interpretación más beneficiosa para su debida percepción.

En el mismo sentido ha resuelto la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, al confirmar lo resuelto por el Sr. Juez de la instancia de origen quien había desestimado las excepciones opuestas de falsedad de la ejecución y/o inhabilidad fundadas en la falta de notificación e interpelación en virtud de no constar notificación de la regulación de honorarios como así tampoco que se hubiera cumplido conforme el art. 54 del decreto ley 8904.- En consecuencia se consideró que "no estando acreditado en autos que haya existido interpelación al deudor conforme la ley arancelaria, queda formalizada la diligencia con el mandamiento de intimación de pago por aplicación de las reglas del juicio ejecutivo y del derecho común (art. 509 del Cód. Civil)." (Cámara cit. causa N° 67.987-1/2 "Friedenreich..." del 06/11/2014).

En cuanto al segundo planteo, esto es la proporción de costas sobre los incidentes, cabe adelantar su rechazo. Pues tal como surge de la compulsa de las actuaciones, los actores resultaron perdidosos en ambos planteos con imposición de costas, en atención a rechazarse los agravios oportunamente traídos (fs. 961/962 y 2021/2022), tales costas resultan independientes de las fijadas por esta Sala en la sentencia dictada el día 07/05/2015, por lo que no cabe efectuar

más interpretaciones al efecto debiendo desestimarse dicho planteo.

Por todo lo expuesto, estimo pertinente desestimar los agravios de los apelantes en cuanto solicitan que se haga lugar a la excepción de falsedad de la ejecutoria con el alcance antes expuesto, modificándose la fecha de mora, fijando la fecha de inicio el día de la notificación de la ejecución de sentencia que conforme surge de las constancias de autos resulta el día 12/05/2020 (día de nota posterior al depósito de la cedula electrónica) de modo tal que transcurridos diez corridos (conf. Hitters-Cairo "Honorarios..." ps. 606/607) la fecha de mora corresponde fijarla el día 26 de Mayo del año 2020.- Es dable aclarar que más allá de no hacer lugar a la excepción de falsedad de la ejecutoria, la solución que propongo es posible porque, tal como lo hemos dicho en múltiples ocasiones, no se vulnera el principio de congruencia cuando se concede menos de lo pretendido (esta Sala, causas N° 53.489, "Alvarado" del 30/10/2009; N° 56.651, "Cambronera" del 16/08/2012; N° 56.640, "Esperón", del 04/09/2012, publicada en Abeledo-Perrot Buenos Aires, octubre de 2012, p. 1201 y sig.; N° 59.658, "Barragán", del 29/09/2015; N° 60.168, "Heim", del 17/11/2015; N° 61.220 "Pose" y N° 61.351, "Mendiguren" —acumuladas—, del 15/09/2016; N° 62.098, "Dirazar", del 02/11/2017; N° 62.431, "Schmale", del 14/11/2017, entre muchas otras, con cita de Guillermo José Enderle, "La congruencia procesal", p. 167, quien a su vez cita a De La Oliva Santos).

Que atento el modo en que se resuelve, por los mismos fundamentos expresados al tratar los recursos en la primera cuestión, especialmente las dudas generadas en cuanto a la exigibilidad de los honorarios, estimo pertinente modificar las costas de la instancia de origen fijándolas por su orden, como así también las de esta instancia (arts. 68, 71 y 274 del CPCC).

III. Por último, y sin perjuicio de lo resuelto en forma precedente y en atención al alto grado de litigiosidad, se encomienda a la instancia de origen que en el supuesto de generarse nuevos planteos e incidencias, se haga uso de las facultades conciliatorias previstas en los arts. 36 inc. 4 y 534 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, procurando poner fin a las incidencias planteadas en este proceso y tender a su pronta finalización. Al respecto, esta Sala tiene dicho que "Frente a situaciones como la que aquí se plantean, es útil recordar lo dispuesto por el art. 534 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, según el cual "(d)urante el curso del proceso de ejecución de sentencia, el juez podrá de oficio o a pedido de parte, y si las circunstancias así lo aconsejaren, fijar una audiencia para que comparezcan ejecutante y ejecutado con el objeto de establecer la forma más rápida y eficaz de satisfacer el crédito, procurando evitar perjuicios innecesarios" (causas N° 66.014 "Martorano" del 13/08/2020 y N° 66.672 "Aramburu..." del 17/12/2020).

Así lo voto.

Los doctores *Louge Emiliozzi* y Carrasco, adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

3ª cuestión. — La doctora *Comparato* dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1) Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la Dra. An. S., por si y en representación de los herederos de su padre Dr. S. y por los herederos del demandado Sres. Gerardo, Pedro y Catalina Collardin y María Claudia Curutchet mediante presentación fechada 08/09/2020 respecto de la sentencia de fecha 04/05/2020; 2) Desestimar los recursos interpuestos por los Sres. José Ignacio y Juan Claudio Curutchet con fecha 20/05/2020 y por el Sr. Jorge Luis Curutchet el día 24/07/2020, contra la sentencia de fecha 04/05/2020; 3) Sin perjuicio de la desestimación de los recursos se deja sin efecto el apartado referido a las liquidaciones, debiendo efectuarse en la instancia de origen una vez firme la presente y a cargo de cada parte interesada; 4) Con costas de Alzada por su orden, difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 14.967; 5) Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación intentados por los Sres. Curutchet mediante presentaciones electrónicas separadas fechadas 04/08/2020 y 05/08/2020 contra la sentencia del día 21/07/2020, modificándose la misma en lo que respecta a la fecha de mora la que se fija el día 26/05/2020, debiendo continuar los autos según su estado; 6) Con costas en ambas instancias por su orden, difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el Art. 31 de la ley 14.967; 7) Tener presente lo indicado en el apartado III de la segunda cuestión.

Así lo voto.

Los doctores *Louge Emiliozzi* y *Carrasco*, adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.

Por lo expuesto, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, se resuelve: 1) Desestimar los recursos de apelación interpuestos por la Dra. A. S., por si y en representación de los herederos de su padre Dr. S. y por los herederos del demandado Sres. Gerardo, Pedro y Catalina Collardin y María Claudia Curutchet mediante presentación fechada 08/09/2020 respecto de la sentencia de fecha 04/05/2020; 2) Desestimar los recursos interpuestos por los Sres. José Ignacio y Juan Claudio Curutchet con fecha 20/05/2020 y por el Sr. Jorge Luis Curutchet el día 24/07/2020, contra la sentencia de fecha 04/05/2020; 3) Sin perjuicio de

la desestimación de los recursos se deja sin efecto el apartado referido a las liquidaciones, debiendo efectuarse en la instancia de origen una vez firme la presente y a cargo de cada parte interesada; 4) Con costas de Alzada por su orden, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad art. 31 ley 14.967; 5) Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación intentados por los Sres. Curutchet mediante presentaciones electrónicas separadas fechadas 04/08/2020 y 05/08/2020 contra la sentencia del día 21/07/2020, modificándose la misma en lo que respecta a la fecha de mora la que se fija el día 26/05/2020, debiendo continuar los autos según su estado; 6) Con costas en ambas instancias por su orden, difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista por el Art. 31 de la ley 14.967; 7) Tener presente lo indicado en el apartado III de la segunda cuestión. Regístrese, notifíquese en forma electrónica (conf. SCBA. Resolución de Presidencia SP 10/20; art. 3 punto c) apartado 2) y oportunamente devuélvase. — *Esteban Louge Emiliozzi. — Yamila Carrasco. — Lucrecia I. Comparato.*

MEDIDAS CAUTELARES

Daños y perjuicios. Sustitución de embargo trabado sobre dinero existente en una cuenta de la demandada por un inmueble de su propiedad. Procedencia.

1. — La sustitución de embargo preventivo trabado sobre la cuenta de la demandada por un inmueble de su propiedad debe confirmarse, pues el embargo originario recayó sobre una cuenta bancaria que pertenece a una institución educativa, sobre las que se pagan los salarios de los docentes, auxiliares y demás personal, como así también los gastos de funcionamiento ordinarios de la institución. De ese modo, deben evitarse perjuicios o gravámenes innecesarios para no afectar el normal funcionamiento del establecimiento. Esta solución, por lo demás, debe ser especialmente contemplada en el actual contexto de pandemia, situación económica y dificultad para desarrollar normalmente las clases. Se trata, en definitiva, de buscar un equilibrio entre el derecho que se pretende tutelar y la generación del menor perjuicio posible al afectado por la medida, debido a que se encuentra involucrado el desarrollo de la actividad propia de un instituto educativo.

2. — La sustitución de embargo preventivo trabado sobre la cuenta de la demandada por la suma de $33.000.000 por un inmueble de su propiedad debe confirmarse, pues debe destacarse que el inmueble ofrecido en sustitución tiene una superficie de terreno de 4.450,05 m2 y cubierta de 3.717,65 m2, y de acuerdo con la tasación privada acompañada, posee un valor de mercado aproximado de $344.000.000, de modo que representa una garantía acorde con el derecho asegurado.

CNCiv., sala M, 11/06/2021. - C., G. O. y otros c. I. A. G. B. SRL y otros s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73456/2021]

Expte. n° CIV 093945/2019/CA002

Buenos Aires, 11 de junio de 2021.

Considerando:

I.- La actora y la Sra. Defensora de Menores de primera instancia apelaron la resolución del 16 de abril de 2021, que admitió la sustitución del embargo preventivo trabado oportunamente sobre la cuenta de la demandada en el Banco Provincia por la suma de $33.000.000.- por un inmueble de su propiedad.

El presentado el 27 de abril de 2021 fue contestado el 1° de mayo de 2021. La Sra. Defensora de Menores dictaminó el 8 de junio de 2021.

II.- Una de las características principales de toda medida precautoria es su mutabilidad; de ahí la posibilidad, una vez decretada, de pedir su ampliación, mejora o sustitución.

El artículo 203 del Código Procesal establece que el acreedor podrá pedir la ampliación, mejora o sustitución de la medida cautelar decretada, justificando que esta no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada. A su vez, el deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos prejudicial, siempre que esta garantice suficientemente el derecho del acreedor.

El principio que inspira las normas que autorizan la sustitución de medidas cautelares es doble: que se mantenga adecuadamente protegido el crédito que garantizan y al mismo tiempo que no se cause innecesariamente perjuicio al deudor, siendo menester para que el pedido de sustitución sea procedente, que la medida propuesta represente igual garantía y seguridad que la trabada, estando a cargo del peticionario demostrar la suficiencia de la sustitución propuesta (conf. Morello, A., Códigos Procesales Comentados, T.II-C, pág.608 y 609).

Es cierto que, como regla general, cuando se trata de una sustitución de una medida cautelar, la garantía

tiene que ser igual o de mejor envergadura que la decretada (conf. esta Sala, "Vázquez, M. c/ ABPC SA", del 22 de noviembre de 2016; id. "Núñez, A. C/ Serruto, M.", del 20 de diciembre de 2016; id. "Aguilera c/ Isseta s/ daños y perjuicios", del 30/05/17) y que el embargo de dinero es el que mejor satisface el interés perseguido por la cautelar, porque logra la satisfacción plena y más rápida de su crédito, en lugar del embargo sobre un inmueble, que exige un mayor dispendio de actividad en el caso de una eventual ejecución (cfr. de Lazzari, Eduardo N., "Medidas cautelares", ed. Librería Editora Platense, 2da. ed. La Plata, 1995, t. 1, pág. 150 y ss., y sus citas de jurisprudencia; esta Sala, "O. M. R. c/ N. S. L. s/Alimentos", del 07-06-2017).

Sin embargo, las especiales circunstancias fácticas que rodean este caso particular permiten coincidir con la solución adoptada por el juez de la anterior instancia.

En efecto, el criterio de valoración de la sustitución resulta más flexible cuando se trata de un embargo preventivo, que tiende a garantizar el crédito invocado (conf. Kiper, Claudio M., "Medidas cautelares", t. I, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 295; esta Sala, "Zimberoff, Daniel Augusto c/ View Libertador S.A. s/Escrituración", del 16-12-2020).

Por otro lado, el embargo originario recayó sobre una cuenta bancaria que pertenece a una institución educativa, sobre las que se pagan los salarios de los docentes, auxiliares y demás personal, como así también los gastos de funcionamiento ordinarios de la institución. De ese modo, deben evitarse perjuicios o gravámenes innecesarios para no afectar el normal funcionamiento del establecimiento (arg. arts.204 y 206 del Código Procesal; de Lazzari, Eduardo N., ob.cit., pág.174). Esta solución, por lo demás, debe ser especialmente contemplada en el actual contexto de pandemia, situación económica y dificultad para desarrollar normalmente las clases. Se trata, en definitiva, de buscar un equilibrio entre el derecho que se pretende tutelar y la generación del menor perjuicio posible al afectado por la medida, debido a que se encuentra involucrado el desarrollo de la actividad propia de un instituto educativo.

Finalmente, debe destacarse que el inmueble ofrecido en sustitución se encuentra ubicado en ..., Haedo, Pdo. de Morón, Provincia de Buenos Aires, tiene una superficie de terreno de 4.450,05 m2 y cubierta de 3.717,65 m2, y de acuerdo con la tasación privada acompañada, posee un valor de mercado aproximado de $344.000.000, de modo que representa una garantía acorde con el derecho asegurado.

Por lo expuesto y oída la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, el Tribunal *Resuelve:* I.- Confirmar la resolución del 16 de abril de 2021; II.- Con costas en la Alzada en el orden causado en atención a que la actora pudo creerse con derecho a peticionar como lo hizo (arts. 68 y 69 del CPCC).

Regístrese, notifíquese y devuélvanse los autos al juzgado de origen.

Se deja constancia de que la Vocalía n° 37 se encuentra vacante. — *María I. Benavente.* — *Guillermo D. González Zurro.*

DILIGENCIAS PRELIMINARES

Obras artísticas. Prueba anticipada. Secuestro. Rechazo. Procedencia de una medida de instrucción previa. Exhibición de la cosa mueble.

1. — Desde un marco de verosimilitud suficiente, apriorísticamente, respecto de la autoría y propiedad de las dos obras artísticas, la actora ha indicado su interés en recuperarlas y constatar su estado y condiciones, por lo que una medida de instrucción previa se presenta como de manifiesta conveniencia para dar adecuado fundamento a la eventual acción a entablarse para dirimir las cuestiones propuestas. Más aún, al repararse en que, ante las particulares aristas que el caso presenta, debe de adoptarse un criterio amplio a la hora de conceder la medida preparatoria, en tanto no puede perderse de vista que esta tiene por objeto la acreditación de una situación de hecho y en extremo volátil, como lo es la tenencia o posesión de cosas muebles por parte de quienes, eventualmente, serán demandados.

2. — La producción de la prueba anticipada consistente en el secuestro de dos obras artísticas —cuadros— no es viable, pues, de atenderse al objeto del futuro proceso, no se ha justificado que se trate en el caso de una prueba indispensable o de manifiesta conveniencia para dar adecuado fundamento a una acción de daños y perjuicios que, por reproducción no autorizada de su propiedad intelectual, alega que ha de iniciar; la mera manifestación de que las demandadas que detentan la posesión de los cuadros, sus dependientes y/o allegados, pueden llegar a modificar, alterar, destruir o inutilizar la obra artística no demuestra que la parte que propone la medida

esté expuesta a perder lo que considera una medida de prueba.

CNCiv., sala J, 24/06/2021. - C., P. c. F., C. G. y otro s/ prueba anticipada.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/93698/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° CIV 058185/2020/CA001

Buenos Aires, 24 de junio de 2021.

Considerando:

I. Vienen las presentes actuaciones ante el tribunal, en formato digital, para conocer del recurso de apelación interpuesto por el peticionario el día 7 de abril de 2021, contra la resolución dictada el 23 de marzo de 2021, en tanto desestima el pedido de secuestro que formulara. Funda sus agravios el actor en el memorial que digitaliza y se incorpora al Sistema de Gestión de causas el día 10 de mayo de 2021.

II. Examinada la cuestión traída a conocimiento, es menester destacar ante todo, que si bien titula su pretensión como prueba anticipada tanto en el escrito inicial, como en la expresión de agravios, los argumentos del recurrente discurren entre la viabilidad de la producción de una medida de prueba anticipada en los términos del artículo 326 del Código Civil y Comercial de la Nación, y la de una diligencia preparatoria del proceso, con arreglo a lo establecido por el artículo 323 del mismo ordenamiento legal.

Es de recordar, entonces, que las llamadas diligencias preparatorias del juicio muchas veces son denominadas con el nombre del género al cual pertenecen, diligencias preliminares (Colombo, Carlos J., "Diligencias preliminares en el proceso civil", Ed. Abeledo - Perrot, año 1963, pág. 16), lo cual frecuentemente genera confusión conceptual con las medidas de prueba anticipada, al encontrarse reguladas de manera conjunta en el Capítulo II del ordenamiento ritual. Por ello, la doctrina las diferencia, señalando que las primeras medidas tienen por objeto determinar y establecer las características del proceso, mientras que las segundas poseen como finalidad asegurar elementos probatorios (Falcón, Enrique M., "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado...", Bs. As., 2006, t.II, pág. 585).

III. Sentado ello, se adelanta que, enmarcada en la primera de dichas modalidades (recuérdese que el recurrente refiere argumentos de uno y otro instituto), la pretensión de aquel no resulta viable, cuando ha solicitado el dictado de una medida consistente en el secuestro de dos obras artísticas (cuadros), aunque aduzca que son de su autoría.

Ciertamente, incluso cuando resulta dificultoso efectuar generalizaciones acerca de los presupuestos de admisibilidad de la prueba anticipada –ya que los mismos deben atender a los hechos y medio de prueba peticionado–, dada la naturaleza y objeto de la medida que propicia el recurrente, no puede encuadrarse en una solicitud de producción de prueba anticipada pues, de atenderse al objeto del futuro proceso, no se ha justificado que se trate en el caso de una prueba indispensable o de manifiesta conveniencia para dar adecuado fundamento a una acción de daños y perjuicios que, por reproducción no autorizada de su propiedad intelectual, alega que ha de iniciar (v. pág. 3 de la expresión de agravios).

Además, incluso cuando el recurrente afirma que son de su autoría y a su respecto alega el pleno dominio, indicando que los bienes en cuestión deben ser considerados como propios dado que no integran el régimen de comunidad, la mera manifestación de que las demandadas que detentan la posesión de los cuadros, sus dependientes y/o allegados, pueden llegar a modificar, alterar destruir o inutilizar la obra artística (v. pág. 26 del escrito digitalizado el 01/03/2021), no demuestra que la parte que propone la medida esté expuesta a perder lo que considera una medida de prueba.

Recuérdese que el aseguramiento de pruebas en los términos del artículo 326 del rito constituye una vía de excepción (Fassi, Santiago, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado", T.2, pág. 19; íd. Fenochietto– Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T.2, pág. 131), que solo debe admitirse si se comprueba que el proponente se halla expuesto a perder su probanza o que la misma le resultará imposible o de muy difícil realización en una oportunidad posterior; criterio restrictivo este, que no solo tiende a evitar un despliegue de inútil actividad jurisdiccional, sino a conjurar la posibilidad de anticipar la solución de fondo y de vulnerar la igualdad de las partes en el proceso (conf. Carlos A. Colombo –Claudio M. Kiper, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", 3° ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Bs. As., 2011, T.III, pág. 495)

Como se adelantara, son cuestiones de hecho sobre las que es difícil establecer pautas, por lo cual corresponde a la prudencia del magistrado la apreciación de su procedencia, en orden a la imposibilidad o dificultades aludidas, como la justificación sumaria de estos extremos. Por lo tanto, quien la pide debe extre-

mar la explicación de las razones que lo hagan viable y acreditar la existencia de los motivos que invoca en su favor (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados", Librería Editora Platense–Abeledo–Perrot, 2da. ed., año 1989, t.IV A, pág. 448 y sgts.) y, tal como fuera destacado por el distinguido juez anterior en el decisorio apelado, ninguno de dichos recaudos de admisibilidad fue acreditado por el recurrente, circunstancia que resulta suficiente para concluir por la inviabilidad del planteo.

IV. En otra línea conceptual, desde la perspectiva de una diligencia preliminar, en principio, entendemos que lo pretendido debe correr mejor suerte. Es que, aun ante la falta de claridad de los postulados de la pretensión inicial y recursiva, no puede soslayarse la denuncia que efectúa respecto de las cosas (cuadros) –que emerge de su reseña, tanto en el escrito introductorio, como al expresar sus agravios–, afirmando que dichas obras artísticas son de su autoría y a su respecto alega el pleno dominio, indicando que los bienes en cuestión deben ser considerados como propios, dado que no integran el régimen de comunidad.

Deviene ello relevante pues, desde un marco de verosimilitud suficiente, apriorísticamente, respecto de la autoría y propiedad de las dos obras artísticas –los cuadros titulados "El Quinto Elemento" y el "El Príncipe Azul"–, ha indicado su interés en recuperarlas y constatar su estado y condiciones (v. pág. 5 expresión de agravios), por lo que una medida de instrucción previa se presenta como de manifiesta conveniencia para dar adecuado fundamento a la eventual acción a entablarse para dirimir las cuestiones propuestas. Más aún, al repararse en que, ante las particulares aristas que el caso presenta, debe de adoptarse un criterio amplio a la hora de conceder la medida preparatoria, en tanto no puede perderse de vista que la misma tiene por objeto la acreditación de una situación de hecho y en extremo volátil, como lo es la tenencia o posesión de cosas muebles por parte de quienes, eventualmente, serán demandados (ver Fajre, José B., en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", Higthon–Areán (Direcc.), T.6, pág. 172).

Desde esa perspectiva, con el objeto de facilitar el examen de las cosas muebles a efectos de que el accionante pueda comprobar su existencia y, eventualmente, solicitar las medidas conservatorias que estime apropiadas para la seguridad de las mismas –en tanto pueden transportarse de un lugar a otro, ocultarse, adulterarse, perderse o destruirse–, vemos reunidos los recaudos que en el "sub examine" viabilizan la etapa introductoria de la acción y una medida preliminar o de "instrucción previa", como la enumerada en el art.323, inciso 2), de la ley adjetiva, norma que establece que el proceso de conocimiento podrá prepararse pidiendo el que pretenda demandar, que se exhiba la cosa mueble que haya de pedirse por acción real, sin perjuicio de su depósito o de la medida precautoria que corresponda. Medida preparatoria esta, que tiene su origen en la "actio ad exhibendum" del derecho romano, en el cual se hallaba configurada como un acto preparatorio para la interposición de una pretensión referente a un derecho real, generalmente para la reivindicatoria, que se otorgaba para que el accionante pudiera cerciorarse de que la cosa estaba en poder del demandado y se demostrare su identidad (conf. esta Sala "J", "M., D. A. c/V., C. R. s/ Diligencias preliminares", del 26/02/2019).

Además, no es posible desentenderse en este examen de que las características de las cosas en cuestión, también dan suficiente andamiaje al progreso parcial de los agravios traídos por el apelante, cuando se ha manifestado el desconocimiento del actual paradero de una de las obras artísticas y del estado de preservación de ambas.

V. Con base en lo ameritado, entendemos de prudente arbitrio jurisdiccional admitir, en el caso, una medida preliminar en los términos del art.323, inciso 2), del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, disponiendo que se requiera a quienes las tiene en su poder, exhiban las obras artísticas indicadas, designándose a sus tenedores y/o poseedores como depositarios de las misma; cuando el pretensor ha justificado "prima facie" derechos sobre las cosas, fundado sobre el alegado derecho de propiedad. Más aún, en tanto no puede escapar a este análisis que, como de manera mayoritaria lo sostiene la doctrina, la medida dispuesta participa del doble carácter de preparatoria y cautelar (Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo–Perrot, ed. 1998, T.VI, pág. 23; Angelina Ferreyra de De la Rúa y Cristina González de la Vega de Opl, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Ley 8465", Ed. La Ley, Bs. As., 2000, T.III, pág. 892; Podetti– Guerrero Leconte, "Tratado de las medidas cautelares", pág. 277; Falcón, Enrique M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Concordado. Anotado", T.IV, pág. 273), desde que, junto con el pedido de exhibición, o con posterioridad a ella, el futuro accionante puede perseguir no solo conocer si la cosa existe y su estado de conservación –de manera de poder resolver acerca de la conveniencia o no de promover la demanda–, sino además evitar su deterioro, destrucción o desaparición, puesto que se halla facultado para requerir el "depósito de la cosa mueble" o "la medida precautoria que corresponda" (conf. esta Sala "J", "M., D. A. c/V., C. R. s/Diligencias preliminares", del 26/02/2019).

Hemos, pues, de atender en forma parcial los agravios traídos por el apelante y disponer la modificación de la decisión que impugna, sin desmedro de lo que en definitiva pudiere decidirse en punto a la procedencia de la acción a entablarse y sobre los derechos alegados por el pretensor.

En orden a lo expuesto y a lo considerado, el tribunal *resuelve:* Modificar la resolución dictada el 23 de marzo de 2021, con el alcance indicado en el considerando V de la presente, encomendando a la instancia de grado su instrumentación. Con costas de alzada en el orden causado, en razón de no haber mediado sustanciación (arts. 68 y 69, CPCCN).

Regístrese. Notifíquese a la parte. Comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada n°15/13 art. 4°) y devuélvase a la instancia de grado. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici. — Maximiliano L. Caia.*

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS A PERSONA JURÍDICA

Procedencia parcial.

1. — Tratándose de una sociedad mercantil, la imposibilidad de obtener recursos se traduce necesariamente en una suerte de inoperancia que puede afectar su normal desenvolvimiento en el quehacer comercial, bien distinta de la modestia de medios económicos que concurre en quien puede litigar sin gastos. La acreditación de la carencia de recursos requiere tomar suficiente conocimiento del estado económico del peticionante, lo que exige contar elementos de juicio técnico, tal como la opinión fundada y vertida por un profesional competente en la materia.

2. — La valoración integral de las pruebas rendidas, persuaden sobre la pertinencia de limitar la extensión de la franquicia a un 50%. Ello, desde que no ha quedado plasmada la incapacidad absoluta de la sociedad actora para incursionar o acudir a nuevas actividades comerciales o la total imposibilidad de hacerse de fondos para afrontar los gastos futuros.

3. — El beneficio de litigar sin gastos ha sido instituido con la finalidad de permitir el acceso a la tutela jurisdiccional a aquellas personas que, por insuficiencia de recursos económicos o imposibilidad de obtenerlos, podrían ver vulnerada la defensa de sus derechos al pretenderse la satisfacción del pago de la tasa de justicia y, eventualmente, del que le pudiese corresponder en suerte por la distribución futura de las costas. El fundamento de su otorgamiento deviene del principio de igualdad de las partes y la garantía constitucional de defensa en juicio. Así pues, la envergadura de la vía bajo examen permite ser catalogada como excepcional, derivando de tal característica y a modo de contrapartida, la prudencia con la cual debe obrarse en su otorgamiento.

4. — Constituye un requisito básico exigible para juzgar la razonabilidad del beneficio de litigar sin gastos, que quien lo promueva, suministre los antecedentes mínimos indispensables para facilitar una elemental composición de lugar sobre la situación patrimonial del aspirante a convertirse en acreedor del beneficio.

CNCom., sala F, 20/05/2021. - Sotel Group SRL c. Telecom Argentina SA y otro s/ beneficio de litigar sin gastos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/43916/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

Expte. n° COM 009089/2018/CA001

Buenos Aires, 20 de mayo de 2021.

Vistos:

1. Viene apelada la resolución de fs. 111/12 (foliatura digital) que rechazó el beneficio de litigar sin gastos promovido por la sociedad al juzgarse dirimente en la suerte adversa la falta de producción de prueba pericial contable y la insuficiencia de la prueba testimonial rendida en la causa.

El memorial corre en fs. 115/17 y la Sra. Fiscal General dictaminó precedentemente propiciando la concesión parcial en un 50%.

2. El beneficio de litigar sin gastos ha sido instituido con la finalidad de permitir el acceso a la tutela jurisdiccional a aquellas personas que, por insuficiencia de recursos económicos o imposibilidad de obtenerlos, podrían ver vulnerada la defensa de sus derechos al pretenderse la satisfacción del pago de la tasa de justicia y, eventualmente, del que le pudiese corresponder en suerte por la distribución futura de las costas.

El fundamento de su otorgamiento deviene del principio de igualdad de las partes y la garantía constitucional de defensa en juicio (Cf. Palacio, Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, 1991. T° III, pag. 477). Así pues, la envergadura de la vía bajo examen permite ser catalogada como excepcional, derivando de tal característica y a modo de contrapartida, la prudencia con la cual debe obrarse en su otorgamiento.

Acorde con ello, constituye un requisito básico exigible para juzgar la razonabilidad de un pedido como el de la especie que quien lo promueva, suministre los antecedentes mínimos indispensables para facilitar una elemental composición de lugar sobre la situación patrimonial del aspirante a convertirse en acreedor del beneficio (conf. esta Sala, 6/4/2010, "Sambucetti Héctor Eduardo y otro c/Rossi Alfaro Patricia Nery s/beneficio de litigar sin gastos"; íd. 14/10/2010, "Patriarca Hugo y otros c/Techint SA y otros s/beneficio de litigar sin gastos").

Se tiene dicho en tal directriz que solo puede obtener el excepcional beneficio quien se encuentra imposibilitado de obtener recursos por causas que le son ajenas y que no dependen de su propia voluntad (conf. Alsina, H., "Tratado..." T. VII, pág. 132, 1965).

Ahora bien, tratándose de una sociedad mercantil esa imposibilidad se traduce necesariamente en una suerte de inoperancia que puede afectar su normal desenvolvimiento en el quehacer comercial, bien distinta de la modestia de medios económicos que concurre en quien puede litigar sin gastos. Mientras que el desenvolvimiento de la existencia de las personas de existencia visible o ideal no mercantiles transcurre en varios ámbitos que si pueden presentar circunstancias atendibles que indiquen la necesidad de actuar en justicia aún sin medios económicos para hacerlo, es natural corolario de la consecución del objeto de las sociedades comerciales la obtención de medios suficientes para hacer valer judicialmente, llegado el caso, sus derechos (conf. Sala B, 30/6/2005, "Rainly SA c/Lidnsay International Sales Corporation s/beneficio de litigar sin gastos"; fundamentos del Dr. Butty).

En razón de ello es que rige con mayor rigor el carácter de apreciación cuando la requirente es una sociedad comercial (CSJN, 28/5/1998, "Patagonian Rainbow SA c/Provincia de Neuquén y otros s/cumplimiento de contratos s/inc. de beneficio de litigar sin gastos"; CNCom. Sala A, 8/11/1996, "Consignaciones y Mercados SRL c/Establecimientos Los Molinos SRL", íd. Sala B, 29/3/1996, "Crear Comunicaciones SA c/Telearte SA Empresa de Radio y Televisión y otro"; ambos fallos publicados en el ejemplar ED del 14/2/1997, con comentario del doctor Jaime L. Anaya).

Bien que tal abordaje no debe llevarse a niveles de racionalización que dificulten irrazonablemente el acceso a la jurisdicción por razones económicas, siendo que siempre debe preferirse la preeminencia de la prerrogativa preambular del afianzamiento de la justicia y la impronta de los Tratados Internacionales, integradores de nuestro bloque de constitucionalidad (art. 75:22 CN, conf. Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 8 y 25-, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -arts. 2, 3 y 14-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -art. XVIII, Derecho de Justicia- y la Declaración Universal de Derechos Humanos -art. 10-).

3. Sentadas tales premisas basilares, debe reconocerse que lo que principalmente aquí se debate atañe a la apreciación de la fuerza convictiva que ha de generar el contexto probatorio ofrecido a los efectos propuestos (arg. art. 386 CPCC).

Y no puede perderse de vista que la accionante ha manifestado haber mantenido una relación comercial con la demandada entre los años 2009 y 2016, dedicándose a la venta de sus líneas telefónicas y productos.

Existen, a su vez, dos acciones promovidas por la actora: (i) "Sotel Group c/Telecom Argentina y otro s/ordinario" (expte. Nº 9091/2018) por la suma de $2.698.699,10 en concepto de facturas impagas y (ii) "Sotel Group c/Telecom Argentina s/ordinario" (expte.Nº 31165/2018) por cobro de daños y perjuicios por la suma de $30.896.892,93.

Dicho esto, han de compartirse en integridad los fundamentos vertidos en el dictamen del Ministerio Público Fiscal a cuya lectura se invita para evitar reediciones inoficiosas.

En efecto, la prueba allegada resultaría indiciaria del impacto adverso que deparó la conclusión del vínculo comercial de la actora con el grupo económico demandado. No deben desdeñarse al efecto los testimonios prestados, que han dado cuenta de la relación comercial de exclusividad y las consecuencias perniciosas de la finalización del contrato (conf. esta Sala, 19/12/2014, "Grupo Klaus SA c/Telecom Personal SA s/ben. De litigar sin gastos", Expte. n° 39198/2011).

A su vez, la accionante admitió y acreditó documentalmente haber recurrido a la financiación bancaria mediante la obtención de varios préstamos a saber: (i) cuatro en el Banco Santander Río (del 2/07/2017 por $1.500.000, del 12/12/2017 por $500.000, del 1/04/2019 por $1.000.000 y del 7/08/2019 por $1.500.000), (ii) dos en el Banco Itaú Argentina (del 10/08/2017 por $500.000 y del 26/04/2018 por

$300.000), (iii) uno en el BBVA Francés (solicitado el 19/07/2019 por $800.000).

De los documentos contables aportados también se puede observar que los Ejercicios n° 10 (cerrado el 31/12/2017) y n° 11 (cerrado el 31/12/2018) arrojan por resultado una ganancia de $862.826,10 y $820.639,64 respectivamente, exhibiendo una disminución en relación al período del año 2016 por $2.546.753,44.

A pesar de lo indicado, la acreditación de la carencia de recursos requiere tomar suficiente conocimiento del estado económico del peticionante, lo que exige contar elementos de juicio técnico, tal como la opinión fundada y vertida por un profesional competente en la materia, aquí ausente (CNCom E, 27/2/1991, "Corplack SA c/ La Buenos Aires, Cía. de Seguros SA s/ ordinario s/ inc. de beneficio de litigar sin gastos").

Es que en ocasión del juzgamiento no deben obviarse los intereses de la parte contraria, evitando que un ilimitado beneficio se transforme en un indebido privilegio (CNCom., Sala A, 4/8/2011, "Acristal S.A. c/ Fundación p/lucha contra Enfermedades Neurológicas de la infancia s/incidente" y sus citas). Máxime si, como en el caso, se trata de un reclamo por considerables montos.

Pues bien, la conjunción de los lineamientos doctrinarios anticipados y la valoración integral de las pruebas rendidas, persuaden a los firmantes sobre la pertinencia de limitar la extensión de la franquicia a un 50%. Ello, desde que no ha quedado plasmada la incapacidad absoluta de la sociedad actora para incursionar o acudir a nuevas actividades comerciales o la total imposibilidad de hacerse de fondos para afrontar los gastos futuros (cfr. CNCom. Sala D, 7/4/2015, "Airox S.A. c/Ford Argentina S.C.A. y otro s/ beneficio de litigar sin gastos"; íd. 22/8/2017, "Swing Car SA c/Kia Argentina SA s/beneficio de litigar sin gastos", Expte. n° 31673/2011).

Para concluir, agrégase que la presente resolución no hace cosa juzgada, ya que la decisión judicial denegatoria no importa una rigurosa apreciación de la prueba, sino el previo requerimiento para arrimar elementos a los que la ley adjudica idoneidad suficiente como requisito de procedibilidad, pudiendo la interesada ofrecer nuevas pruebas y solicitar nueva resolución (Conf. CNCom. Sala B, 31/10/2001 "Desalvo Juan A. c/Banco Río de la Plata SA s/benef. litig. sin gastos", íd. Sala A, 20/2/2007, "Sobrero Héctor c/Cerro Nevado SA s/benef. litig. sin gastos").

En relación a las costas y a la manera en la que aquí se ha decidido se aprecia conveniente su distribución en el orden causado en ambas instancias, puesto que la sustancia decisoria reposa, en definitiva, en estricta apreciación judicial (art. 68:2 CPCC).

4. Por lo expuesto, en consonancia con la tesitura propuesta por el Ministerio Público Fiscal, *Resuelve:* revocar el pronunciamiento de fs. 111/12 y conceder la franquicia en un 50%. Costas en ambas instancias por su orden.

Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Alejandra N. Tevez.* — *Rafael F. Barreiro.* — *Ernesto Lucchelli.*

SEGUROS

JURISPRUDENCIA

OPONIBILIDAD DE LA FRANQUICIA

Transporte de personas. Obligación de seguridad. Responsabilidad objetiva. Disidencia parcial.

1. — Poco importa si se probó o no en la causa un accionar "brusco" del conductor. Es que la realidad patente fue que la actora no arribó "a salvo" a destino, y la encartada no ha probado algún eximente que la liberara de responsabilidad.

2. — En el transporte de personas, el porteador se obliga a llevar al pasajero sano y salvo hasta el lugar de destino, comprometiéndose a brindar durante el trayecto y también durante el ascenso y descenso del vehículo, las seguridades necesarias para que aquel no sufra un menoscabo en su integridad personal. Por eso, en caso de muerte o lesión de un viajero, el art. 184 del Código de Comercio obliga al porteador al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, incluso ante la existencia de cualquier pacto en contrario. Ello, a menos que se pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no resulte civilmente responsable.

3. — Para que pueda hacerse gravitar sobre una persona el deber de resarcir el daño inferido a otra, es necesaria la presencia de un nexo causal entre ese daño y el hecho que se imputa al responsable.

4. — Es oponible a la actora la franquicia pactada en la póliza de seguros entre la empresa demandada y su aseguradora citada en garantía.

5. — La tasa que resulte aplicable nunca podrá ser inferior a la activa, 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. A la partida en concepto de "gastos de atención médica, farmacia y traslados" debe aplicarse la tasa del 8% anual desde la fecha del accidente hasta la sentencia y, de allí en adelante, la tasa activa hasta el efectivo pago.

6. — La tasa activa aplicarse para liquidar los intereses sobre todas las partidas indemnizatorias concedidas en el caso, sin que quepa exceptuar de ello a la otorgada en concepto de "gastos de atención médica, farmacia y traslados", pues hay motivos para adoptar tal tesitura (del voto en disidencia parcial de la Dra. Maggio).

7. — En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura no es oponible al damnificado (del voto en disidencia parcial de la Dra. Maggio).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Caída en ómnibus de larga distancia.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 34 años.

Estado civil: Casada.

Actividad: Feriante.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $200.000

Daño psicológico: Tratamiento psicológico: $25.000

Daño psíquico: $370.000

CNCiv., sala B, 18/06/2021. - Pugni, Mónica Susana c. Flecha Bus SA y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/82058/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

INTERESES

Se aplica la tasa activa. Se aplica hasta el dictado de la sentencia la tasa del 8% a los gastos de atención médica y traslados.

Expte. n° CIV 115179/2010/CA001

Buenos Aires, 18 de junio de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Ramos Feijóo* dijo:

I. Antecedentes:

I. a. La sentencia de grado obrante a fs. 571/sgtes. (foliatura digital; ver aquí) resolvió: 1) hacer parcial-

mente lugar a la pretensión incoada por la Sra. Mónica Susana Pugni. En consecuencia, condenó a Eduardo Daniel Torres y a "Derudder Hermanos S.R.L." a pagarle a la parte actora la suma de pesos seis millones ochenta mil ($6.080.000.-) con más sus respectivos intereses (cfr. cons. "V") y costas del proceso, con la limitación consagrada por el art. 730 del CCyCN de conformidad con lo dispuesto en el considerando "VI"; y, 2) hacer lugar al pedido de inoponibilidad de la franquicia solicitado por la actora y, en consecuencia, hacer extensiva la condena en todo su alcance a "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" de acuerdo a los lineamientos señalados en el considerando "VII" de la misma.

I. b. La presente litis tuvo su origen en la demanda por daños y perjuicios (v. fs. 44/sgtes.), donde la accionante relató que el día 07 de mayo de 2009, siendo aproximadamente las 11:06 horas, se embarcó "...en la terminal 'Zacaría' del Puente de la Noria de la Provincia de Buenos Aires en el interno 8067 de un micro de la empresa 'Derudder Hnos. S.R.L.' que gira con el nombre comercial Flecha Bus, con destino a La Quiaca, conducido por dos conductores de apellidos Adrober y Torres Eduardo...".

El colectivo de mención poseía dos pisos, ubicándose la butaca que le fue asignada a la actora en la parte de arriba del mismo; específicamente en el asiento nro. 36 (boleto nro. 88311994).

El viaje se desarrollaba en términos normales. No obstante, al día siguiente -antes de llegar a la terminal de micros de la capital de la provincia de Tucumán- señaló que, al levantarse de su asiento para dirigirse al baño (el cual se encontraba en el piso de abajo) y empezar a descender las escaleras, el conductor del colectivo realizó una maniobra brusca, lo que provocó que pierda la estabilidad y caiga en el hueco de la escalera deslizándose hasta el piso de abajo.

Como consecuencia del impacto de su cuerpo con el suelo, afirma haberse quedado inconsciente y despertado en el Sanatorio del Norte de la Prov. de Tucumán, donde la asistieron, le sacaron placas y le pusieron un cuello ortopédico.

Sostuvo que, allí, le informaron que la habían trasladado en ambulancia y que había sufrido fractura de cráneo, en la columna cervical y serios golpes en los brazos y demás partes del cuerpo.

Luego de ello, adujo que a pesar de que personal de la empresa Flecha Bus le dijo que sería trasladada a otro centro asistencial para hacerse un estudio médico (dada su negativa a continuar el viaje en esas condiciones), los mismos la llevaron en automóvil (en un Fiat Uno, color blanco) a la terminal de ómnibus de San Miguel de Tucumán, a la boletería de Flecha Bus. La sentaron en un banco y le dijeron que, dado que se encontraba mejor, debía continuar su viaje a La Quiaca (nº 40324280) y le retiraron el boleto anterior (Buenos Aires-La Quiaca), indicándole que ello era necesario para continuar el viaje.

Aclaró que el pasaje acompañado como prueba documental, correspondiente al tramo San Miguel de Tucumán-La Quiaca, se encuentra sin costo justamente porque fue otorgado por la empresa demandada en reemplazo del otro pasaje.

Continúo diciendo que, el segundo micro (interno 8137) llegó -luego de varias horas de espera sentada- a las 5.30 del 9 de mayo. En esta oportunidad, los conductores del colectivo eran los Sres. Gustavo Ríos y Felipe Delgado, quienes la ayudaron a subir y la ubicaron en dos asientos de la parte trasera de la planta baja, diciéndole que no se moviera y que ellos le avisarían cuando arribarán al destino.

Agregó que, a la altura de la localidad de Gral. Guemes,¨ Provincia de Salta, comenzó a sentirse mareada y -en forma repentina- perdió el conocimiento; por lo que debieron trasladarla en ambulancia al Hospital San Bernardo de la Provincia de Salta, donde nuevamente le informaron que tenía traumatismo de cráneo y columna cervical.

Describió las condiciones precarias en las que fue atendida ("abandonada" en una camilla en un pasillo con suero) y expresó que, ante las recomendaciones del personal de seguridad, dejó el referido centro asistencial y regresó en taxi. En primer lugar, se dirigió a la boletería de Flecha Bus de la terminal donde se encontraba; y, luego -ante la falta de respuestas de la misma- a Gral. Guemes,¨ para recuperar sus pertenencias y a que le brindaran la atención que necesitaba, la que, conforme sus propios dichos, no le fue dada.

Esperó recostada en un banco de la estación hasta las 04:00hs del día siguiente y, una vez que le fueron entregadas sus pertenencias –de las que faltaban una campera y dos cadenas de oro-, ante la negativa de los choferes de trasladarla a Bs. As. (por falta de autorización), compró en la empresa "SJO SAN JOSE" un boleto desde Gral. Güemes con destino a Buenos Aires para el día 10/05/2009 a las 08:30hs.

Esbozó que, a la hora de haber iniciado el viaje, comenzó a sentir dolor de cabeza y náuseas y nuevamente sufrió un desmayo. Se despertó en el Hospital Padilla de la Provincia de Tucumán, al cual había sido trasladada por los conductores del ómnibus. Desde este nosocomio, fue derivada al Sanatorio del Norte

de Tucumán para poder realizarse estudios más complejos.

Añadió que, ese mismo día (10 de mayo), su esposo recibió un llamado por parte de la empresa Flecha Bus, en donde le avisaron del accidente que había sufrido y le otorgaron a este un pasaje sin costo, para que pudiera viajar desde Buenos Aires hasta Tucumán; lugar donde la pretendiente se encontraba internada.

Una vez allí, habiendo arribado su esposo a la terminal de San Miguel de Tucumán con fecha 11 de mayo, fue trasladado por personal de la empresa hasta el hospital, donde no encontrándose conformes con los recursos que poseía dicho establecimiento y ante la falta de atención médica necesaria, decidieron viajar a Buenos Aires en un micro de la empresa Andes Mar (ya que la empresa demandada se rehusó a trasladarlos).

En Buenos Aires, expresó que fue atendida en el Hospital Pedro Fiorito de Avellaneda, donde le hicieron estudios, informándole que había sufrido graves daños en la cabeza y columna, y que estaba embarazada. También le informaron que su embarazo corría serios riesgos en razón de los daños sufridos; adicionando que, lamentablemente, el 28 de junio, dicho embarazo se interrumpió.

Reclamó por los diversos daños y perjuicios sufridos la suma de pesos cuatrocientos cuarenta y cuatro mil doscientos ($444.200), y/o en lo que en más o en menos resulte de la prueba de autos (v. f. 51).

I. c. A su turno, tanto la demandada como la citada en garantía contestaron la demanda que se les fue cursada.

La aseguradora (reconociendo la cobertura asegurativa invocada y la existencia de una franquicia de $40.000 a cargo del asegurado) y la empresa "Derudder Hermanos S.R.L.", formularon una minuciosa negativa de los hechos narrados en la demanda como fundamento de la pretensión allí esgrimida (temperamento que hacen extensivo a la propia existencia de los daños invocados, como así también a la procedencia y cuantía de las partidas indemnizatorias pretendidas).

Si bien no desconocieron la existencia misma del hecho, sostuvieron que el siniestro se produjo por la exclusiva responsabilidad de la Sra. Pugni, toda vez que perdió la estabilidad al bajar mareada las escaleras y descompensarse.

I. d. La Sra. Jueza de grado, luego de analizar el plexo probatorio, afirmó que: "...la sola declaración de la testigo A. Z. no resulta suficiente para exculpar a la demandada...". En virtud de ello, hizo hincapié en la conducta pasiva adoptada por la accionada (específicamente en lo que hace a la prueba testimonial) y concluyó que los demandados no lograron acreditar la eximente de responsabilidad alegada.

II. Agravios

Contra el pronunciamiento de primera instancia apelaron la parte demandada y la citada en garantía (v. f. 572 y f. 572 (bis); foliaturas digitales) y la parte actora (v. f. 575); recursos que fueron concedidos libremente a fs. 573, 573 (bis) y 576 (foliaturas digitales), respectivamente.

II.a. El codemandado Torres fundó sus quejas a fs. 624/632 (foliatura digital; ver aquí); las que fueron respondidas por la parte actora a fs. 691/723 (foliatura digital; ver aquí o aquí).

En sus primeros dos agravios, cuestionó la atribución de responsabilidad dispuesta en su contra, alegando que no se encuentra acreditada la calidad de "víctima" de la parte actora como así tampoco la supuesta maniobra brusca por parte de los conductores de la unidad de transporte de pasajeros ni mucho menos "...la relación causal existente entre una supuesta maniobra brusca, una posterior caída y unos daños padecidos por la persona con relación causal directa con dicha caída..." (sic).

En su tercera y cuarta crítica, disintió con la aplicación "automática" del art. 184 del Cód. de Comercio y del art. 356 del CPCCN, argumentando que la a quo "...omitió aplicar el artículo 60 en toda su extensión, el artículo 64 del CPCCN y lo resuelto mayoritariamente por la jurisprudencia en la materia...".

En su quinta, señaló que la actora no logró probar el hecho basal invocado; esto es, la caída en la escalera.

En sexto lugar, negó que los accionados hubieran reconocido que "……la caída sufrida ocasionó daños a la actora en su persona...". Aclaró -al respecto- que, el reconocimiento de que la actora tuvo que ser trasladada en ambulancia no implica que la persona haya padecido daño alguno como consecuencia de una supuesta caída.

En su séptima queja, afirmó que quedó acreditado en autos que no existió maniobra brusca ni ninguna causal de tal hecho (la caída de la escalera), por lo que la única opción posible es la caída de la Sra. Pugni por su propia responsabilidad. Añadió que Sra. Jueza de grado viola el principio de congruencia y falla de manera ultra petita al apartarse del relato de los hechos efectuado en la demanda y plantear la falta de luminosidad como causal de su caída.

En la octava, resaltó que resulta contradictoria la sentencia de grado en cuanto decretó que no existió maniobra brusca del colectivo, pero al mismo tiempo consideró verosímil los hechos brindados por la actora.

En subsidio de lo anterior, en su noveno, décimo y décimo primer agravio criticó la relación de causalidad entre el hecho y los daños que dice haber sufrido la pretensora y las sumas reconocidas en la instancia de grado respecto de las partidas indemnizatorias otorgadas en concepto de "incapacidad sobreviniente (daño psíquico)" y "daño moral".

Por último, en su duodécima queja peticionó que se la exonere de la imposición de costas, o -caso contrario- se impongan las mismas en el orden causado.

II.b. La codemandada "Derudder Hnos. S.R.L." y "Protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros" expresaron agravios a fs. 649/656 (foliatura digital; ver aquí). Los mismos fueron contestados por la parte actora a fs. 725/734 (foliatura digital; ver aquí)

Postularon -en primer lugar- su disconformidad con la responsabilidad que les fue endilgada. Adujeron al respecto, que, "...la actora nunca hizo mención alguna a deficiencia o ausencia de iluminación en el micro, ni atribuyó su caída a esas circunstancias. Por el contrario, la versión de los hechos brindada en la demanda fue claramente desvirtuada con la declaración de Z., quien aseguró que no hubo maniobra alguna del vehículo antes de la caída (caída que la testigo no vio, pero sí escuchó). La conclusión a la que se arriba en la sentencia resulta en consecuencia inconsistente y por tanto dogmática...".

Subsidiariamente, cuestionaron el monto indemnizatorio fijado para justipreciar los rubros "incapacidad sobreviniente (daño psíquico)" y "daño moral". En cuanto al primero, peticionaron su absoluto rechazo por entender que no se encuentra acreditada la relación causal entre el hecho y la patología psiquiátrica que padece la actora (alegando -además- que no fueron valorados los antecedentes de la víctima); mientras que en relación al segundo, esbozaron que "...nadie puede valorar la afección moral como el propio damnificado, y en consecuencia el monto reclamado en la demanda opera como límite para el juzgador al momento de resolver la cuestión...".

Por último, solicitaron que se revoque el fallo de grado en cuanto declaró inoponible a la accionante la franquicia pactada en el contrato de seguro celebrado entre la empresa de transportes demandada y la aseguradora; declarando -en consecuencia- la validez y oponibilidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad que estipulan la franquicia para los contratos de seguro de responsabilidad civil del transporte público de pasajeros y el límite máximo por acontecimiento.

II.c. Por su parte, la pretensora expresó agravios a fs. 635/648 (foliatura digital; ver aquí), cuyo traslado fue contestado por la codemandada "Derudder Hnos. S.R.L." y la citada en garantía a fs. 735/737 (foliatura digital; ver aquí)

Comenzó por aclarar que el siniestro se produjo el 08/05/2009 y, no el 07/05/2010 como erróneamente consigna la sentencia de grado.

Seguidamente, criticó el rechazo de la partida indemnizatoria peticionada como "daño físico". Hizo referencia a la historia clínica que luce agregada en el expediente y las observaciones efectuadas frente a la experticia médica. En virtud de ello, solicitó que se modifique este punto del decisorio y se haga lugar a lo reclamado en la demanda por este concepto.

Luego, desarrolló sus quejas en torno a la cuantificación de los rubros concedidos en concepto de "incapacidad psíquica sobreviniente", "tratamiento psicológico", "daño moral" y "gastos de asistencia médica y traslados", por considerarlos reducidos.

Asimismo, disintió con la tasa de interés fijada. Citó jurisprudencia y solicitó se modifique la sentencia en este punto, aplicando la tasa activa del Banco Nación, desde la fecha del accidente, que es el momento donde se produjo el daño, hasta el momento del efectivo pago.

Por último, se agravió de lo resuelto respecto de la limitación de la responsabilidad sobre las costas del proceso (cfr. art. 505 del Código Civil -hoy art. 730 CCyC-). Peticionó que se modifique la sentencia en este sentido dejando sin efecto lo allí dispuesto, declarando -además- la inconstitucionalidad del artículo 505 del Código Civil.

III. Antes de entrar en el examen del caso y dado el cambio normativo producido con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial debo precisar que, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (conf. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial y art. 1067 del anterior Código Civil), aquel que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo.

En consecuencia, de acuerdo al sistema de derecho transitorio contenido en el art. 7° del nuevo Código y como ya lo ha resuelto esta Sala en reiteradas oportunidades (v. entre otros, autos: "D. A. N y otros c/ C.

M. L. C S.A y otros s/daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux." del 6-8-2015), la relación jurídica que origina esta demanda, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial, debe ser juzgada –en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo al sistema del anterior Código Civil (decreto-ley 17.711) 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 y respeto a la supremacía constitucional.

IV. Sentado ello, pasaré a examinar los agravios expresados, en la inteligencia que en su estudio y análisis corresponde seguir el rumbo de la Corte Federal y de la doctrina interpretativa. En tal sentido, ante la inconsistencia de numerosos capítulos de la expresión de agravios, conviene recordar que los jueces no estamos 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 (ver CSJN: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado, T° I, pág. 825; Fenocchieto Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado, T 1, pág. 620). Asimismo, tampoco es obligación de los juzgadores ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estimen apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, *in fine*, del ritual; CSJN: 274:113; 280:3201; 144:611).

Es en este marco, pues, que ahondaremos en la cuestión de fondo del caso *sub examine*.

V. El *thema decidendum* de esta Alzada quedó circunscripto a determinar: a) la atribución de responsabilidad por los hechos acaecidos; y si correspondiere b) la cuantía de los rubros indemnizatorios, c) el cómputo y la tasa de interés, y d) la extensión de la condena.

V. a) En orden a motivos de índole metodológico, creo prudente analizar en primer término los agravios relacionados con la responsabilidad endilgada en la sentencia de grado.

La responsabilidad derivada del transporte terrestre de personas está regulada por el art. 184 del Cód. de Comercio, con cuyos términos coincide el art. 65 de la ley 2873 de ferrocarriles, así como para el autotransporte, el art. 11 de la ley 12.346 (Adla, 1889-1919, 239; 1920-1940, 776).

Este artículo resulta aplicable a toda especie de transporte realizado por tierra, si la actividad desarrollada por el locador asume la forma de empresa (conf. Brebbia, "Problemática de los automotores", T 2, pág. 11; CNCiv. Sala C, La Ley 138-43; CNCiv. Sala F, La Ley 139-322; CNCiv. Sala E, La Ley 1975-C-309; CNCiv. Sala G, dic.20-289, La Ley diario del 10 de julio de 1990).

Si bien la redacción de la citada norma únicamente menciona al transporte en ferrocarril, la doctrina y jurisprudencia son pacíficas y unánimes en sostener que este artículo es aplicable a la responsabilidad del transportista frente al pasajero por los daños que este último sufra durante el transporte oneroso, cualquiera sea el medio de transporte utilizado (Trigo Represas, Félix A. Responsabilidad del transportista frente al pasajero, en el contrato oneroso de personas. LL 1996-D, 667. Gómez Leo, Osvaldo R. y Gómez Buquerin, Gastón, Legislación Comercial anotada. Vol. I, Cód. de Comercio. Ed. Depalma, Bs. As. 1993, Bs. As. págs. 314 y 361).

Cuando nos referimos al contrato de transporte, estamos haciendo alusión a un convenio consensual que se perfecciona por el simple consentimiento de las partes; es decir, con el ofrecimiento de realizar el transporte por parte de la línea de microómnibus y la aceptación de tal extremo desde la voluntad del pasajero (CNCiv. Sala J, en autos: "Barraza Mirta Graciela c/ General Tomas Guido SACIF y otro s/ daños y perjuicios", 23/08/2012, MJ-JU- M-74758-AR | MJJ74758 | MJJ74758).

En este tipo de figura, el porteador se obliga a llevar al pasajero sano y salvo hasta el lugar de destino, comprometiéndose a brindar durante el trayecto y también durante el ascenso y descenso del vehículo, las seguridades necesarias para que aquel no sufra un menoscabo en su integridad personal (conf. B. Areán, Juicio por accidentes de tránsito, Tomo 3, págs. 148/149). Por eso, en caso de muerte o lesión de un viajero, la norma citada obliga al porteador al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, incluso ante la existencia de cualquier pacto en contrario. Ello, a menos que se pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no resulte civilmente responsable.

El fundamento de la presunción legal de responsabilidad reside en la tácita obligación de seguridad, la cual integra el plexo del contrato y deriva del deber de buena fe que impone el art. 1198, primera parte, del Cód. Civil. Accesoria de la obligación principal, la tácita obligación de seguridad impone al transportador el deber jurídico de no solo llevar al pasajero a su destino (obligación principal), sino también de conducirlo sano y salvo (obligación tácita accesoria); de manera que aquel es responsable por el incumplimien-

to contractual representado por cualquier daño a su persona o bienes que sufra el viajero.

En la misma línea de razonamiento se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo que la seguridad debe entenderse como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente, se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de aquel vocablo –la seguridad- en el art. 42 de la Constitución Nacional, es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos. Así, la interpretación de la extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros, integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios (conf. CSJN, in re "Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.", del 22.04.2008, LL, 2008-C, 529, 2008-C, 562 y 2008-C, 704, DJ 18/06/2008, 481).

Quedó así plasmada en la ley lo que en doctrina se califica como una responsabilidad objetiva contractual, típica de la actividad del transporte terrestre de personas (cfr. López Cabana, Roberto, "El contrato de transporte terrestre sometido al régimen de responsabilidad extracontractual. Trastornos que causa la subsistencia de una norma arcaica", en "Derecho de daños", en colaboración con Alterini, A., Ed. LA LEY, Buenos Aires, 1992, p. 53 y sgtes., y sus citas, entre otros, de Bueres, Alberto J., "Responsabilidad contractual objetiva", JA, 1989 II 964).

Así las cosas, es evidente que el encuadre precedente favorece a la víctima, toda vez que se elimina el requisito de la culpa en el transportador y se impone a este la carga de la prueba si pretende eximirse de resarcir. En otras palabras, se establece –así- una suerte de inversión de la carga de la prueba, beneficiando al pasajero, a quien se lo exime de probar la culpa del transportista. Sin embargo, para ello, la mencionada disposición prevé como presupuesto de su aplicación que exista contrato de transporte y que el perjuicio se produzca durante el viaje. Corresponde –entonces- al pasajero perjudicado acreditar estos dos últimos extremos y al porteador las causas previstas en la ley para eximirse de responsabilidad.

De lo expuesto, puede concluirse que el art. 184 del Cód. de Comercio es una norma severa para con las empresas de transporte; de lo que se sigue que un criterio semejante debe presidir la interpretación de las causales de exculpación que contempla aquella disposición. Tal rigor se funda en la intención del legislador de inducir a las transportadoras a extremar las precauciones respecto de la calidad, perfecto estado y funcionamiento del material del que se valen; como así también para que se adopten los recaudos relativos a la capacitación y buen desempeño de su personal y el estricto cumplimiento de las leyes y reglamentos. Asimismo, juega en la especie, como ya se dijo, la necesidad de amparar a las posibles víctimas, para quien el resarcimiento muchas veces resultaría ilusorio si tuvieran que probar la culpa del transportador (cfr. CNCiv., sala M, en autos "Gómez c. Empresa Bartolomé Mitre S.A.", del 18/3/1996, La Ley, 1998 C, 979 J.Agrup. caso 12.849).

A mayor abundamiento, y desde otra perspectiva, el vínculo de autos puede encuadrarse en una relación de consumo, correspondiendo la aplicación del art. 42 de la CN, que impone un deber de seguridad con carácter objetivo, y de los arts. 5, 6, 40, 53, tercer párrafo, y concordantes de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (reformada por la ley 26.361).

En el caso bajo examen, destaco que, de acuerdo a los elementos de convicción arrimados al proceso, no quedan dudas de que la actora sufrió diversas lesiones cuando se encontraba viajando en la unidad de la demandada el día 08 de mayo de 2009 con destino a la Quiaca.

Partiendo entonces de la vigencia en el caso de un contrato de transporte al momento del hecho, estaremos así ante la presencia de una obligación de resultado; la que se traduce en el deber de transportar sano y salvo al pasajero a destino; circunstancia esta que –palmariamente- no ha acontecido en el sub judice.

Repárese, paradójicamente, que basta atenerse a las propias manifestaciones de la emplazada tanto en su escrito de contestación de demanda, alegato y las volcadas en su expresión de agravios (en cuanto aceptaron que los daños se produjeron dentro del colectivo, pero desconocieron la existencia de una maniobra brusca del conductor), para determinar el deber de responder de dicha demandada.

En efecto, poco importa si se probó o no en la causa un accionar "brusco" del conductor. Es que la realidad patente fue que la actora no arribó "a salvo" a destino, y la encartada no ha probado –ni por asomo— algún eximente que la liberara de responsabilidad. En tal sentido, la inversión de la carga de la prueba que pretende la accionada resulta inaudible.

Sobre el punto, sabido es que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo (tal el caso de autos), se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los he-

chos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. La actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés (Palacio, Lino, "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, 2004, pág. 399). Esta conclusión, sin hesitación, se aplica a la letra al caso de autos.

Resta analizar la crítica vertida por las recurrentes en donde señalan que la Sra. Jueza de grado viola el principio de congruencia y falla de manera ultra petita al apartarse del relato de los hechos efectuado en la demanda y plantear la falta de luminosidad de la escalera del micrómnibus como causal de su caída.

Si bien es cierto que no surge del escrito de demanda presentado por la accionante (ver aquí) manifestación alguna respecto del estado de la escalera de la unidad de transporte de pasajeros al momento del hecho (art. 330 inc. 4 del CPCCN), no puede pasarse por alto que, quien introduce dicha circunstancia resulta ser la testigo ofrecida por las apelantes (la Sra. Z.), cuya declaración (v. f. 321/vta.) quedó incorporada a este proceso en forma definitiva por estricta aplicación del principio de adquisición procesal, perjudicando o beneficiando por igual a ambos litigantes (conf. Alsina, "Derecho Procesal", t. 1, pág. 459, nº 19; Colombo, "Código Procesal anotado y comentado", t. III, pág. 350; Falcón, "Código Procesal, anotado, concordado y comentado", t. III, pág. 119; Fassi, "Código Procesal, comentado, anotado y concordado", t. 1, pág. 676, nº 1325; Fenochietto Arazi, "Código Procesal, comentado y concordado", t. 2, pág. 302, nº 3; Morello Sosa Passi Lanza Berizonce, "Códigos Procesales comentados y anotados", t. V A, pág. 171; Palacio, "Derecho Procesal", t. 1, pág. 290, nº 35), y sobre la cual ni las codemandadas ni la citada en garantía alegaron sobre su idoneidad (art. 456 del CPCCN) ni mucho menos intentaron producir prueba sobre el estado de la misma (art. 260, inc. 5to. "a" del CPCCN).

Por el contrario, al presentar su alegato (art. 262 del CPCCN) se limitaron a señalar que, "...con la declaración brindada por E. I. A. Z. obrante a fs. 320/321 se probó debidamente que ninguna responsabilidad puede atribuirse a mis mandantes respecto al hecho denunciado por la actora...", concluyendo que: "...el hecho se produjo sin que mediara acción o inacción alguna del conductor del transporte, y que la caída de la actora no fue consecuencia de una maniobra brusca del conductor como se adujera en la demanda, resulta evidente que el hecho ocurrido circunstancialmente en el micro durante el transporte y que no hay elemento alguno para responsabilizar por este a la demandada...".

Corolario de todo lo anterior, las quejas deducidas por las emplazadas y la citada en garantía serán desestimadas. En consecuencia, propondré al Acuerdo que se confirme la sentencia de primera instancia en lo que a la atribución de responsabilidad se refiere.

V. b) Habiéndose confirmado la responsabilidad objeto de las presentes actuaciones, pasaré a analizar los agravios vertidos en relación a la procedencia y a la cuantía otorgada en la instancia de grado para las distintas partidas indemnizatorias

Incapacidad psicofísica sobreviniente y tratamiento psicológico.

La Magistrada que me precedió decidió: i) desestimar el rubro reclamado en concepto de "incapacidad física sobreviniente"; ii) conceder el monto (actual) de pesos cuatro millones ($4.000.000) para responder a la partida indemanizatoria reclamada como "incapacidad psíquica sobreviniente"; y, iii) otorgar la cifra (actual) de pesos sesenta mil ($60.000) para sobrellevar el tratamiento recomendado.

Como fuera anticipado en el resumen de los agravios, ambas partes cuestionaron lo decidido en este acápite. Veamos.

La partida en cuestión procura el resarcimiento de los perjuicios que tuvieron por efecto disminuir la capacidad vital de la persona afectada, lo que incide en todas las actividades, no solamente en la productiva sino también en la social, cultural, y fundamentalmente en la individual (CNCiv., Sala C, 21/03/1995, in re: "Arias Gustavo G. c/ Fuentes Esteban"). Tal criterio se sustenta en el derecho del sujeto a conservar ileso e intacto su cuerpo dado que, aun con la mejor evolución posible de las lesiones sufridas, será harto difícil o imposible restablecer por completo en el organismo alterado la situación de incolumidad anterior; y esta situación es la que determina un perjuicio reparable. Consecuentemente, rigiéndonos por el principio de la reparación integral, es obligación de los jueces cubrir el demérito que del ilícito resulte a la víctima.

A la hora de analizar este capítulo se debe ponderar el daño ocasionado, traducido en una disminución de la capacidad; el detrimento de funcionamiento del organismo, sea por un empeoramiento del desempeño más gravoso de ello; cualquier perjuicio en el aspecto físico de la salud o en el mental, aunque no medien alteraciones corporales. Y se lo hace no solo con relación a la aptitud laboral, sino también con la actividad social, cultural, etc., amén de la edad, sexo y ocupación.

Efectuadas las aclaraciones precedentes cabe precisar que una de las pruebas fundamentales para resolver este acápite es la pericial, y en autos esta fue llevada a cabo por una médica legista a fs. 404/412

(v. también estudio neurocognitivo acompañado a fs. 387/401).

Del informe se extrae que la Sra. Pugni en su faz física "...se encuentra dentro de parámetros habituales para sexo y edad..." y que, conforme lo evaluado, la misma "...no requiere kinesioterapia ni laser terapia..." (v. f. 405, reiterado a f. 408).

Por otro lado, en cuanto a la esfera psicológica se lee de los datos historiográficos del dictamen presentado que: "...el núcleo familiar conviviente de la actora está formado por su pareja con quien se encuentra casada desde hace 17 años y sus hijos de 17, 13,11 y la menor de 4 años de edad. En cuanto a la escolaridad, refiere no haber concurrido al colegio, solo sabe leer algunas palabras básicas. Vivió con su abuela hasta los 7 años con quien tenía una relación muy especial y su pérdida fue muy traumática para ella. Según refiere, en su familia de origen eran muchos y no la podían cuidar, doce hermanos en total de los cuales dos están fallecidos. Manifiesta en relación a sus padres como abandónicos ya que se iban por largo tiempo de su casa, los dejaban solos y ellos tenían que salir a la calle a pedir, así como a vender cosas para obtener dinero. A los ocho años de edad fue violada por su padre, quien era y es adicto a la cocaína, a los nueve años se lo cuenta a su madre quien descree su palabra y reacciona de forma violenta. Mantuvo por diez años hasta el 2009 un puesto de venta de ropa en la feria La Salada, actividad que luego del accidente no puedo volver a realizar...".

De las consideraciones médico-legales surge que, "...las funciones psíquicas de atención y memoria se encuentran disminuidas (...) En cuanto a lo emocional aparecen conflictos del pasado sin resolver y sentimientos de minusvalía, inseguridad e inmadurez (...) En cuanto a los mecanismos de defensa de su psiquismo predominan la proyección de tipo paranoide, para desembarazarse de la angustia que le provocan ciertas láminas y lucha contra los impulsos negativos y pasivos exagerando por formación reactiva, comportándose maniacamente...".

Se continúa diciendo que, "...la actora requirió asistencia psiquiátrica y psicológica en el Hospital Fiorito tras varios intentos de suicidio, requiriendo varias internaciones breves en el Hospital José Esteves (siendo la ultima en julio del 2016), por presentar episodios de descompensación y desorganización general, con ideación autolítica, autoagresividad y heteroagresividad. Actualmente se encuentra en continuidad con los tratamientos ambulatorios en el mismo hospital (...) con psicoterapia y apoyo farmacológico con: Sertralina (antidepresivo), Clonazepam (anti-ansiedad) y Risperidona (estabilizador del ánimo y anti agresividad)...".

De la batería de tests practicada, resulta pertinente destacar que el resultado del MMSE "...da un deterioro cognitivo importante, pero no demencia..."; no obstante ello, en el siguiente párrafo la experta afirma que la actora "...cumple los criterios para Demencia según el DSMIV, (02.2)...", aunque más adelante se expresa que: "...se debe descartar demencia..." (v. f. 407).

Luego de un extenso análisis, se insiste en que la accionante "...cumple los criterios para Demencia según el DSMIV (02.2): presencia de múltiples déficits cognoscitivos que se manifiestan por el deterioro de la memoria, de la capacidad para aprender nuevas cosas, o recordar información aprendida previamente, apraxia (deterioro para llevar a cabo actividades motoras, a pesar de que la función motora está intacta), agnosia, alteración de la ejecución planificación, organización y abstracción. El déficit cognitivo en cada uno de los ítems antes mencionados provoca un deterioro significativo de la actividad laboral social y representan una merma importante del nivel previo de actividad, lo cual también se cumple para demencia..." (v. f. 409).

Se concluye que, "...la incapacidad psíquica que posee la evaluada, la cual se encuadra según el Baremo para valorar incapacidades neuropsiquiatricas de los Dres. Mariano Castex & Daniel Silva en una psicosis reactivas o desarrollos psicóticos transitorios (en personalidades no psicóticas) moderado, lo cual le ocasiona a la evaluada una incapacidad de 70% (setenta) de la total vida, relacionada con lo sucedido...." (v. f. 409).

"...Se sugiere la continuidad de tratamiento psicológico y psicofarmacológico (...). El costo de cada sesión psicoterápica es de $300 y de cada interconsulta con Psiquiatría de $600..." (v. f. 412).

Corrido el traslado de rigor, la parte actora observó la pericia médica a fs. 457/458 por entender que muchos de los puntos ofrecidos por su parte no fueron respondidos y, con el pasar de las fojas planteó la revocatoria respecto del auto de fecha 04/12/2017 que tuvo por contestados los mismos (v. contestación de f. 478, auto de f. 479 y presentación de f. 480).

Por su lado, la parte demandada y la citada en garantía (v. fs. 473/476) impugnaron la experticia tanto en el plano físico como en la esfera psicológica. Observaron el dictamen pericial por entender que: no fueron analizados debidamente los antecedentes de patología psicológica y psiquiátrica previa al evento de autos, la actora presenta un cuadro de obesidad de acuerdo al índice de masa corporal (IMC) lo que afecta su desempeño psicosocial, la incongruencia respecto de la alegada demencia y en relación al trastorno consignado.

Esta última presentación fue contestada por la idónea a f. 483, ratificando lo expresado con anterioridad, limitándose únicamente a reiterar lo ya expresado.

En consecuencia, a los fines de juzgar la razonabilidad de la suma a reconocer, tendré en cuenta que: i) la Sra. Pugni contaba a la fecha del accidente con 34 años, trabajaba en un puesto de la feria "la Salada", estado civil casada, con hijos, vive en una casa modesta, de material, con dos dormitorios que le prestó su suegra para vivir con su familia, que no posee bienes inmuebles ni tampoco muebles registrables, que no es titular de ninguna tarjeta de crédito o cuenta bancaria, que no pertenece a ninguna entidad social, cultural o deportiva y que no posee servicio de medicina prepaga; ii) las constancias del Hospital Pedro Fiorito de Avellaneda (v. fs. 246/250 y 460/471), Hospital de San Bernardo de la Provincia de Salta (fs. 297/298), Policlínico Lomas (fs. 340/344), las imágenes del Centro "RDA" (v. f. 453) y la historia clínica reservada en el sobre nro. 9058 ; iii) que la actora no logró acreditar la alegada "fractura de cráneo" como así tampoco la "cervicobraquialgia demostrable clínica, neurológica y electromiográficamente que me incapacita en un 50% t.o", ni mucho menos la necesidad de estar permanentemente con cuello cervical y el "traumatismo facial severo con rotura de dientes superiores" (v. fs. 46 y 48); a lo que se agrega el desistimiento manifestado respecto de la prueba informativa ofrecida por la parte actora respecto de Hospital Padilla de Tucumán, Sanatorio del Norte de Tucumán, HIGA Luisa Gandulfo, Dr. Humberto Fernando Drago (v. f. 511) como así también de la testimonial (v. f. 500); iv) que el tratamiento psicológico iniciado (luego del accidente) por la accionante se debió a un cuadro compatible con estrés postraumático -con medicación y reposo laboral- (v. fs. 450 y 451), pero en ningún momento se hace referencia a una demencia como se consigna en el psicodiagnostico y en la experticia, que -dicho sea de paso- resultan incongruentes en este sentido (arts. 901, 905 y 906 del Cód. Civil); v) que no se ha probado fehacientemente que la interrupción embarazo (desconocido al momento del hecho por la actora) fue provocado por el siniestro de autos (v. respuesta de la experta a f. 478); y, vi) que toda vez que las lesiones físicas sufridas por la pretensora fueron transitorias, las mismas serán valoradas dentro de la esfera extrapatrimonial.

Existe consenso doctrinario y jurisprudencial en el sentido de que para que pueda hacerse gravitar sobre una persona el deber de resarcir el daño inferido a otra, es necesaria la presencia de un nexo causal entre ese daño y el hecho que se imputa al responsable (conf. Boffi Boggero, Luis María, "Tratado de las obligaciones", t. II, Ed. Astrea, p. 312; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo Perrot, p. 361; Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil", t. I, Ed. La Ley, p. 582). Es por lo tanto necesario que dicho daño pueda ser objetivamente atribuido al accionar del demandado imputatio facti, es decir acreditar la vinculación externa, material, que enlaza el evento dañoso y el hecho del responsable (conf. Bustamante Alsina, Teoría Gral. de la Responsabilidad civil, pág. 267; Goldemberg, Isidoro, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Ed. Astrea, Bs. As. 1989, pps.15 y 42/43).

Partiendo de la "teoría de la causalidad adecuada", receptada normativamente (art. 906 del Código civil) y jurisprudencia y doctrina, cabe señalar que causa es la condición que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir un resultado (conf. Orgaz, El daño resarcible, pág. 69; Brebbia, La relación de causalidad, pág. 39 entre otros).

Bajo tales pautas, resulta pertinente recordar que peritos y jueces tienen que desempeñar papeles diferentes y bien definidos: uno esencialmente técnico y limitado; el otro, superlativamente variado, porque el juez tiene un dominio propio, el de la aplicación del Derecho y está profesionalmente preparado para ello (Gorphe, Francois, De la apreciación de las pruebas, trad. de Alcalá Zamora y Castillo, Bosch, Barcelona, p. 110). Es por eso que, los dictámenes periciales no son obligatorios para los jueces cuando las circunstancias objetivas de la causa aconsejan no aceptar totalmente sus conclusiones (CSJN, 20/12/94, "Kila SA c. Administración Nacional de Aduanas").

Lo contrario implicaría tanto como desvirtuar las funciones del judicante, constituyendo a los peritos en jueces de la causa. Si la función del experto se limita a ilustrar el criterio del juez y a llevarle el conocimiento sobre hechos, como actividad probatoria, debe ser este quien decida si acoge o no sus conclusiones (en igual sentido, Devis Echandía, Hernando, Compendio de la Prueba Judicial, t II, p. 112, ed. Rubinzal-Culzoni).

En este contexto, ponderando -entonces- la índole de las lesiones sufridas a consecuencia del accidente -relación de causalidad- (conf. arts. 901 y ccs. del Cód. Civ.), daño (conf. art. 1067 del Cód. Civ.), el tratamiento recomendado y el porcentaje de incapacidad sugerido por la experta –los que serán tomados únicamente a modo de referencia, toda vez que la tarea de justipreciar el monto indemnizatorio no puede surgir de porcentajes rígidos de incapacidad que resultan del baremo, sino que debe ser determinado valorando también las características personales y laborales de la víctima (edad, sexo, tareas que realiza, recursos comprobados, y proyección social de la incapacidad y de la lesión que ha sufrido), considero que: i) el rechazo del rubro reclamado en concepto de "incapa-

cidad física sobreviniente" deberá confirmarse; y, ii) los montos establecidos en la instancia de grado para justipreciar las partidas concedidas como "incapacidad psíquica sobreviniente" y "tratamiento" deberán reducirse a a la cifra de pesos trescientos setenta mil ($370.000) y pesos veinticinco mil ($25.000), respectivamente (cfr. art. 165 del CPCCN); cifras a las cuales se les adicionarán sus respectivos intereses de acuerdo a lo que detallará en el acápite correspondiente.

Daño Moral

Como fuera manifestado, ambas partes se agraviaron de la suma fijada para responder a esta partida ($2.000.000). Así, mientras que la demandada y la citada en garantía consideraron que la misma resulta elevada, la parte actora entendió que aquella era exigua.

Al iniciarse las presentes, la accionante reclamó por el rubro en estudio la cifra de pesos doscientos mil ($200.000) o en lo que en más o en menos surja de las probanzas a producirse en estos actuados (cfr. f. 49).

Se recuerda que el daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial (Orgaz, "El daño resarcible", Ed. Depalma, Buenos Aires 1967, pág. 184), es así que a fin de justipreciarlo se contemplan las afectaciones al espíritu, sentimientos de dolor, angustia y padecimientos sufridos por quien los reclama. Sin lugar a dudas, las circunstancias provocadas por el evento dañoso, sus secuelas luctuosas, sorpresivas e imprevisibles lo convierten en absolutamente procedente.

Considero que se trata de un daño resarcible, ya que no tiende a sancionar al autor del hecho, sino a reparar los padecimientos físicos y morales que debió soportar la víctima como consecuencia del accidente, procurándole una satisfacción o compensación.

De esta manera, debe considerarse que el accidente genera en una persona como la pretensora, una impresión tal que conmueve su tranquilidad espiritual. La lectura de las presentes actuaciones da cuenta de las circunstancias vividas por aquellos y su estado general de salud, teniendo en cuenta que el análisis se centra en determinar sus circunstancias de vida y en qué medida el accidente pudo afectarla para poder fijar una indemnización justa y equitativa.

En este sentido, cabe precisar que la indemnización del daño moral no requiere guardar proporción con la del perjuicio material, pues responden a razones de índole diferente. Para meritar este rubro debe ponderarse la vinculación entre la gravedad objetiva de las lesiones y las implicancias espirituales que correlativamente suponen para la persona damnificada.

Así, no puedo pasar por alto la dificultad que representa en cualquier caso cuantificar el daño moral ya que están en juego vivencias personales de la víctima. No es fácil traducir en una suma de dinero la valoración de los mencionados sufrimientos o temores padecidos por la víctima. Solo ella puede saber cuánto sufrió.

En fin, ponderando las características objetivas del menoscabo y sin descuidar el carácter predominantemente resarcitorio de la partida, considero que es indudable que el sufrimiento de la actora a partir del hecho de marras originó un daño de la naturaleza indicada.

Corolario de lo anterior, considero que la suma fijada por la a quo resulta excesiva para contemplar el daño extrapatrimonial producido, por lo cual propondré al Acuerdo su reducción a la cifra de pesos doscientos mil ($200.000); suma que coincide con lo reclamado por la actora (conf. arts. 163 incs. 5 y 6, 165, 386 del CPCCN y art. 1086 del Cód. Civ).

Gastos de atención médica, farmacia y traslados.

La parte actora también cuestionó el monto otorgado para responder a este rubro ($20.000).

En reiteradas oportunidades se ha sostenido que los gastos de traslados constituyen un daño resarcible que no necesita prueba documentada, sino que en cada caso corresponde atender a la naturaleza de las lesiones sufridas por la víctima del accidente de tránsito, la imposibilidad de desplazarse en los transportes públicos y la necesidad de concurrencia a los centros asistenciales donde fuera atendido (conf., CNCiv., esta Sala, R.530.186, "Gonzalez Carlos Alberto c/ Cordero Ignacio Cristian s/ daños y perjuicios", del 17/12/09; íd. íd, R.587.596, "Barrios Rodríguez Matías Edilberto c/ Silva Martín Adrian s/ daños y perjuicios", 19/03/12; íd. Sala D, "Galeano Mendoza, Lidia c. Rodriguez, Rodolfo Felipe, del 4/02/03; íd. Sala H, "Peñalva, Gloria María Lilia c. Almafuerte SATACI Línea 55 y otros", del 02/04/04; entre otros).

Lo mismo debe considerarse respecto a las erogaciones por productos de farmacia y atención médica. Lo que importa es determinar la verosimilitud del desembolso, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de las lesiones.

Asimismo, también se ha dicho –con criterio que comparto- que no obsta a la admisión de esta partida la pertenencia de la víctima a una obra social o medicina prepaga, pues hay siempre una serie de gastos

que se encuentran a cargo de los afiliados (o asegurados) y que aquella no cubre, sin perjuicio de que, cuando existe total o parcial orfandad de prueba documental, en el monto a fijarse deben ser consideradas tales circunstancias (conf. CNCiv, Sala E, "Lopetrone, María Angela c. Expreso Gral. Sarmiento S.A. y otros", del 27/09/2007; en igual sentido, Sala F, "Lesto, Manuel c. Transportes Automotores Riachuelo S.A. y otros", del 10/07/07).

En virtud de ello, de las constancias de autos se infiere que la accionante debió incurrir en algunos gastos para comprar medicamentos (vgr. antiinflamatorios, análgesicos o relajantes), que debió concurrir al nosocomio para someterse a curaciones o exámenes y que la índole de sus lesiones le imposibilito el normal desplazamiento al menos por un mes.

En función de todo lo explicitado, considerando que no se ha acompañado elemento alguno que acredite algún desembolso extraordinario (art. 386 del CPCCN), al haber sido este rubro únicamente apelado por bajo por la parte actora, propondré al Acuerdo que su confirmación (art. 165 del CPCCN).

V. c) Intereses

En lo atinente a las críticas referidas por la parte actora respecto del cómputo y la tasa de interés fijada en la instancia de grado, es dable destacar que esta Sala viene sosteniendo atento a la doctrina plenaria en autos "Samudio de Martinez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." s/ daños y perjuicios", que los intereses deben aplicarse a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el momento del hecho y hasta el efectivo pago (art. 303 del CPCCN).

Ello a su vez se condice con lo establecido por el art. 768 del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto que la tasa que resulte aplicable 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 (conf. art. 18 de la CN).

La solución será distinta cuando acontezca "una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido". Pero esa singular especie comporta una situación harto excepcional, que se aparta de la regla general, y que -para que pueda tener lugar- debe ser acreditada fehacientemente y sin el menor asomo de duda en el marco del proceso. A mi juicio no obran en la causa constancias que certifiquen que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del evento, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir.

En función de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo que se modifique la sentencia de grado en este punto aplicando la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el momento del hecho (08/05/2009) y hasta el efectivo pago, a todas las partidas indemnizatorias excepto la otorgada en concepto de "gastos de atención médica, farmacia y traslados" sobre la cual se mantiene la tasa dispuesta en el fallo de grado (esto es, la tasa del 8% anual desde la fecha del accidente hasta la sentencia y, de allí en adelante, la tasa activa hasta el efectivo pago).

V. d) Franquicia

Para comenzar, se recuerda que el objeto del contrato de seguro se encuentra constituido por la operación jurídico-económica que las partes pretenden realizar, que no es otro que el intercambio de una prima a cargo del asegurado, por el resarcimiento de un daño o el cumplimiento de la prestación convenida a cargo del asegurador si se verifica un evento susceptible de provocar daño al patrimonio del asegurado (CNCom. Sala B, 12/06/1998, "Superintendencia de Seguros de la Nación", La Ley, 1998-F-743; DJ, 1998-3- 1051) o se cumple el presupuesto al que se halla subordinado el cumplimiento de la prestación. Lo expuesto es lo que caracteriza al seguro como contrato aleatorio, pues las ventajas o pérdidas dependen de la realización de un acontecimiento incierto (art. 2051, Cód. Civil). La asegurabilidad del riesgo se halla condicionada por la incertidumbre de verificación del evento. (RUBEN S. STIGLITZ, "El Objeto del Contrato de Seguro", pág. 216). Es por eso que la obligación principal a la cual se somete la aseguradora, no es otra que la mantener indemne al asegurado.

Por otro lado, se ha establecido –con criterio que comparto- que el tercero damnificado tiene un derecho al resarcimiento frente al asegurado como consecuencia del hecho lesivo, y es este crédito el que tiene privilegio sobre la suma debida por el asegurador. La víctima resulta ser la destinataria del pago de la indemnización; este es el propósito perseguido por la ley de seguros en virtud de la función social del contrato de seguro. De lo contrario quedaría desprovista de toda tutela (conf. Morandi, Juan Carlos, "Estudios de Derecho de Seguros", p. 414 y ss., citado en autos "B.J.A. c. Transportes Metropolitanos Belgrano, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 20/07/2006).

En ese contexto, resulta propicio señalar que el principio de la reparación integral se ha visto reforzado por las aludidas normas (y en la actualidad, por el artículo 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), de cuya interpretación armónica se deriva que el seguro obligatorio de responsabilidad tiene como objetivo principal la protección de la víctima de un siniestro de tránsito. De esta forma la víctima debe considerarse también un consumidor de seguros en los términos del artículo 1 de la ley 26.361, pues si bien no fue parte en la firma del contrato, utiliza los servicios derivados del mismo; es un tercero beneficiario que debe ser considerado consumidor (ver Lorenzetti, Ricardo L., en "Consumidores", p. 89, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003).

Ahora bien, si bien mi postura desde el plenario "Obarrio, María P. c/ Microómnibus Norte S.A. y otro" ha sido a favor de la inoponibilidad de la franquicia al tercero damnificado, atento a la invariable postura de la Corte en sentido contrario (ver –entre otros- los precedentes "Nieto", "Villareal" y "Cuello". Fallos: 329:3054, 3488; 331:379 y 330:3483), resulta una buena práctica del ejercicio de la jurisdicción –más allá de la postura que mantengo incólume sobre el particular-, en virtud del principio de economía procesal (art. 34 inc. 5, "a" y "b" del CPCCN) y a fin de evitar el dispendio de la vía del recurso extraordinario, dejar de lado mi posición para adherir a la fijada por el Máximo Tribunal.

En consecuencia, me adhiero a lo que viene sosteniendo la Vocalía n° 5 de esta Sala (ver –entre otras causas- expte. n° 104.372/2008 "Martínez, Daiana Sol c/ Fernández, Juan José y Otros / daños y perjuicios" y expte. n° 3.317/2008 "Maldonado Jorge Osvaldo S/ Sucesión c/ Compañía Noroeste S.A.T. y Otro s/ daños y perjuicios").

En función de ello, propongo al Acuerdo modificar lo decidido en la instancia de grado y declarar oponible a la actora la franquicia pactada en la póliza de seguros entre la empresa demandada y su aseguradora citada en garantía.

VI. Por último, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad introducido por la parte actora ante esta Alzada respecto de la aplicación del art. 505 del Código Civil (hoy art. 730 CCyC), su tratamiento deviene inoportuno (v. f. 536; cfr. art. 277 del CPCCN). Por lo demás, cabe destacar que –además- el mismo resulta prematuro atento a que, en esta instancia del proceso, no existe liquidación firme y aprobada (art. 279 del CPCCN), por lo que solo puede decirse que el límite fijado por dicha norma legal no es operativo a efectos de proceder a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes. Por el contrario, se trata de una defensa que, será diferida para la etapa procesal oportuna.

VII. Por lo hasta aquí expuesto, de compartir mi voto, propongo al Acuerdo: i) modificar el pronunciamiento de grado en lo que hace a las partidas indemnizatorias concedidas en concepto de "incapacidad psíquica sobreviniente", "tratamiento psicológico" y "daño moral", las que se fijan en las sumas de pesos trescientos setenta mil ($370.000), pesos veinticinco ($25.000) y pesos doscientos mil ($200.000), respectivamente; ii) modificarla también en lo que hace a la tasa de interés establecida y respecto de la extensión de la condena, de acuerdo a los lineamientos desarrollados en los apartados "V. c" y "V. d", respectivamente; iii) diferir el tratamiento de la aplicación del art. 505 del Código Civil (actual 730 de Código Civil y Comercial de la Nación) para la etapa procesal oportuna; y, iv) confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravios. En función de cómo se decide, las costas de ambas instancias se imponen a la parte demandada y a la citada en garantía al no haber motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota y a fin de mantener el de reparación integral (conf. arts. 68, 163 inc. 8, 164 y 279 del CPCCN y 1740 del CCyCN). Así lo voto.

El doctor *Parrilli* por análogas razones a las aducidas por el Dr. Ramos Feijóo, votó en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

La doctora *Maggio* dijo:

Adhiero a los votos de los distinguidos Vocales preopinantes, formulando parcial disidencia respecto a la tasa de interés aplicable y a la franquicia invocada por la citada en garantía, en los términos que expondré a continuación:

a) En cuanto a lo primero, aclaro que comparto los fundamentos expuestos por el Dr. Ramos Feijóo en su voto para postular la aplicación de 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.

Sin embargo, considero que dicha tasa debería aplicarse para liquidar los intereses sobre todas las partidas indemnizatorias concedidas en el caso, sin que quepa exceptuar de ello a la otorgada en concepto de "gastos de atención médica, farmacia y traslados", pues no encuentro motivos para adoptar tal tesitura.

b) En cuanto a lo segundo, comparto la doctrina del fallo plenario del fuero dictado el 13/12/2006 en autos "Obarrio, María Pía c/Microómnibus Norte S.A. y otro s/Daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c/La Economía Comercial S.A. de Seguros Genera-

les y otro s/Daños y perjuicios" -que resulta obligatoria en los términos del art. 303 del C.P.C.C.N. (cfr. ley 27.500)-, en cuanto a que "En los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución N° 25.429/97- no es oponible al damnificado (sea transportado o no)". Por lo tanto, considero que lo decidido en la anterior instancia respecto a la franquicia invocada por la aseguradora y al alcance de la condena a esta debería confirmarse.

A todo evento, destaco que el apuntado criterio no resulta descalificado por la doctrina sentada en sentido contrario por la Corte Suprema de Justicia de la Nación pues, a pesar de la autoridad de que están investidos y el respeto que merecen los precedentes de la Corte, en cuanto tribunal supremo de la Nación toda, y las razones de economía procesal, certeza y seguridad jurídica que aconsejan tender a la uniformidad de la jurisprudencia, en la medida de lo prudente y dentro de la ineludible variedad de las circunstancias de tiempo y lugar, ha de reconocerse que aquellos carecen de fuerza general legalmente vinculante para los tribunales inferiores. Aún más, es precisamente en virtud de la superior autoridad de que la Corte está institucionalmente investida que le compete el deber de reconocer y hacer respetar el poder jurisdiccional que la misma Constitución Nacional ha otorgado a los tribunales inferiores, en tanto lo ejerzan razonablemente y dentro de la esfera de sus respectivas competencias, aunque sus decisiones en materias que les son propias no concuerden con precedentes del Máximo Tribunal (cfr. C.S.J.N., Fallos: 131:109; 263:255; 304:1459; 315:1319).

Con lo que terminó el acto.

Es fiel del Acuerdo.

Buenos Aires, 18 de junio de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, *Resuelve:* i) modificar el pronunciamiento de grado en lo que hace a las partidas indemnizatorias concedidas en concepto de "incapacidad psíquica sobreviniente", "tratamiento psicológico" y "daño moral", las que se fijan en las sumas de pesos trescientos setenta mil ($370.000), pesos veinticinco ($25.000) y pesos doscientos mil ($200.000), respectivamente; ii) modificarla también en lo que hace a la tasa de interés establecida y respecto de la extensión de la condena, de acuerdo a los lineamientos desarrollados en los apartados "V. c" y "V. d", respectivamente; iii) diferir el tratamiento de la aplicación del art. 505 del Código Civil (actual 730 de Código Civil y Comercial de la Nación) para la etapa procesal oportuna; y, iv) confirmarla en todo lo demás que fuera materia de agravios. En función de cómo se decide, las costas de ambas instancias se imponen a la parte demandada y a la citada en garantía al no haber motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota y a fin de mantener el de reparación integral.

Teniendo en cuenta como se decide en esta instancia, se difiere la adecuación dispuesta por el art. 279 del CPCCN respecto de las regulaciones practicadas en la anterior instancia, así como la determinación de los honorarios correspondientes a las tareas desplegadas en la Alzada, hasta tanto exista liquidación definitiva aprobada.

Regístrese, protocolícese, notifíquese a las partes y, oportunamente, publíquese (conf. Acordada 24/2013 de la CSJN). — *Claudio Ramos Feijoo.* — *Roberto Parrilli.* — *Lorena F. Maggio* (en disidencia parcial).

LÍMITE DE COBERTURA

Falta de realización de estudios complementarios. Diagnóstico erróneo. Ausencia de relación de causalidad con la atención médica. Obligación de la aseguradora. Extensión de la cobertura de la compañía de seguros.

1. — Las omisiones en el seguimiento de la función hepática durante la internación del actor pudieron provocar el agravamiento de su afección y tal como indicara la experta, el tratamiento precoz, hubiera atenuado las complicaciones padecidas. En base a estos antecedentes referidos, cabe concluir que el obrar de la demandada ante la inobservancia de las obligaciones a su cargo, privó al accionante de una chance de tratamiento adecuado que configura un incumplimiento susceptible de resarcimiento.

2. — Se ha quitado al accionante la posibilidad de otorgarle una chance, una ocasión, una posibilidad de mejoría en su cuadro al no practicarse en el momento oportuno los estudios necesarios para su diagnóstico y tratamiento adecuado, hay un daño distinto imputable al demandado, cual es el de la pérdida de esa posibilidad de evitar o disminuir el daño final en el paciente de haberse llevado a cabo inmediatamente el tratamiento referido.

3. — No surge en forma alguna del examen pericial analizado, que el porcentaje de incapacidad detectado por un cuadro de insuficiencia respiratoria leve, de tipo restrictivo, secundario a Neumonía con derrame pleural piógeno, de origen no determinado, se encuentre en relación causal con la atención recibida por el actor en la clínica demandada. Máxime si la función hepática se recuperó completamente, sin que la experta informase un porcentaje de incapacidad en relación causal con dicha afección, ni con las intervenciones quirúrgicas requeridas a fin de drenar el absceso sufrido.

4. — Existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesoria para la preservación de la persona de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que, si el hospital se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente es responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida.

5. — En materia de procesos de daños y perjuicios por mala praxis, la prueba pericial resulta de particular relevancia en lo que se refiere al análisis de la conducta desarrollada por el profesional actuante, así como a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama.

6. — Las peritaciones médicas no son imperativas para el juez, pero el magistrado debe rastrear la verdad, basado en lo que dicen los médicos. No interpreta los principios ni los criterios médicos, ni los discute bajo una óptica científica, pues ello sería muy peligroso, en estos casos el juez no ingresará en el campo de la ciencia médica para discutir lo que no sabe o no conoce, sino que ha de aplicar criterios de orden procesal o sustancial, obviamente de raigambre jurídica, que podrán conducirlo a admitir o desestimar la pretensión intentada por el paciente.

7. — La pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato carece de fuente jurídica que la justifique, dado que el origen de la obligación no es el daño, sino el contrato de seguro y, por tanto, no puede ser objeto de obligación civil.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mala praxis médica.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 47 años.

Estado civil: Casado.

Actividad: Empleado en casa de aberturas.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño psíquico: $300.000

Daño patrimonial

Daños varios: Tratamiento psicológico: $50.000

CNCiv., sala J, 08/06/2021. - R., M. A. c. Instituto de maternidad y cirugía SA y otro s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/75554/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 030932/2013/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, 8 de junio de 2021.

¿Es justa la sentencia apelada?

La doctora *Scolarici* dijo:

I. La sentencia de primera instancia dictada con fecha 20 de Noviembre de 2020 hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por M A R contra el Instituto de Maternidad y Cirugía S.A condenando a este último a abonar al actor, la suma de pesos quinientos mil, con más los intereses y las costas del proceso (art. 68 CPCC), haciendo extensiva la condena a la citada en garantía "Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A" en forma concurrente, en virtud de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 17418 y en los términos establecidos en el considerando VIII en relación con la franquicia y el límite de cobertura invocados.

II. Contra el decisorio apela y expresa agravios la parte actora a fs. 414/419; a fs. 421/440 la citada en garantía y a fs.442 la demanda se adhiere a los términos de la expresión de agravios de la aseguradora. Corridos los pertinentes traslados de ley lucen a fs. 444/445 y 447/452 los respondes de las contrarias.

En el marco de las Acordadas 31/20 y concs. de la CSJN se llamaron autos, providencia que se encuentra firme, quedando de esta manera los presentes en estado de dictar sentencia.

III. Como previo y antes de entrar en el tratamiento de los agravios deducidos, cabe precisar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, aprobado por la ley 26.994, contempla de manera expresa lo relativo a la "temporalidad" de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7° sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, como así también el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan o de las relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las consecuencias son los efectos -de hecho o de derecho- que reconocen como causa una situación o relación jurídica, por ende, siendo que en las presentes actuaciones la situación de que se trata ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme la ley anterior, corresponde analizar la cuestión a la luz de la misma, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable.

IV. Hechos

Motiva el inicio de la presentes actuaciones los daños padecidos con motivo de la mala práctica médica dispensada al actor cuando fuera atendido en la Clínica Modelo La Estrella, de propiedad de la demandada Instituto de Maternidad y Cirugía S.A. con fecha 30-08- 2009.

Manifiesta el accionante que en la fecha indicada y víctima de un estado febril persistente, vómitos y prominente edema en sus miembros inferiores concurrió a la Clínica Modelo La Estrella, perteneciente a la demandada, donde fue diagnosticado erróneamente un cuadro de neuropatía, por lo cual se lo trató con terapia antibiótica y correcciones de glucemia.

Relata que no se le practicaron estudios complementarios de abdomen ni de tórax, para realizar diagnósticos diferenciales, teniendo en cuenta sus antecedentes de diabetes y de dos cirugías abdominales previas. Que tampoco fue interrogado sobre antecedentes clínicos de importancia y no se realizaron estudios complementarios básicos, como la ecografía abdominal, tomografía de tórax y abdominal, hepatograma completo y enzimas hepáticas recibiendo el alta médica con fecha 3-9-2009 con indicación de reposo, antitérmicos y completar la terapia antibiótica.

Indica que el mismo día tuvo una evolución desfavorable,con equivalentes febriles edemas en miembros inferiores y disnea por lo que previo paso por el Hospital Oñativia de Rafael Calzada y ante la gravedad del caso se decide, derivarlo a un centro de mayor complejidad por su obra social.

De esta manera expone que fue enviado al Hospital Escuela UAI donde con simples controles radiológicos se observa la presencia de un derrame pleural derecho y elevación del seno constoi frénico homónimo que se solicita una TAC de abdomen y de tórax, de la cual se concluye en la presencia de un absceso hepático. Que a raíz de ello fue intubado "oro-traqueal" con el fin de asegurar la vía aérea debido a un cuadro de septicemia avanzada con el que ingresó a la UAI.

Concluye sosteniendo que la falta de realización de estudios complementarios, de baja complejidad como la ecografía abdominal y de mediana complejidad pero simples como la tomografía axial computada de abdomen, son las causales de la demora en el diagnóstico de certeza y pronto tratamiento de la afección, que impidió el adecuado y oportuno tratamiento, por lo que requirió cinco intervenciones quirúrgicas posteriores con el fin de drenar y evacuar el absceso hepático y la diseminación por continuidad del mismo al seno costo frénico derecho y al espacio pleural homónimo.

En virtud de los antecedentes descriptos señala la impericia y negligencia en que incurrió el establecimiento demandado arguyendo la pérdida de chance de una mejora ante el avance del cuadro infeccioso, generando un cuadro de septicemia generalizado

V. Agravios

Los cuestionamientos de la parte actora se encuentran referidos al rechazo de la incapacidad física y psicológica señalando que el pronunciamiento de grado se apartó de la pericia médica rendida en autos, asimismo por el exiguo monto fijado por daño moral atento lo padecimientos sufridos como por la tasa de interés fijada en el decisorio solicitando en esta instancia la aplicación de la tasa activa Banco Nación Argentina desde el evento y hasta el efectivo pago.

Las quejas de la citada en garantía Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. se refieren sustancialmente a la responsabilidad atribuida a la

Clínica demandada, y por extensión a su parte, atento que no se ha detectado secuela incapacitante alguna, por lo que no aparece suficientemente convalidada, la demostración de la existencia del nexo causal entre el hecho imputado, y la consecuencia derivada de aquel. No surge acreditada conducta antijurídica alguna en cabeza de la demandada, que justifique el fallo condenatorio dictado. Insiste en que nada acredita que hubiese existido omisión, retardo en cumplimiento de la conducta médica o error de diagnóstico alguno, o falta de aplicación de un tratamiento determinado y oportuno, atribuible a la "supuesta culpa" en el accionar de la Clínica demandada.

Asimismo cuestiona la elevada suma otorgada por daño moral y resulta excesivo y desajustado a derecho, y violatorio del principio de congruencia entre lo reclamado y lo concedido ya que claramente se fijó un valor "ultra-petitio" rompiendo, el "dique" que el propio actor estableció en su demanda.

Finalmente, se agravia que el fallo en crisis desestime la procedencia de la franquicia desconociendo la pacífica y reiterada línea jurisprudencial de la CSJN que claramente establece la plena validez de las limitaciones de la póliza de seguro (franquicia y suma asegurada) que por otro lado no fueron objeto de debate. Señala que además no cabe perder de vista que el contrato de seguro por el cual se citó en garantía, no es de los obligatorios con lo cual, hasta bien podría haber operado y funcionado la Clínica asegurada, sin contar con la cobertura otorgada sin incurrir en violación de ninguna disposición legal.

Remarca en su queja que la fuente que genera la obligación del asegurador de indemnizar a un tercero es un contrato suscripto con su asegurado, cumplirá el mismo su obligación agotando la prestación a su cargo, con o sin franquicia, según hubiera sido la modalidad de la contratación, y nada más se le podrá exigir al respecto. Y las eventuales diferencias que pudieran quedar pendientes, serán ejecutables contra el asegurado, por lo cual queda sobradamente demostrado que no existe limitación alguna a la indemnización plena e integral. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En cuanto a lo resuelto en relación a que no puede deducirse de la suma asegurada, el consumo parcial que tuvo en otro siniestro, por ser ello una registración unilateral de la aseguradora, manifiesta que dicho consumo está acreditado con la pericia contable que se produjo en autos y que no mereció objeciones de las partes ni mucho menos del propio asegurado.

En cuanto a la duplicidad de la suma asegurada indica que la póliza es sumamente clara, subraya que el límite agregado anual, coincidente con dicha suma asegurada, no es un "adicional" a aquella, sino que justamente es el tope o límite que se estableció en el contrato, para el caso que existieran varios siniestros que afectasen a la misma póliza.

Solicita en esta instancia que se revoque el pronunciamiento de grado y se disponga la plena vigencia y aplicación de la franquicia a cargo del asegurado y del límite de la suma asegurada en $150.000, sin la actualización que manda el fallo, y disponga la no sumatoria del límite de la suma asegurada y el límite agregado anual, y mande a descontar de la suma asegurada, el importe de $ 45.683,99 tal lo establecido en la pericia contable de autos.

Finalmente, la demandada, a los efectos de evitar repeticiones innecesarias y por compartir los fundamentos expresados por la citada en garantía, adhiere a los agravios expresados por aquella.

VI. Responsabilidad

A) Esta Sala ha sostenido invariablemente la tesis contractualista, interpretando que la obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan solo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere. A fin de no extenderme en estos aspectos y tesis doctrinarias analizadas en casos análogos, me remito brevitatis causae a los pronunciamientos de este Tribunal en tal sentido (CNCiv, esta Sala 28/09/2006, "D'Albano, Juan C. c. Hospital Español de BuenosAires", DJ 2007-I, 795; Ídem., id., 24/08/2005, Expte. 86.890/97,"Azurduy, Cristina Rina y otro c/ Hospital. Gral. de Agudos DalmacioVelez Sarsfield y otros", E. D. 216-548; Id., id., 09/09/2005, Expte.52.188/99, "Benito Sarmiento, Cristina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"; Id., id., 17/08/2010, "Benítez Eduardo Aparicio c/ Sarrabayrouse Juan Ignacio, y otros s/ daños y perjuicios", E. D. 28/12/2010, Nº 12.657, La Ley Cita online: AR/JUR/45017/201; Id., id., 31/5/2011, Expte. 117.079/2001, "Salguero de Fratte, Gladysc/ OSDE (Organización Servicios Directos Empresarios) y otros s/daños y perjuicios" La Ley Cita online: AR/JUR/21670/2011; Id., id.,11/9/2007, "Aguirre, Rene Héctor c/ Lespada, Pedro y otros s/ daños y perjuicios", Id id, 28/12/2020 Expte N° 89.402/2010 "Rojas José c/ Marpama y otros s/ daños y perjuicios" entre otros muchos).

Ahora bien, a los efectos de apreciar la naturaleza de la actividad médica se han señalado una serie de aspectos que configuran la lex artis ad hoc como tener en cuenta el caso concreto en que se produce la inter-

vención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias conexas al normal ejercicio profesional, para lo que han de valorarse las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado del paciente, de sus familiares y de la misma organización sanitaria-, y así calificar el acto médico como conforme o no a la técnica normal requerida; pero, dada la trascendencia que para el paciente reviste en muchas ocasiones la intervención médica, debe exigirse la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones de mayor esfuerzo.

Sostiene Alonso Pérez que al médico, en el ejercicio de su auctoritas artis, hay que exigirle un grado elevado de responsabilidad. La diligencia particularmente esmerada forma parte en el pensamiento clásico de la responsabilidad aquiliana. La diligencia exigible por el art. 902 del Código Civil derogado (art. 1725 del actual ordenamiento de fondo) no es la del común individuo lego en la materia, sino la del profesional que las circunstancias exijan. La diligentia diligentissima debe configurar el ejercicio del arte médico, si tenemos en cuenta los valores cardinales a los que atiende la Medicina, como la salud, la vida y la integridad física y psíquica. Por ello, se considera que la responsabilidad profesional dentro del área de la Medicina tiene que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados "deberes médicos" –lex artis ad hoc- que sobrepasan la medida o patrón del standard de culpa. Es que la responsabilidad en el ámbito sanitario exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al paciente, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas, que les hace acreedoras de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas (Tribunal Supremo Español, sentencias del 25 de abril de 1994 y del 20 de marzo de 1997; Alonso Pérez, Mariano, "La relación médico- enfermo, presupuesto de la responsabilidad civil (en torno a la lex artis)" en Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio, Madrid, 2001, pág. 37)

Cabe recordar que la ciencia médica tiene sus limitaciones y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, extremos que obligan a restringir el campo de la responsabilidad y a apreciar la culpa médica con suma prudencia y ponderación (conf. Trigo Represas, F., "Nuevas reflexiones sobre la responsabilidad civil de los médicos", LA LEY,1984-C, 582 y sgte. y jurisprudencia que cita en las notas 33 a 38) a fin de no consagrar la impunidad, con el consiguiente peligro para los pacientes, pero sin una severidad excesiva que torne prácticamente imposible el ejercicio de la medicina (conf. CNCiv., esta Sala, 24/08/2005, "A., C. R. y otro c. Hospital. Gral. de Agudos Dalmacio Vélez Sarsfield y otros s/daños y perjuicios", E. D. 216-548 y fallos allí citados).

La obligación asumida por el profesional no es a obtener un resultado, sino tan solo a poner los medios adecuados para alcanzar esa finalidad, esto es, de prestar asistencia técnicamente adecuada, poniendo al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos que su título acredita y prestándole la diligente asistencia profesional que su estado requiere.

Es decir, que su conducta profesional debe representar un actuar diligente y prudente de acuerdo a las circunstancias del caso, en la que el galeno no se compromete a alcanzar un fin determinado, sino que se obliga a cumplir una prestación eficaz e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalan como más aptas para el logro de los objetivos del paciente- enfermo.

En consecuencia, la omisión de esta carga representa la base fundamental de los llamados casos de "mala praxis", en los que por un error de diagnóstico o un inapropiado tratamiento clínico o quirúrgico, nace la responsabilidad civil del médico con sustento en el elemento subjetivo de la culpa (conf. Labombarda, Pablo M., "La responsabilidad del Estado por la mala praxis médica en hospitales públicos", L.L. 07/12/2004, pág. 1).

B) Ahora bien, sentado ello, corresponde señalar que la carga de la prueba pesa en quien alega el obrar ilícito, y para que quede comprometida la responsabilidad de los médicos por los hechos cometidos en ejercicio de su profesión, el paciente debe demostrar la culpa en la realización de la atención médica prestada, la existencia de daño que le hubiere sobrevenido a causa de ese hecho y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño experimentado. Basta, que alguno de estos requisitos fracase para que el deudor quede exento de responsabilidad por las consecuencias de su actividad (Alsina Atienza, JA 1958-III-587; Bustamante Alsina, nota en la LL l976-C,63; CNCiv. Sala "D", ED 95-302).

Como ha decidido este tribunal con anterioridad en numerosas oportunidades (in re "Botiglieri, Carlos A. c/ Mercado, Hugo y otro s/ Ds. y Ps.", Expte. 11.027/2.010, del 10/7/2.012; ídem, "Burcez, Elizabeth Graciela c/ Aguas Argentinas S.A s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 115.335/2005, del 22/4/2010; ídem, "Bay, Roberto Antonio c/ GCBA s/ Ds. y Ps.", Expte. N° 66.857/02, del 23/10/07; ídem, "Rodríguez Saldivar, Pedro Cayetano c/ Ttes. Aut. Riachuelo S.A. (Línea 100) s/ Int. Presc.",

Expte. N° 4.480/2002, del 22/03/07, Id id, 28/12/2020 Expte N° 89.402/2010 "Rojas José c/ Marpama y otros s/ daños y perjuicios" entre otros muchos) la prueba de la relación causal, cuando menos en su fase primaria o puramente material, incumbe a su pretensor, lo que resulta una simple aplicación del principio que fluye del art. 377 del CPCCN (Brebbia, Roberto, Hechos y actos jurídicos, Astrea, 1979, p. 141; Vázquez Ferreyra, Roberto, Responsabilidad por daños. Elementos, Depalma, 1993, ps. 226-30; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría General de la Responsabilidad Civil, Abeledo, pág. 269).

Es cierto que la tendencia en materia de derecho de daños es aligerar la carga de la prueba en beneficio de las víctimas, por ejemplo, a través de presunciones de responsabilidad, de culpa, e incluso (en un plano subjetivo) la teoría de las "cargas probatorias dinámicas", todas manifestaciones del carácter tuitivo del sistema. El Código Civil y Comercial, fundamentalmente a través del art. 1735, sigue esta línea de razonamiento.

Sin perjuicio de ello, lo apuntado no alcanza a enervar el régimen probatorio en materia de "relación de causalidad" en los términos señalados, sustento primero del reclamo indemnizatorio, pues dicha prueba pesa sobre quien reclama la reparación del daño, tanto en la órbita contractual como extracontractual. Es una consecuencia lógica de los principios que regulan la carga de la prueba en materia procesal, que ponen en cabeza de quien alega la existencia de un derecho la demostración de los hechos constitutivos de su pretensión.

Es decir, la parte actora debe demostrar la "conexión material" entre un "determinado hecho" y el "resultado", extremo que revela que la causalidad no está presumida, y a partir de esta prueba podrá presumirse el carácter adecuado de la condición. Consecuentemente, en tales supuestos "a lo sumo existe una simplificación en ciertos aspectos de la prueba de la causalidad", mas no una presunción de su existencia (Pizarro, Daniel, Vallespinos, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, vol. 3, Hammurabi, 2007, pág. 107).

El vínculo de causalidad exige la concurrencia de una relación efectiva y adecuada entre una acción u omisión y el daño de que se trate. A tales efectos, se hace necesario realizar un juicio de probabilidad, determinando que el daño se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito; en otros términos, que la consecuencia dañosa es la que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas conforme lo establecía el art 901 del Código Civil derogado, y la determinación de la existencia de tal nexo causal constituye una cuestión de hecho que debe ser resuelta por los jueces, ameritándose las pruebas arrimadas en autos (Conf. C.N.Civ., esta sala, 9/7/2005, Expte. 52.188/99, "Benito Sarmiento, Cristina y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"; Ídem., id., 4/6/2009, Expte. 150.949/95 "Ávila Fernández, Basilia c/ Hospital General de Agudos J. M. Ramos Mejía y otros s/ daños y perjuicios" Ídem.., id., 17/08/2010, "B., E. A. c. S., J. I. y otros s/ daños y perjuicios, E. D. 28/12/2010, Nº 12.657 " Id.., id., 31/5/2011, Expte. 117.079/2001 "Salguero de Fratte, Gladys c/ OSDE (Organización Servicios Directos Empresarios) y otros s/daños y perjuicios" Id id, 31/5/2012, Expte N° 89.973/2007 "Lamas c/ O.S.C.O.M.M y otro s/ daños y perjuicios responsabilidad Prof. Médicos y Auxiliares" ídem 2/5/2019 Expte N° 30385/2007 "C L V y otros c/ Clínica Privada Nuestra Señora del Carmen y s/ daños y perjuicios").

De ahí que en el reclamo de daños y perjuicios si no se acreditó efectivamente que las condiciones en que se le prestó el tratamiento fueron inadecuadas, debe considerarse que no se ha demostrado el nexo adecuado de causalidad. El hecho antijurídico o el incumplimiento, el factor de atribución, el nexo causal y el daño serán motivo de esfuerzo demostrativo. (Lorenzetti, Ricardo. "Carga de la prueba en los procesos de daños". Revista Jurídica La Ley Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales. Partes general y especial. T. III. Bs. As. 2007. Pág.567 y ss.).

Asimismo y en cuanto a la responsabilidad de los hospitales y clínicas recién surgirá, en principio, cuando se acredite la culpa médica. Vale decir, que el incumplimiento de aquellas necesariamente va a estar ligado al incumplimiento previo de los deberes que estaban en cabeza de los galenos.

Al respecto, se reconoce sin mayores discusiones que pesa sobre los hospitales y clínicas una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda, o sea, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe (art. 1198, primer párrafo, del C.C. y actual Art 961 del CCYCN).

En otros términos, existe la obligación de la entidad hospitalaria o clínica de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general o accesoria para la preservación de la personas de los contratantes contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Es que si el hospital se ha obligado a proporcionar asistencia médica, no solamente es responsable por el servicio que se ofrezca, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida (Ver Vázquez Ferreyra, Roberto, "La obligación de seguridad", suplem. especial La Ley,

septiembre de 2005, p. 4; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 468, N 1431 quáter.) Se ha sostenido que en virtud de la estructura del vínculo obligacional, debe entenderse que la clínica responde contractualmente y de modo directo por el incumplimiento, sin importar que la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella (conf. Lorenzetti, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 334 y ss.) (Conf. CNCiv. esta Sala, 8/8/2019, Expte N° 15375/2014 "Gimenez Pablo Norberto y otro c/ OSMATA y otros s/ daños y perjuicios ídem 31/8/2020 Exp. Nº 55866/2.013 "Braga Graciela Dora c/ Centro de Enfermedades Respiratorias Infantiles (CERI) contra y oros s/ daños y Perjuicios", entre otros).

VII. En atención a las consideraciones efectuadas se analizarán los agravios y las pruebas aportadas a la causa en torno a la cuestión debatida en los presentes.

A) En principio sabido es que en el terreno de la apreciación de la prueba, el juzgador puede inclinarse por lo que le merece mayor fe en concordancia con los demás elementos de mérito que puedan obrar en el expediente, siendo ello, en definitiva, una facultad privativa del magistrado (Conf. C.N.Civ., esta Sala, Expte. 114.707/2004, 11/03/2010, "Valdez, José Marcelino c/ Miño, Luis Alberto daños y perjuicios"; Idem., id., 24/6/2010 "Ruiz Díaz, Secundino y otro c/ Guanco, Víctor Manuel y otros s/ daños y perjuicios"; Id., id., 9/9/2010, Expte. 24068/2006 "Agüero, Fernán Gonzalo y otro c/ Arriola, Fernando Luis y otros s/ daños y perjuicios", entre muchos otros).

No puede soslayarse que, en procesos como el presente, el dictamen pericial adquiere una especial significación desde que resulta ser, en la generalidad de los casos, la "probatio probatissima" (conf.: Rabinovich Berkman, R.D. "Responsabilidad del Médico", pág. 239, núm. 52, ed. Astrea, 1999).

En materia de procesos de daños y perjuicios por mala praxis, la prueba pericial resulta de particular relevancia en lo que se refiere al análisis de la conducta desarrollada por el profesional actuante, así como a la existencia y entidad de las lesiones por las que se reclama.

Se ha dicho que en los casos de responsabilidad médica se acentúa el significado de la pericia, que es evaluada según las reglas de la sana crítica. Cuanto mayor es la particularidad del conocimiento, menor es la posibilidad de apartarse. Sin embargo, esa importancia no implica aceptación lisa y llana. El juez no homologa la pericia, la analiza, la examina, la aprecia con las bases que contiene el art. 477 del Código Procesal (conf. Cipriano, Néstor A.,"Prueba pericial en los juicios de responsabilidad médica (Finalidad de la prueba judicial)", en LL, 1995-C-623).

Cierto es que las peritaciones médicas no son imperativas para el juez, pero el magistrado debe rastrear la verdad, basado en lo que dicen los médicos. No interpreta los principios ni los criterios médicos, ni los discute bajo una óptica científica, pues ello sería muy peligroso, en estos casos el juez no ingresará en el campo de la ciencia médica para discutir lo que no sabe o no conoce, sino que ha de aplicar criterios de orden procesal o sustancial, obviamente de raigambre jurídica, que podrán conducirlo a admitir o desestimar la pretensión intentada por el paciente (conf. Bueres, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos" ed. 1992, pág. 54, CNCiv., Sala C, 22-9-94, LL 1995-C-623, etc.).

En relación a la prueba científica, se ha sostenido que, en cuanto a su apreciación por parte del juez, "resultan muy ilustrativos los conceptos expresados por Michele Taruffo, catedrático en Italia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pavia ("La prueba, artículos y conferencias" – Monografías Jurídicas Universitas – Ed. Metropolitana, Santiago de Chile - 2008). Expresa el citado tratadista al respecto que "... la decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para "conocer", y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa" (conf. C. Apel. Trelew, Sala A, 24/6/2010 "S. de P., I. c/ Z., N. R. s/ Daños y Perjuicios" (Expte. 755 - Año 2009); C.N.Civ., esta sala, 17/8/2010 Expte. Nº 106479/2005 "Benítez, Eduardo Aparicio c/ Sarrabayrouse, Juan Ignacio, y otros s/ daños y perjuicios" ídem 20/10/ 2020 Asus, Sofía Ángela c/ Rodríguez, Baltar Hipólito s/ daños y perjuicios" (expte. 85.920/2011) entre muchos otros).

La experticia se ha de evaluar según las reglas de la sana crítica y la libre convicción del juez; labor intelectual que tiene que estar sustentada, desde luego, en patrones jurídicos y máximas de experiencia.

B) En el caso de autos el dictamen pericial realizado por la perito médica legista Marta Beatriz Segobia efectúa un análisis detallado de las historias clínicas labradas en el Hospital Oñativia, en la Clínica Sanatorio Modelo Estrella y en el Hospital Universitario (ver fs. 268 vta/270).

Del análisis de la documentación incorporada en autos, la experta realiza la siguiente reseña: que el actor ingresa al Servicio de Emergencia del Hospital General de Agudos Dr. Arturo Onativia de Rafael Calzada, 30 de agosto del año 2009. Como motivo de internación se estableció: Descompensación diabéti-

ca y Neumonía sin repuesta al tratamiento ambulatorio. Presentó un cuadro de 6 días de evolución, febril (39.2o), sin respuesta al tratamiento con antibióticos, sin falla de bomba, abdomen blando, depresible e indoloro. Hiperglucemia de 447 (HGT). Compromiso respiratorio con crepitantes en bases y campo medio pulmonar derecho.

Se solicitaron estudios de Laboratorio, Radiología de tórax, ECG, sedimento urinario. Se inicia tratamiento antibiótico y se corrige glucemia. Entre los datos de Laboratorio se destaca: glucemia 396 mg/dl, Glóbulos blancos 9.220, Bilirrubina total 1.5 mg/dl (VR: 0.20 – 1.00 mg/dl), enzimas hepáticas incrementadas: GOT 228 U/l (0 – 38 U/l) GPT 150 U/l (0 – 11 U/l) El estudio radiológico evidenció elevación de hemidiafragma derecho estableciéndose como hipótesis "atelectasia aumento del tamaño hepático".

Se decide su derivación por medio de su Obra social y el día 30/08/2009 a las 22 hs ingresa al Sanatorio Modelo Estrella, de Monte Grande, permaneciendo internado hasta el 03/09/2009. El diagnóstico de ingreso fue: Broncopatía derecha. Diabetes descompensada tipo I, Síndrome febril. Edemas bilaterales. Se realiza tratamiento, hidratación parenteral, esquema antibiótico, corrección de glucemia con Insulina. Se pide radiografía de tórax, cuyo informe no se incorpora a la Historia Clínica. El laboratorio de ingreso evidencia: Hematocrito 36 % Leucocitos 21.200 Eritrosedimentacion 52 mm Glucemia 316 mg %.En el laboratorio de egreso: Hematocrito 35% Leucocitos 28.100 Glucemia 97 mg %.No se describe estado físico al momento del alta.

En fecha 09/09/2009, vuelve a consultar en el Servicio de Emergencia del Hospital Onativia, con cuadro de síndrome febril (To 38.8) y murmullo vesicular abolido en base pulmonar derecha, a la auscultación. Se coloca PHP, se solicita laboratorio, ECG y radiología de tórax. Laboratorio: Hto 38% G. blancos 26.400 Glucemia 253 TGO 82 TGP 14. Se solicita derivación.

El día 09/09/2009 ingresa en el Hospital Universitario, donde permanece internado. Motivo de internación: empiema. Laboratorio de ingreso GB12700 Hto24% Plaquetas 170000 Tp 57% resto dentro de parametros normales. Rx tórax: impresiona radiopacidad en seno costo frénico derecho compatible con derrame pleural, elevación hemidiafragma derecho. TAC tórax y abdomen: impresiona derrame pleural derecho+ infiltrado en vértice derecho + imagen hipointensa en segmento VII y VIII hígado con densidad liquida.

El 09/09/2009 se realiza drenaje percutáneo hepático + toilette + colocación tubo de avenamiento pleural. Inicia tratamiento con Tazonam. Evoluciona con secreción purulenta.peridrenaje.

El 16/09/2009 se realiza Drenaje percutáneo hepático, se extraen 500 cc secreción purulenta, se envían muestras para cultivos.

El 5/10/2009 se realiza laparotomía exploradora + lavado peritoneal + drenaje a absceso hepático cursa internación para control evolutivo del mismo, con escaso debito purulento, se realiza TAC control en la que se evidencia signos de mejoría.

El 14/10/2009, debido a la buena evolución del paciente se decide la externación sanatorial con internación domiciliaria y seguimiento por consultorios externos de infectología con Diagnóstico de egreso: Absceso del hígado.

Indica el dictamen, que actualmente refiere"...como resultado del tratamiento a destiempo de su patología infecciosa lo siguiente: una severa disfunción hepática con trastornos de coagulación, disfonía crónica pos intubación orotraqueal con capacidad respiratoria funcional disminuida debido a las fibrosis y atelectasias residuales, debilidad y alteración de la pared abdominal propensa a la herniación y eventración.

Desarrolla la experta en que consiste un absceso hepático en su etiología, presentación clínica, estudios y tratamiento, complicaciones. Indica que para establecer el diagnóstico de un absceso hepático piógeno (AHP), el facultativo debe conservar una sospecha elevada y apoyarse en los auxiliares diagnósticos disponibles. No es posible llegar al diagnóstico de absceso piógeno, solo con los datos clínicos y bioquímicos, por lo cual es necesario apoyarse en los estudios de imagen para reforzar la sospecha clínica, dentro de los cuales se incluyen: - Ecografía: es una de las técnicas más convenientes, pues es accesible, económico e inocua, además de tener una sensibilidad diagnostica elevada que va desde 80% hasta 96% y la tomografía axial computarizada (TAC) que ha modificado el estudio de diversas patologías, en el caso de los AH no ha sido la excepción, pues ofrece una sensibilidad diagnóstica entre 90 y 100%, superando las limitaciones de la ecografía, ya que es posible evaluar y localizar con mayor precisión lesiones pequeñas hasta de 0.5 cm de diámetro. Durante el mismo estudio se identifican las patologías intraabdominales asociadas con el AH. Agrega que actualmente se considera el estudio de elección para el absceso hepático.

En el caso específico del actor, señala que se trata de un paciente diabético, insulinodependiente, que presentó un síndrome febril prolongado, curso con cuadro de enfermedad respiratoria, al que se le suma descompensación de su cuadro DBT y que en su evo-

lución, se diagnostica absceso hepático sub frénico, y empiema pleural. Dice que eecibió tratamiento con antibiótico y se realizó drenaje quirúrgico de los mismos.

Agrega que actualmente presenta un cuadro de Insuficiencia respiratoria leve de tipo restrictivo, que no impide el desarrollo de actividades de la vida diaria (Funcional respiratorio FVC 76% 13FEV1 75%); que el estudio de Laboratorio determinó que la función hepática se recuperó completamente.

Asimismo, detalla que el estudio de Ecografía Hepática y pared abdominal, evidenció hígado de forma regular y volumen normal, con estructura parenquimatosa homogénea y ecogenicidad conservada. Explorada la pared abdominal anterior a nivel de la herida quirúrgica, no se visualizaron actuales imágenes que sugieran alteración de los planos de síntesis quirúrgica. Finalmente, determina que el actor presenta un cuadro de Insuficiencia respiratoria leve de tipo restrictivo, secundario a Neumonía con derrame pleural piógeno (Empiema), de origen no determinado, con una incapacidad del 22% acorde al Baremo Para El Fuero Civil de los Dres. Altube – Rinaldi y cicatrices en zona abdominal, infracostal derecha y medial supra- infraumbilical, que determinan una incapacidad del 4% acorde al Baremo Para el Fuero Civil de los Dres.Altube – Rinaldi.

En el responde a los puntos de pericia de la demandada a fs. 277 respuesta 8 indica que: No se realizaron estudios que permitieran arribar al diagnóstico. Dictamina que estaban ante un paciente con síndrome febril prolongado, poca respuesta a los antibióticos y diabético y que al ser derivado desde el Hospital Oñativia, en el laboratorio se observaba incremento de enzimas hepáticas y de bilirrubina, pero no se realizó seguimiento de función hepática durante su internación en el Sanatorio Estrella. Observa también que en el estudio radiológico realizado en el Servicio de Guardia del Hospital Oñativia, también se describía un ascenso del hemidiafragma derecho, con sospecha de aumento del tamaño hepático, que durante su internación no se realizó TAC de pulmón para determinar origen de la asimetría.

Concluye que ante un paciente de riesgo, con cuadro séptico prolongado, se deben buscar otros focos probables de infección; que el tratamiento recibido se basó en continuar antibiótico terapia empírica sin realizar cultivo y en estabilizar la Glucemia, además del sostén vital; que fue dado de alta con una Glucemia en valores normales , pero con 28.100 de glóbulos blancos (ver rpta a pto 9 y 10).

La experticia fue objeto de pedido de aclaraciones y explicaciones por parte de la aseguradora y de la parte actora a fs. 282 y 283 respectivamente.

A fs. 286 la experta reitera sus conclusiones en cuanto a la falta de estudios de permitieran arribar a un diagnóstico, frente a un paciente con síndrome febril prolongado, poca respuesta a los antibióticos y diabético, sin seguimiento de la función hepática durante su internación en el Sanatorio Estrella.

A fs. 287 ratifica el porcentaje de incapacidad otorgado conforme baremo utilizado según ítem “Empiema Pleural-Secuelas con prueba funcional respiratoria alterada”.

Como medida para mejor proveer, con fecha 26-6-2020 el distinguido sentenciante de grado, requirió a la experta, aclaraciones relacionadas con su informe, concretamente sobre si el 22% de incapacidad informado, tiene causa exclusiva en la atención médica recibida por el actor en la Clínica Sanatorio Modelo Estrella, y de qué manera justifica el porcentaje de incapacidad del 22% dictaminado, con el cuadro de Insuficiencia respiratoria leve de tipo restrictivo, que no impide desarrollo de actividades de la vida diaria (Funcional respiratorio FVC 76% -FEV1 75%) expuesto en el último párrafo de fs. 274 y primeros párrafos de fs. 274 vta., en relación con el estado de salud actual del accionante.

En el responde de fs. 385 la experta manifiesta que no consta en autos, ni se describe en las Historias Clínicas que se hayan realizado estudios de espirometría, que permitiera arribar al diagnóstico de incapacidad respiratoria al momento de su internación en ambos establecimientos ni tampoco al alta de los mismos.

El 22% se considera secuelar al momento de la evaluación pericial.

Indica la experta que se analizó el estudio de Espirometría por ella solicitado y se estableció la relación, entre la Capacidad Vital Forzada (FVC) medido en porcentaje del normal y el Volumen Espiratorio Forzado en el 1º segundo (FEV1) medido en porcentaje del normal, que ambas mediciones se trasladan a una tabla de cálculo de incapacidad que determina el Baremo utilizado (Baremo Para El Fuero Civil de los Dres. Altube – Rinaldi).

Ahora bien, no debe olvidarse que el análisis de las conductas, diagnósticos y eventuales tratamientos o intervenciones no pueden sino efectuarse de manera retrospectiva, es decir, valorando las conductas de conformidad a las circunstancias de tiempo y lugar.

El sentenciante debe colocarse ex ante y no ex post facto: lo que debe tomarse en consideración no es un paciente dañado, tratando de reconstruir para atrás el iter de su evolución en forma inversa al acaecimiento de los hechos, sino que quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y hora en que los profesionales debieron tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuales eran lo elementos con que contaban o podían contar los galenos; así, y salvo casos groseros, lo que se debe juzgar es si la acción que realizaron y la decisión que tomaron, estaba dentro de los cánones adecuados a lo que vieron, pudieron, o debieron percibir en ese momento (CNCiv. esta Sala 9/11/2010, Expte. Nº 97931/2005 "Saint Pierre Cristina Ángela c/ Instituto Callao y otros s/ daños y perjuicios" ídem 8/8/2019 Expte N° 15375/2014 "Giménez Pablo Norberto y otro c/ OSMATA y otros s/ daños y perjuicios").

Con estos elementos concretos, el juzgador forma un tipo de comparación abstracto y circunstancial como específico, que sea representativo -axiológicamente- de la conducta que debió observar el sujeto en la emergencia. De la confrontación del actuar debido -idealmente supuesto- y el actuar real, obtiene la conclusión buscada (confr. Bustamante Alsina J., "Teoría General de la responsabilidad civil", N° 812, pág. 250 y 251).

La culpa profesional no se evalúa por el resultado insatisfactorio, sino por la inadecuación de los medios empleados o la técnica aplicada.

El médico será responsable con base en factor subjetivo de atribución, en caso de que cometa un error objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. Pero si el equívoco es de apreciación subjetiva por el carácter discutible u opinable del tema o materia, el juez no tendrá en principio, elementos suficientes para inferir la culpa de que informa el art.512 del Código Civil (Bueres, 1ª edición, pág. 237; 3ª edición renovada, Hammurabi, 2006, pág. 569; Prevot, Juan Manuel: "Responsabilidad civil de los médicos", pág. 263, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008).

Los razonamientos del fallo apelado se adecuan a las conclusiones del peritaje médico efectuado, sin que existan elementos fácticos ni razones científicas que brinden una conclusión diferente ni superadora.

En virtud de ello, entiendo al igual que el distinguido sentenciante de grado, que no surge en forma alguna del examen pericial analizado, que el porcentaje de incapacidad detectado por un cuadro de insuficiencia respiratoria leve, de tipo restrictivo, secundario a Neumonía con derrame pleural piógeno (Empiema), de origen no determinado, se encuentre en relación causal con la atención recibida por el actor en la clínica demandada .

En relación al absceso hepático, con sintomatología florida padecido durante la internación en la clínica demandada y descripto al demandar, el dictamen pericial fue concluyente al determinar, que la función hepática se recuperó completamente, sin que la experta informase un porcentaje de incapacidad en relación causal con dicha afección, ni con las intervenciones quirúrgicas requeridas a fin de drenar el absceso sufrido.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar tal como se plasmara el pronunciamiento apelado, que las omisiones descriptas en el peritaje aludido- en el seguimiento de la función hepática- durante la internación del actor en el Sanatorio Estrella- pudo provocar el agravamiento de su afección y tal como indicara la experta, el tratamiento precoz, hubiera atenuado las complicaciones padecidas. .

En base a estos antecedentes referidos, cabe concluir que el obrar de la demandada ante la inobservancia de las obligaciones a su cargo, privó al accionante de una -chance de tratamiento adecuado - que configura un incumplimiento susceptible de resarcimiento.

Se ha dicho que " La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual que requiere causalidad probada entre el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente" (Tanzi, Silvia, "La reparabilidad de la perdida de chance, en La responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg, p. 333) (CNCiv. Sala K, marzo 22/2011, "T., N. B. c/ Obra Social del Pers de la Sanidad Argentina. s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux. ordinario" ; ídem Sala F, 4/11/2012, "B. C. J. y otros c/ Obra Social de Empleados de comercio y Actividades Civ. y otros s/ daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux." Cita: MJ-JU-M-82718-AR | MJJ8271; ídem esta Sala 8/8/2019 Expte N° 15375/2014 "Giménez Pablo Norberto y otro c/ OSMATA y otros s/ daños y perjuicios" ídem id, 7/2/2020 Expte N° 106407/2010 "S. S. A. y otro c/ Silver Cross América Inc S.A. y otros s/ daños y Perjuicios")

En definitiva, entiendo que el punto a dilucidar consiste en desentrañar si de haberse llevado a cabo los estudios y el tratamiento aconsejados en tiempo oportuno, el resultado hubiera sido diferente o no hubiera acontecido.

En este sentido y tal como señalara el distinguido Magistrado de la Sala "C" de esta Excma. Cámara Civil en su anterior composición Dr. Luis Álvarez Julia, como vocal preopinante, en autos "Gómez Graciela Noemí c/ Márquez Gloria Nerina y otros s/ daños y Perjuicios" del 25 de Marzo de 2014 (Expte. N° 46.692/2009) "algunos juristas han formulado desde antaño acerca de la posibilidad de adscribir efectos causales a los actos omisivos, partiendo del viejo adagio ex nihilo nihil fit, y ponderando un sinsentido conceptual sostener que un resultado positivo pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un no hacer (véase sobre el tema: Prevot, Juan Manuel, "¿Hay causalidad en la omisión?", RCyS 2006, 164). Sin embargo, el propio marco legal obligacional supera ese escollo y permite colegir que no hay diversidad estructural entre ambos supuestos, siendo que el confronte mental para indagar si una omisión es causa adecuada de un resultado final será idéntico, solo que la indagación será doblemente hipotética; ya que en la primera se parte de una premisa mayor constituida por un dato real, lo que no sucede en la segunda. Sucede que, como lo enseñaba el maestro Llambías, el derecho no es la física de las acciones, con lo cual, para atribuir la autoría del evento dañoso a un sujeto en base a un criterio de imputación normativo, no es decisivo que se trate de causalidad real o de contacto, ya que para el derecho el hacer o el omitir una acción esperada, son causas funcionalmente equivalentes."

"Es así que tal como lo explica Bueres, la relación causal no existe solo cuando medió un acto positivo del médico, sino también cuando hubo una omisión de su parte, o una falta de aplicación del tratamiento adecuado que priva al enfermo de la posibilidad de una curación a la cual razonablemente podía aspirar (conf. Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, 3ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 264).

En el caso concreto de autos se ha quitado al accionante la posibilidad de otorgarle una chance, una ocasión, una posibilidad de mejoría en su cuadro al no practicarse en el momento oportuno los estudios necesarios para su diagnóstico y tratamiento adecuado, hay un daño distinto imputable al demandado, cual es el de la pérdida de esa posibilidad de evitar o disminuir el daño final en el paciente de haberse llevado a cabo inmediatamente el tratamiento referido.

En este entendimiento, la conducta desplegada denota la omisión de llevar a cabo las diligencias apropiadas que el caso exigía, privando al paciente de la atención médica adecuada a su dolencia a la que podía aspirar según las reglas del arte indicaba.

La *lex artis ad hoc*, alude al conjunto de saberes y procederes que reflejan el estado actual de la ciencia médica y que se encontraban disponibles en el momento de los hechos" (CNCiv, Sala K, "F., K. E. y otro c. Clínica Cruz Celeste S.A. y otros s/ daños y perjuicios. Resp. prof. médicosy aux. Ordinario", 21/10/2014, información legal, cita: AR/JUR/79531/2014)

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que "el deber de previsión será muchas veces más riguroso para el médico que para otras personas, al estar de por medio la vida, la salud, la integridad psicofísica del individuo. El facultativo, en razón del ejercicio de su profesión, tendrá que actuar con un celo que no es de exigir a otras personas que no gozan de esa calidad profesional" (Bueres, Responsabilidad civil de los médicos, Depalma, pág. 212)

En consecuencia y a la luz de las contundentes conclusiones periciales no se advierte que el razonamiento que llevó al distinguido sentenciante de grado a admitir la demanda, haya sido errado o arbitrario, brindando cabal y concreta razón de su juicio conclusivo.

No existe en la causa, ni elementos fácticos ni razones científicas que brinden una conclusión diferente ni superadora, ni ningún elemento objetivo que permita arribar a una conclusión diversa, por lo que propondré al acuerdo rechazar los agravios vertidos confirmando el fallo apelado.

VIII. Rubros Indemnizatorios

A) Incapacidad física y psíquica

La protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentra respaldada en tratados internacionales que integran el sistema constitucional en función del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre las cuales podemos citar al art. 21 p. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al expresar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de indemnización justa. Asimismo, el art. 5 del mismo cuerpo normativo, de jerarquía constitucional, ampara el derecho a la integridad personal al expresar que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad, física, psíquica y moral (Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada" t° II, pág. 110, Ed. Ediar) Es por ello que el derecho al resarcimiento y a la reparación del daño se encuentra incluido entre los derechos implícitos (art. 33 CN) especialmente si se tiene en cuenta que otras normas como el art. 17 y el 41 CN refieren casos específicos (C.N.Civ., Sala L, 15/10/2009, "L., S. y otro c. Hospital Británico y otro s/daños y perjuicios", E. D. 09/02/2010, Nº 12.439, Id, esta Sala, 10/8/2010 expte. Nº 69.941/2005 "Gutiérrez,

Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios").

Estos principios fueron receptados en el nuevo ordenamiento sobre la base de la doctrina y jurisprudencia ya elaboradas y teniendo en mira, precisamente, la incorporación de las normas de rango constitucional y convencional.

Así, el art. 1737 da una definición genérica y abarcativa del concepto de daño: hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En particular, el art. 1738 determina que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida

Específicamente en relación con el principio de resarcimiento integral, el art. 1740 Cod. Civ. y Com. establece que la reparación del daño debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie.

En concreto, el art. 1746 del nuevo texto legal establece pautas para la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, total o parcial, admitiendo la presunción de la existencia de los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resulten razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad.

Como se señalara, aun cuando esta normativa no se aplique al caso de autos, que será analizado conforme a la ley vigente al momento del hecho dañoso -Código Civil derogado-, condensa los criterios ya aceptados en la materia.

La incapacidad sobreviniente está representada por las secuelas o disminución física o psíquica que queda luego de completado el período de recuperación o restablecimiento; produciéndose entonces para la misma un quebranto patrimonial indirecto, derivado de las limitaciones que presenta al reanudar sus actividades habituales y al establecerse su imposibilidad -total o parcial- de asumirlas y cumplirlas adecuadamente. La incapacidad económica -o laborativa- sobreviniente se refiere a una merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros, sea en las tareas que habitualmente suele desempeñar o en otras, es decir, una chance frustrada de percepción de ganancias..." (Trigo Represas, Félix A. - López Mesa, Marcelo J.; "Tratado de la responsabilidad civil", La Ley, Bs. As., 2006, vol. "Cuantificación del Daño", p. 231 y ss.).

Tal el criterio de nuestra Corte Suprema, que ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (C. S. J. N. Fallos: 308:1109; 312:2412; 315:2834; 318:1715; Idem.,08/04/2008, "Arostegui Pablo Martín c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía", L. L. 2008- C, 247).

En relación al daño psíquico no constituye un daño autónomo, sino un aspecto a considerar dentro del rubro incapacidad sobreviniente, pues configura una disminución de aptitudes con repercusión en el patrimonio y la vida de relación del damnificado (Conf. C.N.Civ. esta sala, 17/11/09 expte. Nº 95.419/05, "Abeigón, Carlos Alberto c/ Amarilla, Jorge Osvaldo y otros s/ daños y perjuicios"; Ídem., id., 11/3/2010, Expte. Nº 114.707/2004, "Valdez, José Marcelino c/ Miño, Luis Alberto daños y perjuicios"; Id., id., 21/9/2010 Expte. Nº 23679/2006 "Orellana, Pablo Eduardo Alfredo y otro c/ Vargas Galarraga, Jorge Eduardo y otros s/ daños y perjuicios" Id., id 1/10/2020 Expte N° 15.489/2016 "Acosta, Luis César c/ Alvarenga García, Jorge Antonio y otros s/ daños y perjuicios" Id., id., 17/2/2021 Expte N° 24.725/2010 "Ronzetti, Gisella c/ López, Carlos Alberto y otro s/ Daños y Perjuicios", entre otros).

Al ser ello así, cabe remarcar que el actor manifestó que como consecuencia del tratamiento a destiempo de su patología infecciosa, presenta una severa disfunción hepática, con trastornos de coagulación, disfonía crónica por intubación orotraqueal con capacidad respiratoria funcional disminuida debido a las fibrosis y atelectasias residuales, debilidad y alteración de la pared abdominal propensa a la herniación y eventración (ver fs. 52 vta).

Sin perjuicio de ello, hallo al igual que el primer sentenciante que el informe pericial médico no indica, la existencia de incapacidad en relación a la afección hepática padecida, por lo que tal extremo no surge acreditado en los presentes, como tampoco obra

constancia alguna que permita vislumbrar que la incapacidad del 22% detectada por la experta relacionada con la afección respiratoria (Insuficiencia respiratoria leve de tipo restrictivo secundario a Neumonía con derrame pleural piógeno (Empiema) se encuentre en relación causal, con la atención médica dispensada durante la internación en la clínica demandada, tal como pretende la quejosa en su agravio.

Entiendo que resulta determinante en este aspecto la respuesta brindada por la experta a fs.385, cuando indica que no consta en autos ni se describe en las Historias Clínicas, que se hayan realizado estudios de espirometría, que permitieran arribar al diagnóstico de incapacidad respiratoria al momento de su internación en ambos establecimientos como tampoco al momento del alta de aquellos.

En este sentido, sabido es que no existe daño sin hecho que lo determine, y la prueba del mismo debe darla la parte que tiene interés en afirmar su existencia en cuanto le es favorable su efecto jurídico, debiendo a tal fin elegir los medios adecuados para formar la convicción en el ánimo del juzgador; es decir, el onus probandi pesa sobre quien sostiene un hecho.

Desde el punto de vista estrictamente procesal, los litigantes deben probar los presupuestos que invocan como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, y tal imposición no depende de la condición de actor o demandado, sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso.

Esta idea que emerge del art. 377 del Código Procesal, se relaciona con la carga de la prueba, si bien no debe perderse de vista que ella juega solo en la formación lógica de la sentencia cuando falta prueba, por insuficiente, incompleta o por frustración de la actividad procesal de las partes. Entonces, únicamente se debe acudir a los principios sobre la carga de la prueba cuando el juzgador se ve en la necesidad de fijar quién deberá soportar las consecuencias que se producen cuando quien debía probar, no lo ha conseguido (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Comentado", Tomo 2, págs. 322 y sig.)

El pretensor del resarcimiento de daños debe demostrar los presupuestos de la norma que lo beneficia. Debe probar la existencia del hecho por el que demanda, o de la acción antijurídica, o el incumplimiento; también el factor de atribución, el nexo causal y el daño serán motivo de su esfuerzo demostrativo (Lorenzetti, Ricardo Luis, "Carga de la prueba en los procesos de daños", L. L. 1991-A- 995, Tanzi, Silvia, "La prueba en el daño" en Revista "Derecho de Daños" t. 4, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1999, págs. 444/6/7/9)

En virtud de las consideraciones expuestas cabe confirmar lo resuelto en la instancia de grado en relación a la incapacidad física reclamada.

Sin embargo, con respecto a la incapacidad psíquica reclamada, debe analizarse el peritaje efectuado a fs. 327/343 por la Lic Cecilia Calvano informe que fue impugnado por la citada en garantía a fs. 352 y la experta respondió oportunamente a fs. 356/365.

El dictamen fue realizado conforme la lectura del expediente, entrevista psicológica que incluyó anamnesis, antecedentes personales y familiares, observación clínica en relación a la conducta general y rasgos manifiestos y administración de test verbales, gráficos, proyectivos y psicométricos (escalas, inventarios y cuestionarios), con su correspondiente explicación técnica.

Indica la experta que los hechos de litis entonces, han tenido para la subjetividad del peritado, suficiente entidad, como para evidenciar un estado de perturbación emocional encuadrable en la figura de daño psíquico, por acarrear modificaciones en diversas áreas de despliegue vital, familiar, corporal, emocional y social.

Se debe tener en cuenta que no es el hecho en sí mismo lo que da la pauta del daño, sino que es una conjunción de este y del impacto psíquico en el sujeto afectado, observando que cada sujeto en su singularidad posee distinta capacidad de elaboración de un suceso dañoso.

El hecho de autos es compatible con el concepto psicológico de trauma, es decir, que es un suceso externo, sorpresivo en la vida de una persona, caracterizado por su intensidad, la imposibilidad del sujeto para responder de modo adaptativo y los efectos patógenos duraderos que provoca en la organización psíquica deteriorando el normal desempeño en las esferas vitales relacionadas con las relaciones interpersonales, la capacidad de goce y sobretodo en la capacidad para desempeñar sus tareas habituales a nivel recreativo, social, y laboral.

De la evaluación Psicodiagnóstica realizada a R, M A conforme al Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM IV) establece F43.22 Trastorno adaptativo crónico mixto con ansiedad y estado de ánimo depresivo conforme al Baremo para Daño Neurológico y Psíquico de los Dres. Mariano N. Castex y Silva (CIDIF - Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires), el peritado presenta un Desarrollo Reactivo moderado (2.6.5) y le corresponde un porcentaje de incapacidad psíquica del 25 %, indicando que el cuadro psíquico que presenta el peritado

guarda un nexo causal directo con los sucesos que se investigan.

En el responde a la impugnación efectuada la licenciada Cecilia Calvano ratifica sus conclusiones señalando que su función ha sido indagar desde la ciencia psicológica, si el hecho de la litis se ha inscripto a nivel inconsciente de modo traumático. Destaca que si bien se ha tomado la variable del discurso manifiesto, en el análisis del material conjunto se observan la recurrencia y convergencia en el discurso latente, y las técnicas implementadas.

Sostiene que para el análisis de la producción del entrevistado y a fin de indagar eficazmente su estructura de personalidad, estado psíquico actual, mecanismos de defensa, etcétera, que las técnicas psicológicas practicadas han de abordarse y analizarse en su conjunto. Que una evaluación pericial psicológica como la que se detalló, incluye, aspectos presentes (diagnóstico del estado psíquico actual), pasados (antecedentes histobiográficos) y futuros (pronóstico) que permiten evaluar y reconstruir los tres tiempos vitales: pasado, presente y futuro.

Remarca que no se hace referencia a la insuficiencia respiratoria del actor porque no es la función de la psicología evaluar dicha limitación. Se evaluaron entonces cuales fueron las consecuencias psíquicas que tuvo el hecho de litis para el peritado, determinando la verosimilitud del relato y descartando los indicadores de simulación.

Sentado ello y si 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.

Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el valor probatorio de un peritaje se mide por su apoyo gnoseológico y científico, es decir, por la seriedad, prolijidad y exhaustividad del camino seguido por el experto para arribar a sus conclusiones. Dado que el juez es entonces un sujeto cognoscente de segundo grado -conoce a través del perito y con el auxilio técnico que este le brinda-, la estimación de la fuerza de convicción del dictamen se subordina a un análisis crítico de las razones y fundamentos que han conducido al experto a la formulación de sus juicios.

En el caso y en atención a las conclusiones periciales antes referidas habré de considerar la existencia de incapacidad psíquica detectada en el dictamen, el cual se basa en sólidos principios científico-técnicos.

La sana crítica -que como criterio valorativo impone el art.386 CPCC, aconseja, frente a la inexistencia de otros elementos científicos que se le opongan, adherir a sus conclusiones máxime cuando, no existe otra prueba en autos que lo desvirtúe.

Por lo demás, resulta cuanto menos llamativo que no se haya ofrecido consultor técnico cuya función en esta clase de procesos es de fundamental importancia, no solo para observar el cumplimiento de los pasos semiológicos, sino también para refutar las conclusiones alcanzadas en el dictamen, pues en el caso y contando con la idoneidad correspondiente, hubiese estado en condiciones de aportar -eventualmente- una contra experticia que llevase al judicante a disentir con las afirmaciones volcadas por el experto oficial (cfr. art. 458 in fine del CPCCN) (Conf CNCiv. esta Sala ,30/4/2021, Expte N° 78831/2015 "Chavez Diego Rubén c/ Aguirre Raúl Oscar y otros s/ Daños y Perjuicios").

En cuanto a su extensión, y tal como reiteradamente sostiene este Tribunal, el porcentaje de incapacidad dictaminado por los peritos constituye un elemento meramente indicativo- no determinante del monto a reconocer (Conf. CNCiv. esta sala 12/2/2021 "Osorio Iturra, Andrea Jacqueline c/ Di Lisio, Agustina y otro s/ daños y perjuicios" (expte. 27.048/2014) ídem; 10/3/2021 (expte N° 14.142/2018) "Aquino Saldivia Adriana Andrea c/ Gómez Ariel Alberto y otro s/ Daños y Perjuicios" Ídem id.; 18/3/2021 Expte N°38337/2016 " Tuya Gabriel Humberto y otros c/ Tevés German Antonio s/ daños y perjuicios" Id; id. 30/4/2021, Expte N° 78831/2015 "Chávez Diego Rubén c/ Aguirre Raúl Oscar y otros s/ Daños y Perjuicios entre muchos otros), la indemnización por incapacidad no puede fijarse meramente en función de rígidos porcentajes extraídos sobre la base de cálculos actuariales, sino que deben ponderarse en concreto las limitaciones que el damnificado padece en su desempeño laboral y social, teniendo en cuenta circunstancias particulares como su edad, sexo, condiciones socio-económicas, actividad laboral anterior, incidencia real de las lesiones en su actividad actual, etc. Por ello es que el porcentual determinado pericialmente cobra un valor meramente indiciario y no matemáticamente determinante del monto a reconocer (Conf. C.N.Civ., esta sala, 4/3/2010, Expte. Nº 36.291/98, "Gutmann, Alicia Josefa y otros c/ Toscano, Enrique Antonio y otros s/ daños y perjuicios"; Idem., id., 6/5/2010, Expte. Nº 26.401/03, "Lima de Yapura, Carmen Mercedes c/ Ifran, Ricardo y otros s/ daños y perjuicios" Id id; 24/11/2020 Expte N° 40357/2017 "Brunetti Edgardo Jesús c/ Sanabria Torres Victoriano y otro s/ daños y perjuicios" 14/12/2020 Expte N° 14845/15 "Albornoz Hernán Carlos c/ Transportes Lope de Vega SA s/ Daños y Perjuicios"entre muchos otros)

En virtud de ello, acreditada la incapacidad sobreviniente de orden psíquico, con características de daño cierto y perdurable afortunadamente sin secuelas de orden físico, tomando en consideración la edad del accionante (47 años) a la fecha del dictamen pericial, casado, un hijo, empleado en una fábrica de aberturas, es que propongo al Acuerdo hacer lugar al agravio intentado y fijar la suma de pesos trescientos mil ($300.000) por el presente ítem resarcitorio (art 165 del CPCC).

B) Tratamiento Psicológico

Cuando el perito determina que el trastorno mental que presenta su examinado amerita un tratamiento por especialistas, indicándolo al juez, el damnificado puede percibir ese monto, como un rubro más del resarcimiento, incluso en el caso de que decida no hacer ningún tratamiento, y cargar con el peso de su malestar.

Por ende, habiéndose establecido que resulta conveniente o necesario para la restitución de la salud psíquica del actor, debe ser resarcido.

Así ha sostenido la Corte Suprema, en el mismo sentido, que el tratamiento psicológico aconsejado es un gasto que debe ser indemnizado, por cuanto supone erogaciones futuras que constituyen un daño cierto indemnizable (art. 1.067 del Código Civil) (C.S.J.N., 28/05/2002, "Vergnano de Rodríguez, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otro", Fallos 325:1277).

La frecuencia y duración determinadas por el perito siempre serán estimativas, y tendrán el sentido de una orientación para el juez. Está claro que nadie puede predecir con certeza cuándo se curará una persona, o cuándo la mejoría que ha obtenido ya es suficiente.

Lo científico llega hasta el momento de establecer que, por la patología que el perito ha detectado, la persona necesita o puede beneficiarse con un tratamiento. A partir de ese momento, se pone en juego un criterio de apreciación, tanto para la distribución de los porcentajes, como para la duración y costos de tratamiento. No es una mera conjetura, porque hay elementos clínicos que la convalidan, pero tampoco es una opinión científicamente demostrable (Conf. Risso, Ricardo E. "Daño Psíquico - Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial", E. D. 188-985)

En virtud de ello, es imprescindible recurrir a la prudente estimación del juez para cuantificar este rubro, tomando en consideración todos los aspectos de la cuestión, entiendo que se configura en el caso el supuesto clásico previsto en el art. 165 tercer párrafo del Código Procesal, al disponer que la sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto.

En el caso la experta recomienda la realización de un tratamiento psicológico individual con el propósito de propender a la elaboración psíquica del trauma sufrido y evitar su posible agravamiento, estimando que el mismo deberá tener una extensión aproximada de un año y si bien la frecuencia de sesiones quedará bajo criterio del profesional actuante, estima como conveniente una frecuencia de una vez por semana, de 50 minutos de duración.

En virtud de ello propongo al acuerdo fijar la suma de pesos cincuenta mil ($50.000) por el presente ítem resarcitorio (art 165 del CPCC

C) Consecuencias no Patrimoniales

Con respecto a los agravios vertidos por las partes en torno a la cuantía del "daño moral", actualmente denominado consecuencias no patrimoniales -contempladas en el art. 1741 del Código Civil y Comercial- las que se producen cuando existe una consecuencia lesiva de naturaleza espiritual, aun cuando la norma no resulte aplicable a este ilícito, puede ser tomada como pauta doctrinaria orientativa de su cuantificación.

Desde una concepción sistémica -en donde la Constitución constituye el vértice o núcleo- el Derecho tutela intereses trascendentes de la persona, además de los estrictamente patrimoniales. (Tobías, José W, "Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral" L. L. 1993-E, 1227 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 33)

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, págs. 103, 1143 y "El concepto de daño moral", JA del 6-2-85; C. N. Civ., esta Sala, 23/6/2010, expte. 26720/2002 "Pages Mariano José c/ Laudanno Andrés Fabián y otros s/ daños y perjuicios"; Ídem., id., 15/04/2010, expte. 114.354/2003 "Rendon, Juan Carlos c/ Mazzo-

coni, Laura Edith daños y perjuicios"; Id id; 1/10/2020 Expte N° 15.489/2016 "Acosta, Luis César c/ Alvarenga García, Jorge Antonio y otros s/ daños y perjuicios" Id id; 3/2/2021 Expte. 21515/2014, "Benítez, Emanuel Hernán c/ Consultores Asociados Ecotranns (Línea 136, interno 216) y otro s/ daños y perjuicios" entre muchos otros)

Por lo demás, es dable señalar, que la procedencia y determinación de este daño no está vinculada a la existencia o entidad de los perjuicios materiales, pues media interdependencia entre tales rubros, que tienen su propia configuración (conf. Llambías, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Tº I, p. 13, ed. Abeledo Perrot; CSJN., 06/10/2009, "Arisnabarreta, Rubén J. c/ E. N. (Min. de Educación y Justicia de la Nación) s/ juicios de conocimiento"; Ídem., 07/11/2006, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico S.A. 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 Hortensia Mercedes y otros c/ Entre Ríos, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 329: 3403; Id., 06/03/2007, ORI, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", Fallos 330: 563, entre muchos otros).

Asimismo, el art. 1741 del CCyCN 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, 12/4/2011, "Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros", RCyS, noviembre de 2011, p. 261, con nota de Jorge Mario Galdós) (Conf. CNCiv, Sala A 17/7/2014 ". R. M. B. c/ Banco Supervielle S.A. s/ daños y perjuicios" del voto del Dr. Sebastián Picasso; cita: MJ-JU-M-88578-AR | MJJ88578 | MJJ88578).

El criterio fijado por la actual legislación de fondo, aun cuando el hecho sea anterior a su vigencia, impone que la cuantía indemnizatoria debe fijarse conforme dicha pauta orientadora.

En cuanto a lo alegado por la accionada en torno a que el monto asignado resulta violatorio del principio de congruencia entre lo reclamado y lo concedido ya que claramente se fijó un valor "ultra- petitio", cabe recordar que el art 330 del CPCC dispone en su inciso tercero que la demanda contendrá "la cosa demandada, designándola con toda exactitud", no menos cierto es que tal norma luego prevé que "la demanda deberá precisar el monto reclamado salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso.

Ello es así pues ha sido entendido que tal precepto admite una razonable atenuación cuando las circunstancias del caso restan al actor toda posibilidad de fijar el "quantum" definitivo, supeditado a la prueba que se produzca (Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, t. IV, 292; Highton - Areán, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, t. 6, pág. 260; Fenochietto - Arazi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. Astrea, 1987, t. 2, pág. 177; Colombo - Kiper, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, pág. 531). (Conf CNCiv esta Sala, 9/10/2020, Expte N° 10681/2014 "Quijano Baigorria Cristina Matías c/ Caicoya Alfredo Luis Alfredo Luis y otro s/ Daños y Perjuicios" Ídem 17/11/2020, Expte N° 71251/2014 "Orellana Santa Margarita c/ Paladino Luciano y otros s/daños y perjuicios" ídem id, 19/5/2021 Expte N° 86.253/2014 Santapaga Verónica Inés y otro c/ Sarachaga Andrés Domingo y otros).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que la condena judicial no quebranta los térmi-

nos de la litis ni decide "ultra petita" aun cuando excede el importe indicado en la demanda, si fue reclamado por el accionante una suma de "lo que en más o en menos" resulte de la prueba a rendirse, pues los jueces pueden válidamente conceder un monto superior con el mérito de la prueba, esto es así por cuanto, en tales condiciones, debe entenderse que la determinación de los daños ha sido dejada a lo que surja de la mencionada prueba (doctrina de Fallos: 266:223; 272:37; 291:88 308:392, entre otros muchos)

En virtud de ello, ponderando las graves circunstancias fácticas sometidas a juzgamiento como las omisiones incurridas en la atención médica dispensada por la demandada, la magnitud de la mortificación que debió sufrir el reclamante frente a la falta de un diagnóstico oportuno, durante el tiempo de su convalecencia, como así también las intervenciones quirúrgicas que debió atravesar hasta su recuperación, aun cuando se haya descartado la existencia de secuelas físicas derivadas de los hechos de autos, lo que de ningún modo obsta a la configuración del daño por las consecuencias no patrimoniales, es que propongo al Acuerdo confirmar el monto asignado en a instancia de grado (art. 1740 CCyC y art. 165 del Código Procesal).

IX. Tasa de Interés

La sentencia de grado estableció que los intereses deberán aplicarse a la tasa del 8% anual desde la fecha del hecho (5- 09-2009, fecha del alta otorgada por la clínica de la demandada y hasta esta sentencia. A partir de allí y hasta que quede firme este pronunciamiento, se aplicará la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, lo que motivó la queja de la parte actora. Cabe recordar que la indemnización resulta un equivalente del daño sufrido y el interés compensa la demora en su reparación al no haber el responsable cumplido inmediatamente con su obligación de resarcir.

Se trata entonces de una estimación "actual" que debe considerarse para sopesar la variación patrimonial de la prestación debida, considerando para ello que estamos ante una indemnización de daños que, lejos de resultar una obligación "dineraria" en la que se adeuda un quantum y resulta insensible a la variación del poder adquisitivo, importa una verdadera obligación "de valor" en la que se debe un quid y, por tanto, sí admite o reconoce las alteraciones sufridas por el poder adquisitivo (Casiello, Juan, Méndez Sierra, Eduardo, "Deudas de dinero y deudas de valor. Situación actual", LL 28/08/03, pág. 1).

Sabido es que la fijación judicial de intereses para las deudas en mora procura resarcir al acreedor por la demora en percibir su crédito y castigar al incumplidor, quien se apartó de los términos de la obligación asumida en origen, ya que el orden jurídico requiere, como pauta general de conducta, que toda persona cumpla con las obligaciones que legítimamente asume o le impone la ley.

Ahora bien, conforme la jurisprudencia y doctrina mayoritaria imperante en el fuero la tasa que corresponde aplicar hasta el efectivo pago del capital de condena, es la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina siguiendo la doctrina del fallo plenario del fuero in re, "Samudio de Martínez, L. c/ Transportes Doscientos Setenta SA", salvo que su aplicación, en el período transcurrido hasta el dictado de dicha sentencia, pueda implicar como un efecto no querido, un resultado contrario y objetivamente injusto, produciendo una alteración del significado económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido.(Conf. CNCiv, esta Sala, 10/8/2010, expte. Nº 69.941/2005 "Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios" Ídem, 13/11/2020 Expte. N° 92309/2012 "Asad María Ester c/ Federación Patronal Seguros S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios" Idem id, 19/4/2021 Expte N° 52884/2014 "Sassi, Noel Humberto c/ Club Atlético River Plate y otros s/ Daños y Perjuicios" Ídem id, 22/4/2021, Expte. N° 52925/2016 "Martínez Eduardo c/ Cincovial S.A. y otros s/ daños y perjuicios" Id id, 30/4/2021 Expte N° 86.253/2014 "Santapaga Verónica Inés y otro c/ Sarachaga Andrés Domingo y otros s/ Daños y Perjuicios")

En consecuencia, deberá aplicarse la referida tasa activa en los casos en que la misma no genera o configura un "enriquecimiento indebido" único supuesto fáctico que justificaría apartarse del principio general (Conf. CNCiv., esta Sala, 15/04/2010, Expte. 114.354/2003 "Rendon, Juan Carlos c/ Mazzoconi, Laura Edith", ídem 24/2/2017 Expte N° 51917/2009 "Suárez Adriana Soledad y otro s/ Flecha Manuel Edmundo y otros s/ Daños y Perjuicios" Ídem id 3/9/2020 Expte N° 53402/2001 "Figueroa Roberto Emilio c/ Transporte Metropolitanos General Roca SA y otro s/ daños y Perjuicios")

A mi juicio, no obran en la causa constancias que acrediten que, con la aplicación de la tasa activa desde el día del hecho, se configuraría el mentado "enriquecimiento indebido"; como tampoco existen elementos que siquiera lo hagan presumir, si así fuera e importara una situación excepcional que se apartara de la regla general referida ya que la misma debe ser probada por el deudor en forma clara en el ámbito del proceso (cf. art. 377 del CPCCN) circunstancia que no se verifica en los presentes.- (CNCiv, esta Sala, 13/6/2019, Expte N° 31.025/2.010, "Pachinotti,

Mirtha Helena y otro c/ Carpio Guzman, David y otros s/ Daños y Perjuicios" Ídem, 14/6/2019, Expte N° 35196/2017 "Scapula Leonardo Marcelo c/ De Marco Lucio y otros s/ Daños y Perjuicios" Ídem id, 14/06/2019 Expte N° 46914/2013 "Enrico Mario Marcelo y otros c/ Valko Andrea Emilia y otros" Íd id, 12/7/ 2019 Expte N° 44145/2014 "Pérez Noelia Sabrina C/ Giménez Walter Adrián y otros s/ s/ daños y perjuicios" Íd id, 28/8/2019 Expte N° 16215/2016 "Palma José Luis y otro c/ Canteros Gustavo Javier y otro s/ Daños y Perjuicios", íd id, 19/11/2020 Expte N° 40357/2017 "Brunetti Edgardo Jesús c/ Sanabria Torres Victoriano y otro s/ Daños Perjuicios" Íd id, 13/5/ 2021 Expte. N° 31.406/2017 "Corvalan Rodolfo Valentín c/ Expreso 9 de Julio s/ daños y perjuicios" entre muchos otros.

En virtud de ello corresponde acoger los agravios vertidos en este punto y determinar que los intereses correrán conforme lo establece el art. 1748 del Código Civil y Comercial hasta el efectivo pago, y serán calculados según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

Con ese marco normativo, corresponde establecer con respecto al tratamiento psicológico, como ha señalado nuestro Máximo Tribunal, que por tratarse de erogaciones aún no realizadas, dichos accesorios no corren desde la fecha del hecho (C.S.J.N.,26/02/2002 Terrero, Felipe E. y otros c. Provincia de Buenos Aires Fallos 325:255) sino a partir de la fecha del pronunciamiento de grado (Conf. CNCiv, esta Sala, 10/8/2010 Expte. Nº 69.941/2005 "Gutiérrez, Luis Alfredo y otro c/ Luciani, Daniela Cyntia y otros s/ daños y perjuicios" y precedentes de otras salas allí citados; Ídem 9/6/2020 Expte N° 15076/2015 "Marino Roberto Eugenio y otro c/ Remmer, Felipe Carlos y otros s/ daños y perjuicios" Ídem id; 22/4/2021 Expte. Nº 35.305/2014 "Rebolledo Jeldres, Carlos Alberto c/Transportes Lope de Vega S.A.C.I. y otro s/Daños y Perjuicios" Id id, 7/5/2021 Expte N° 39.475/2014 "Pallero, Patricia Alejandra c/ Corredores Ferroviarios S.A. Línea San Martín y otro s/ daños y perjuicios" entre otros).

Por ello, dicha suma indemnizatoria solo devengará réditos a partir de la fecha de la sentencia de grado, a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

X. Extensión de la condena-Franquicia y Limite de Cobertura

A) En cuanto a la franquicia opuesta por la aseguradora, citada en garantía, la sentencia de grado desestimó su procedencia atento que la demandada se encuentra concursada (conf. denuncia de fs. 293, oficio de fs. 299 y citación del síndico de fs. 301), por lo que entiende que en el caso de autos corresponde apartarse del criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sostiene el sentenciante de grado, que la aseguradora ante una eventual insolvencia, debe responder ante el damnificado y acudir a verificar su crédito al proceso universal de que se trate, pues en estos supuestos, debe primar el criterio de justicia en tanto las consecuencias de dicho estado de insolvencia no pueden recaer sobre la parte más débil de la relación jurídica de autos, conformada por el damnificado, el responsable del hecho y aseguradora.

A su vez, en cuanto al límite de cobertura, la aseguradora opuso el incluido en la póliza que adjuntara a fs. 129/148.

Del informe pericial contable se desprende que la suma asegurada es de $150.000 con un "Limite agregado anual" de $150.000 (fs. 323) informando la existencia del pago en mediación invocado por la aseguradora, por la suma de $45.683,99 (fs. 324)

El fallo en crisis rechaza la deducción invocada por la aseguradora puesto que, frente a la actora, la información emanada de los libros contables de la aseguradora, es una registración unilateral de la contraria quien debió -ante el expreso desconocimiento de la actora- haber producido prueba para demostrar la veracidad del acuerdo invocado.

Por otro lado y en relación con el límite de cobertura, señala que no pueden ser consideradas tales sumas históricas, como límite para afrontar la condena establecida en este fallo más las costas, pues de tal forma resultaría desvirtuado el seguro contratado, disponiendo que el límite de cobertura será el que rija para este tipo de seguros, según las disposiciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación, a la fecha en que se efectivice el pago de la condena a todo evento, y de no existir tal disposición el límite será ajustado, en la misma proporción, en que la aseguradora hubiera ajustado las primas de sus diferentes seguros, desde la fecha de emisión de la póliza de autos y hasta la fecha en que se efectivice el pago de esta sentencia.

B) Ahora bien, cabe recordar que en el seguro de responsabilidad civil, la obligación principal del asegurador consiste en pagar lo que deba su asegurado a un tercero en razón del cumplimiento del siniestro previsto en el contrato, expresión esta que debe entenderse (equivalente) a la suma asegurada. Así, cualquiera sea el alcance de la sentencia dictada en una acción de daños y perjuicios, su ejecución contra el asegurador no puede exceder el límite de la cobertura, pues el artículo 118 de la Ley de Seguros solo reco-

noce el derecho de ejecutar la condena a su respecto en la medida del seguro.

Esta es la lógica consecuencia de las obligaciones asumidas al celebrar la póliza, resultando irrelevante que la citación sea pedida por la víctima, como que lo sea por el propio asegurado (cf. Stiglitz, Rubén S. Compiani, María Fabiana, "La suma asegurada como límite de la obligación del asegurador", AR/DOC/4202/2015) (Conf CNCiv. sala M 4/10/2017 " Barrio Ignacio Javier c/ Oderigo Graciela María Esther y otro s/ daños y perjuicios (acc.tran. c/les.o muerte)" Cita: MJ-JU-M-107246-AR | MJJ107246 | MJJ107246).

Por tanto, cuando la aseguradora es citada en garantía la sentencia en su contra resulta ejecutable "en la medida del seguro", esto es, en los límites y con los alcances de la cobertura asumida por la empresa, entre los que se comprende a la franquicia pactada en la póliza cuyas estipulaciones resultan oponibles al damnificado, ya que su derecho se circunscribe -en este aspecto- a las modalidades del contrato de seguro que vincula a la parte demandada y a la citada en garantía.

Lo cierto y determinante es que el único vínculo entre el tercero damnificado y la aseguradora es el mismo contrato de seguro, de allí que no pueda prescindirse de su contenido (CNCiv., 19/3/99 Sala H, "Medina, Gualberto c/ Segovia, Alberto s/ Ds. y Ps.", idem esta sala, 14/11/2011 Expte Nº 104666/2007, "Lupinacci Beatriz c/ Von Moos Ricardo José y otros s/ daños y perjuicios").

El seguro de responsabilidad civil prevé la reparación del daño producido a terceros, este, salvo disposición en contrario, nunca podrá superar la cuantía o la medida del seguro. Ello significa que el tercero está subordinado, le son oponibles o le afectan determinadas estipulaciones contractuales, aun cuando haya sido ajeno a la celebración del pacto (CNCiv., Sala H, 21/8/1996 "Hamud, Benjamín Jahmur c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Ds. y Ps." Ídem esta sala, Expte. N°, 64.264/2.007, 27/10/2100, "Stranges, Nicolás Antonio c/ Expreso Lancioni S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios" Idem id 29/12/2015 Expte N° 37110/2010 "Sosa Martínez Sergio Andrés y otros c/ Verón Juan Carlos y otros s/ daños y Perjuicios")

En tal sentido, tiene dicho la Corte Suprema de la Nación que no hay razón legal para limitar los derechos del asegurador prescindiendo de los términos del contrato de seguro, que la ley reconoce como fuente de la obligación y al que se halla circunscripto el alcance de su responsabilidad (CSJN, in re "Tarante C. c/Eluplast S.R.L."). Si bien el seguro de responsabilidad civil prevé la reparación del daño producido a terceros, esta nunca puede superar la cuantía o medida del seguro, pues al tercero damnificado le son oponibles todas las cláusulas, aún aquellas que restrinjan o eliminen la garantía de indemnidad, sin distinguir la naturaleza que estas pudieran tener.

Nuestro Máximo Tribunal sostuvo que la causa fuente de la obligación es el contrato suscripto con el asegurado y es en los términos de este último que la aseguradora ha sido traída al presente juicio (CSJN, 10/11/2015, "Fernández, Gustavo Gabriel y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires-Sec. De Educación- s/ daños y perjuicios", AR/JUR/46004/2015).

Asimismo, ha sostenido in re "Flores Lorena Romina c/ Giménez Marcelino Osvaldo y otro s/ daños y perjuicios" que si bien el acceso a una reparación integral de los daños padecidos por las víctimas constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esa Corte ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes, pues los damnificados revisten la condición de terceros frente a aquellos que no participaron de su realización, por lo que si pretenden invocarlos, deben circunscribirse a sus términos.

La pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato carece de fuente jurídica que la justifique, dado que el origen de la obligación no es el daño, sino el contrato de seguro y por tanto, no puede ser objeto de obligación civil.

La obligación de reparar el daño por parte del demandado nace del hecho de haberlo causado, mientras las aseguradoras no causan ningún daño, por lo que su obligación no puede hacer del hecho dañoso por el que pudo haber sido condenado el demandado, sino que puede tener una naturaleza legal o contractual dado que su origen no es el daño sino las normas jurídicas que rigen la materia y el contrato de seguro y ello tiene como consecuencia central que su límite no será la medida del daño sufrido por la víctima, sino que -como principio- será o bien aquello exigido por la ley o aquello a lo que se comprometió (del voto del Dr. Rosenkrantz) (Conf 9-3-2021, Meneghini, Roberto A "Responsabilidad civil del médico residente y su instructor, la indemnización por daño moral para el conviviente de la paciente, y la inoponibilidad del límite de la suma asegurada" Cita: MJ-DOC-15822-AR | MJD15822).

Entiendo que estas consideraciones de nuestro más alto Tribunal resultan suficientes para hacer lugar a la queja vertida en punto al alcance de la responsabilidad que se le atribuyó a la aseguradora, quien deberá

responder en los términos del art. 118 de la ley 17.418, es decir exclusivamente en la medida del seguro.

Cabe asimismo recordar que este Tribunal ya ha decidido que, tratándose el caso de un seguro de responsabilidad civil médica, las aseguradoras respondan en la medida del seguro (conf. esta Sala, 2/9/2020 Expte N° 55866/2013 in re "B., G. D. c/ Centro de Enfermedades Respiratorias Infantiles (CERI) y otros s/ daños y perjuicios", Ídem 5/10/2020 Expte. 54.875/2012 "Gallo, Alejandra Nélida y otro c/ Rodríguez, Jorge Ignacio y otros s/ daños y perjuicios"), desde que no se trata de un seguro obligatorio de responsabilidad civil automotor, sino de una póliza voluntaria de responsabilidad profesional y, por ende, las cláusulas libremente pactadas constituyen el límite de la cobertura a tenor de lo establecido en el art. 118 de la ley 17.418.

Esta Excma. Cámara ha decidido también que no existe argumento que en el caso justifique que la víctima ejecute su reclamo contra la aseguradora omitiendo los alcances pactados por las partes en el contrato de seguro, pues no corresponde extender a este supuesto lo que se ha decidido al respecto en materias de otra índole, como la relativa a las cuestiones de tránsito, en cuyo caso el legislador previó la aplicación de la contratación de seguros de carácter obligatorio, lo que claramente no ocurre en el caso, ya que estamos en presencia de un seguro de naturaleza voluntaria.(Conf. CNCiv sala I, 23/2/2021 " C. A. A. c/ T. G. s/ daños y perjuicios" Cita: MJ-JU-M-131274-AR | MJJ131274 | MJJ131274)

No se trata en el caso de un supuesto de accidente de tránsito al que le sea aplicable el art. 68 de la ley 24.449, ni tampoco le es aplicable la doctrina del fallo plenario dictado el 13 de diciembre de 2006 en los autos "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios" por lo que el derecho de la damnificada a cobrar a la aseguradora citada en garantía la indemnización establecida contra la asegurada, se sustenta precisamente en el citado art.118 de la ley de seguros, según el cual la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro (CNCiv 20/10/2014, Sala F " C. C. M. c/ OSDE y otro s/ daños y perjuicios"; CNCiv. Sala H, 28/9/2020, Expte. N° 99201/2013 "D. P. M. P. c/ Desarrollos en Salud S.A. Ex Sanatorio Colegiales y otros s/ daños y perjuicios ")

Finalmente, cabe consignar que más allá de la postura de este Tribunal en orden a las estipulaciones referidas al límite de cobertura y su actualización conforme lo resuelto por la Superintendencia de Seguros de la Nación (S.S.N.) que consideró con basamento en la experiencia, que en esta materia resultaba aconsejable establecer con carácter general y obligatorio para todo el mercado asegurador "límites razonables" a la responsabilidad asumida por las entidades aseguradoras para no provocar la desprotección del asegurado ni de la víctima del siniestro (Res. S.S.N. N° 22.187/93, del 03/5/1993), y en distintas resoluciones fue ajustando los límites de cobertura vigentes para los contratos de seguro (Res. S.S.N. N° 22.058/93, 34.225/2009, 35.863/11, 38.065/2013, 39.927/16, entre otras); lo cierto y determinante es que tal criterio resulta aplicable a los casos de seguros obligatorios. En el caso, el contrato celebrado entre la aseguradora y la demandada no participa de esa especie, por lo que en virtud de la doctrina uniforme y reiterada sentada en la materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y no tratándose de la hipótesis aprehendida en el fallo plenario "Obarrio", considero que la aseguradora citada en garantía responde en la medida del seguro, con los límites y alcances de la cobertura asumida.

Para concluir y en torno al descuento del monto de $ 45.683 alegado por la aseguradora, importe que fuera consumido en otro siniestro, derivado de un pago en mediación, cabe señalar, tal como lo dispusiera el sentenciante de la anterior instancia, que frente al desconocimiento del acuerdo efectuado por la parte actora, y al no haberse producido prueba alguna que avale su veracidad, dichas constancias constituyen registraciones unilaterales de la empresa aseguradora.

Sabido es que en ningún caso los libros de comercio constituyen plena prueba frente a un no comerciante, (Conf. CNCom, 11/6/2013, Sala D "Quality Management S.A. c/ Fundación Ayuda Enfermos Renales y Alta Complejidad s/ ordinario") que desconoce sus asiento, es decir constituyen una presunción «iuris tantum» que por lo tanto debe ser corroborado por otras probanzas, o ser reconocido -expresa o tácitamente- por la contraria, extremo que no se produjo en los presentes, por lo que no es posible atribuirle a los registros contables aludidos por la quejosa el valor probatorio pretendido. En virtud de ello, propongo confirmar el rechazo de la deducción invocada.

A tenor de las consideraciones vertidas en el presente voto propongo al acuerdo:

I. Modificar parcialmente la sentencia recurrida, estableciendo la, suma de pesos trescientos mil ($300.000) en concepto de incapacidad sobreviniente de orden psíquico y la suma de pesos cincuenta mil ($ 50.000) por el tratamiento psicológico recomendado (art 165 del CPCC).

II. Disponer que los intereses correrán conforme lo establece el art. 1748 del Código Civil y Comercial hasta el efectivo pago, los que serán calculados se-

gún la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, a excepción de lo dispuesto respecto del tratamiento psicológico, en cuyo caso serán computados según la misma tasa, a partir del pronunciamiento de grado.

III. Establecer que la aseguradora citada en garantía responda en la medida del seguro.

IV. Confirmar todo lo demás que decide y que fuera materia de apelación y agravios, con costas de Alzada a la accionada en virtud del principio objetivo de la derrota y del de reparación integral y plena (art 68 del CPCC).

El doctor *Caia* y la doctora *Verón* adhieren al voto precedente.

Con lo que terminó el acto, firmando el Señor y la Señoras Vocales en los términos de las Acordadas 12/20 y 31/20 de la CSJN, de lo que doy fe.

Buenos Aires, 8 de Junio de 2021.

Vistos:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal *Resuelve:*

I. Modificar parcialmente la sentencia recurrida, estableciendo la, suma de pesos trescientos mil ($300.000) en concepto de incapacidad sobreviniente de orden psíquico y la suma de pesos cincuenta mil ($ 50.000) por el tratamiento psicológico recomendado (art 165 del CPCC).

II. Disponer que los intereses correrán conforme lo establece el art. 1748 del Código Civil y Comercial hasta el efectivo pago, los que serán calculados según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, a excepción de lo dispuesto respecto del tratamiento psicológico, en cuyo caso serán computados según la misma tasa a partir del pronunciamiento de grado.

III. Establecer que la aseguradora citada en garantía responda en la medida del seguro.

IV. Confirmar todo lo demás que decide y que fuera materia de apelación y agravios, con costas de Alzada a las accionadas en virtud del principio objetivo de la derrota y del de reparación integral y plena (art 68 del CPCC).

V. Teniendo en cuenta la forma en que ha sido resuelta la cuestión se procederá a la adecuación de los honorarios regulados en la instancia de grado de conformidad con lo dispuesto en el art. 279 del CPCC.

En primer término y en relación a la normativa aplicable a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en autos, cabe señalar que la nueva ley de aranceles profesionales N° 27.423, publicada el 22 de diciembre de 2017, derogó a la anterior N° 21.839.

Sentado ello, es propicio destacar que en virtud del principio general establecido por el art. 7 del Código Civil y comercial, las leyes son de aplicación inmediata, aun a las consecuencias de relaciones jurídicas preexistentes o situaciones legales "en curso", sin que ello implique una indebida irretroactividad ni afecte garantías constitucionales, en tanto importa la operatividad de sus efectos inmediatos sobre situaciones jurídicas no consumadas al comienzo de su vigencia (conf. CNCiv. esta Sala Expte N° 78831/2015 29/4/2021 " Chávez Diego Rubén c/ Aguirre Raúl Oscar s/ daños y perjuicios" entre otros).

En efecto, los hechos cumplidos se rigen por la ley vigente a la época en que se consumaron, pero las situaciones jurídicas en curso se regulan, sin retroactividad, por la ley nueva, ya sea que lo que se encuentre en curso sea su constitución o extinción de sus efectos (conf. Belluscio, Agusoto – Zannoni, Eduardo, Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Buenos Aires, 1979, T° 1, p. 17). Así, "hay aplicación inmediata, sin retroactividad, cuando la nueva ley anula o modifica, acrece o disminuye los efectos en curso de la relación o situación jurídica; es decir, los que se producen después de su entrada en vigor" (Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Infojus, 2015, T. I, p. 27).

Ahora bien, las tareas del abogado desarrolladas en un proceso judicial generan su crédito por honorarios. A medida que el letrado va realizando su tarea profesional se van devengando en forma simultánea sus honorarios y una vez finalizada su labor, se habrá devengado todo el honorario profesional que le corresponde en definitiva por dicha actuación.

Así las cosas, la ley de honorarios carece de toda influencia en la forma en que se devenga el crédito por honorarios, ya que los emolumentos constituyen una relación jurídica obligacional preexistente a la regulación judicial y, en defecto de acuerdo válido, la regulación judicial es una consecuencia necesaria de esa relación jurídica a los fines de la determinación de su monto (conf. Toribio E. Sosa, "Conflicto de leyes arancelarias nacionales", La Ley, 1/6/2018). Ver esta Sala 06/11/19 Expte. N° 104.405/07 "Sociedad Militar Seguro de Vida Institución Mutualista y otro c/ Caillet

Bois, Néstor Humberto y otro s/ ejecución hipotecaria", ídem 16/12/2020 Expte N° 64.657/2014 "Ferrari, María Teresa c/ Locksley S.R.L. s/ daños y perjuicios" ídem id, 18/3/2021 Expte. 67.164/2008 "Curaba, Luis Francisco c/ Producto San Luis S.A. –ex Produment San Luis S.A. s/ daños y perjuicios").

Es así que, en materia de honorarios, esta Sala considera que la ley 27.423 es la que mejor preserva el valor de las retribuciones judiciales, que tienen carácter alimentario (cfr. Art. 3 de la ley mencionada).

Ponderando entonces las pautas contenidas en el artículo 16 de la ley 27.423, las que permitirán un examen razonable a los fines de determinar la retribución de los profesionales intervinientes. Para ello, se considerará el monto del asunto (art. 22) con más sus intereses (art. 24); el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para el profesional; el resultado obtenido; la trascendencia de la resolución a que se llegare para futuros casos; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y pautas legales de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 29, 51, 54, 58 y c.c. de la ley 27.423 se regulan los honorarios del Dr. Roberto Osvaldo Amar, en su carácter de letrado apoderado de la parte actora en las tres etapas del proceso en la suma de pesos quinientos ochenta y nueve mil, quinientos ochenta y cuatro ($589.584) equivalentes a 142UMA. Los honorarios del Dr. Pedro Maximiliano Chaumont, por su actuación como letrado apoderado de la demandada en la primera y segunda etapas del proceso, en la suma de pesos trescientos ochenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro ($387.464,64) equivalentes a 93,32 UMA, los honorarios del Dr. Alejandro Alberto Camaño, letrado apoderado de la citada en garantía, por los trabajos correspondientes a la primera y segunda etapa, en la suma de pesos pesos trescientos ochenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro ($387.464,64) equivalentes a 93,32 UMA.

Asimismo en los términos de los arts. 21, 25, 59, 60 y 61 de la ley 27.423 y art. 478 del Código Procesal, y la relación que debe existir entre la retribución de los letrados y los auxiliares de la justicia, atento el mérito e incidencia de la labor pericial desarrollada se regulan los honorarios de la perito psicóloga Cecilia Calvano; los de la perito médica Marta Beatriz Segobia y los del perito contador Sergio Fabián Núñez en la suma de pesos ciento setenta y seis mil seiscientos setenta y cinco ($ 176.675) equivalentes a 42,55 UMA para cada uno de ellos.

Por último, regulo los honorarios de la mediadora Dra. Stella Maris D´Amore en la suma de pesos setenta mil seiscientos setenta ($70.670) equivalentes a 86,18 UHOM conforme lo dispuesto en el artículo 2º, inciso g) del Anexo III) del Decreto 1467/2011, modificado por el Decreto 2536/2015.

En cuanto a las tareas desarrolladas en la Alzada conforme la aplicación de la nueva normativa arancelaria (art 30 de la ley 274239) se regulan los honorarios del Dr. Roberto Osvaldo Amar, en la suma de pesos doscientos seis mil trescientos cincuenta y cuatro ($206.354) equivalentes a 49,70 UMA, los del Dr. Pedro Maximiliano Chaumont en la suma de pesos ciento treinta y cinco mil seiscientos cuatro ($135.604) equivalentes a 32,66 UMA y los del Dr. Alejandro Alberto Camaño en la suma de pesos ciento treinta y cinco mil seiscientos cuatro ($135.604) equivalentes a 32,66 UMA (Conf Acordada CSJN 7/2021).

Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase. — *Beatriz A. Verón. — Gabriela M. Scolarici. — Maximiliano L. Caia.*

SEGURO DE VIDA

Cobro de saldos intentado contra los sucesores del titular. Omisión de probar la existencia del seguro. Falla en la información. Deber de la emisora. Rechazo de la demanda.

1. — La omisión de probar en forma concluyente la existencia del seguro de vida sobre el saldo deudor de tarjeta de crédito no puede perjudicar, por aplicación de la normativa protectoria del consumidor, a la parte más débil de la relación (art. 3°, LDC). Discrepo así de la sentencia, que llegó a una solución contraria al aplicar el Cód. Civil como si fuera un contrato paritario.

2. — La incertidumbre generada respecto a la existencia del seguro de vida sobre el saldo deudor de tarjeta de crédito tiene en definitiva su origen en una falla en la información, que no fue clara ni adecuada ni completa, y cuyo suministro era un deber de la emisora (art. 42, CN, arts. 4°, 36 y 37, LDC). Las consecuencias de esta confusión en la situación creada, contraria a la transparencia que debe regir estos contratos, deberán ser resueltas por el principio que favorece, ante la duda, al consumidor.

CNCiv., sala M, 01/06/2021. - American Express Argentina SA c. Garfinkel, Jorge Eduardo (s/ suc.) s/ cobro de sumas de dinero.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/68519/2021]

Expediente N° 58.963/2016

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

El doctor *González Zurro* dijo:

1. Cuestión a decidir

La cuestión a decidir es si existía —o debía existir— un seguro de vida por saldo deudor que cubriera los saldos impagos de las tarjetas de compra y de crédito y, en su caso, a cargo de quién estaba la carga de esa prueba. De la respuesta a la que se arribe dependerá el resultado de este voto y, si fuera compartido por mi distinguida colega, de la apelación.

El método que seguiré para el análisis de los agravios y de la prueba producida es: a) el encuadre jurídico de la cuestión, b) análisis de la obligatoriedad del seguro y de su eventual contratación en este caso; c) conclusiones.

2. Encuadre jurídico

La sentencia apelada omitió aplicar al caso la normativa sobre defensa del consumidor, fundamento principal con la que debe decidirse la cuestión. Si hay una actividad que sin dudas se encuentra abarcada por el derecho del consumidor es la relacionada con la tarjeta de crédito.

Una de las características propias de la sociedad de consumo es la masificación del dinero "plástico" **(1)**. El usuario de tarjeta de crédito se encuentra comprendido dentro del concepto y alcance del sujeto consumidor, según el art. 1° de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) **(2)**. Estamos así ante un típico contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas por el emisor, que en caso de ser ambiguas o poco claras deben interpretarse a favor de la parte más débil **(3)**, es decir, del consumidor o usuario (art. 3, LDC). A su vez, le impone al proveedor un deber de información, por el que debe suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización (art. 42 de la CN; art. 4, LDC).

Este principio, que deriva del de buena fe, gobierna la totalidad de las etapas en la relación de consumo y apunta a fortalecer el conocimiento del consumidor, no solo en la etapa previa al perfeccionamiento, sino también con posterioridad a la celebración del referido instrumento, con el objetivo de que el débil jurídico realice una correcta y consciente utilización del servicio **(4)**.

La ley que regula el sistema de tarjeta de crédito y la relación entre el emisor y el titular o usuario es la N° 25.065 (LTC), que se integra a su vez al bloque de protección de los usuarios y consumidores **(5)**.

3. La cuestión de la obligatoriedad y su contratación en el caso

3.1. Con el propósito de cubrir el riesgo de no poder cobrar los consumos del usuario en caso de muerte, los emisores de tarjetas de crédito exigían la contratación de un seguro, cuya prima debía ser pagada por el usuario, incluyéndose un monto en el resumen respectivo. Precisamente —según la ley— en el contrato debe incluirse una cláusula que establezca "los importes o tasas por seguros de vida" (art. 6 inc. j, LTC) **(6)**.

Este seguro de vida sobre saldo deudor quedó, no obstante, librado a la voluntad del sujeto obligado a partir del año 2015 (BCRA, comunicación "A" 5795, 2.6).

3.2. American Express (AMEX) le respondió a la perita contadora Romina Mónica Cardozo que las tarjetas de crédito fueron contratadas antes de que entre en vigencia la ley 25.065 de tarjetas de crédito —sancionada en 1998— y, en razón de ello, sostuvo que no era obligatorio el seguro de vida (ver p. 126 vta.).

Sin embargo, la fecha de contratación según la documentación presentada por la propia actora es el año 2002 (ver p. 22, con firma fechada el 13/09/2002). Fue AMEX la que contestó —a la intimación del art. 388 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— que el contrato que se firma es uno solo y abarca tanto las tarjetas de compra como las tarjetas de crédito y sus respectivas renovaciones, y se remitió a la documentación referida (p. 94 cit., cursiva agregada).

Según la LTC (art. 6 inc. j) y, a tenor de la propia interpretación hecha por la actora, el seguro sería obligatorio y, como en el caso el contrato es de fecha posterior a la sanción de la ley, quedaría comprendido. Más precisamente, según lo informado por AMEX en el resumen presentado, las tarjetas emitidas después de abril de 2005 poseen seguro de vida e incapacidad total y permanente (ver p. 43). No se aclara si las renovaciones sucesivas equivalen a una nueva emisión, pero hay fundamentos legales para opinar en forma afirmativa (art. 13 LTC: "que se celebren o se renueven").

3.3. La respuesta dada por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) en la p. 112 tampoco puede tener el alcance con que la interpretó la sentencia. En efecto, el oficio solo requirió que se acompañe copia de la normativa vinculada con las coberturas obligatorias de seguros de vida de saldos deudores para

las sociedades que emitan tarjetas de crédito (p. 110). La SSN contestó que "a la fecha", es decir, la de la contestación (03/08/2017), no resulta obligatoria la contratación, pero nada dijo del período cuestionado que permita aseverar que esa respuesta abarcaba el año 2002, cuando se contrató el servicio.

El organismo de control también hizo una alusión a la Resolución 35.678/2011 (SSN), que regula la cobertura de los seguros colectivos de saldo deudor. Ahora bien, la interpretación de esta resolución permite entender que, al menos al 2011, la contratación del seguro por fallecimiento era obligatoria. Es que, cuando la resolución daba opción al tomador o al asegurado, lo dispuso en forma expresa. Así, por ejemplo, ver el art. 1: "con la opción al tomador de incorporar la cobertura de invalidez total permanente..."; "las entidades aseguradoras también podrán ofrecer las cláusulas adicionales de: a) invalidez total temporaria o b) desempleo involuntario. La contratación de estas cláusulas será opción del asegurado". En cambio, al comenzar el artículo 1 referido no se da opción: "[l]a cobertura a brindar en los seguros colectivos de saldo deudor será básicamente Fallecimiento".

3.4. Tenemos así una situación poco clara desde el punto de vista tanto normativo como de las prácticas empleadas por la proveedora. Si esta situación es compleja de desentrañar para el operador judicial, mucho más lo será para el consumidor, y aún más difícil, para sus herederos **(7)**.

3.5. De la lectura de las restantes piezas del expediente tampoco queda claro si la tarjeta contaba, concretamente, con ese seguro de vida, y en su caso, quién lo había contratado, si la emisora o el usuario (ver peritaje contable, p. 126 vta./127, respuesta al punto d). La perita contadora mencionó haber requerido las pólizas a American Express, pero que no les fueron exhibidas; sin esas pólizas es imposible comprobar si el seguro cubría la incapacidad o también el fallecimiento (ver peritaje, p. 126 vta., respuesta al punto c; p. 127, respuesta al punto d). Ante la solicitud de la perita contadora, AMEX no las exhibió y dio como respuesta verbal que dichos seguros habían sido contratados por Jorge Eduardo Garfinkel en forma individual.

Sin embargo, con anterioridad, al intimársela por el art. 388 para que acompañe las pólizas, AMEX dijo algo diferente: que ese seguro no era exigible al momento de obtener las tarjetas y que, más adelante, Garfinkel tampoco optó por adherirse (p. 94). Es más, explicó que el seguro por incapacidad, el contrato Broken Bones y el AP Senior "cubren una incapacidad y/o accidente que, de producirse, otorga al titular o al beneficiario, si lo hubiera, una determinada suma de dinero, no haciéndose cargo de los saldos deudores de las tarjetas de crédito" (p. 94 vta.). AMEX continuó en su respuesta con las especificaciones de los alcances de los contratos Broken Bones y AP, pero sin ningún respaldo documental.

Esta negativa a presentar la documentación es injustificada, ya que, sea por haberlo contratado la propia emisora, ya porque recibió la documental de un tercero para generar el cobro, era verosímil que debía contar con esos instrumentos. Estas circunstancias hacen aplicable el art. 388 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, sin que el silencio de la contraria pueda interpretarse como consentimiento. Tal negativa constituye así una presunción en su contra (art. 388 cit.).

La respuesta brindada en la citada página 94, entonces, autoriza a entender que AMEX estaba al tanto de los cargos por estos seguros y, probablemente, que se habían gestionado por su propia intervención. Así, por ejemplo, basta con remitirse al resumen por cuya deuda se demanda, para observar que los débitos por las últimas dos mencionadas llevan una leyenda agregada: "para mayor información o denunciar un siniestro llame al ...", lo que carecería de todo sentido si el seguro fuera contratado directamente por el titular de la tarjeta.

Esta interpretación se ve corroborada en el alegato de AMEX, cuando afirmó que los contratos de seguro no cubrían saldos deudores, sino incapacidad, accidente del titular, fractura accidental de huesos, cuadriplejía permanente o accidentes personales para personas mayores de 65 años (p. 136). De alguna manera, para pronunciarse en forma tan categórica, hay que entender que contaba con esa documentación, pero —reitero— no fue acompañada. Era justamente la emisora de la tarjeta de crédito quien estaba en mejores condiciones de facilitar esta prueba.

3.6. La medida ordenada en esta instancia tampoco aportó claridad. Más bien terminó por expandir la confusión. Es que el Banco Supervielle, informó que el producto Broken Bones es un seguro perteneciente a esa entidad, pero que no contaba en sus registros con antecedentes sobre Jorge Eduardo Garfinkel (respuesta del 17/02/2021). Esto plantea una nueva cuestión, introducida por la demandada apelante en respuesta al informe, sobre la necesidad de investigar la causa por la que AMEX le cobraba a Garfinkel un seguro cuya aseguradora manifestó no tenerlo registrado. En todo caso, los herederos podrán promover las acciones que se crean con derecho ante la justicia penal.

4. Conclusión

La omisión de probar en forma concluyente la existencia del seguro de vida sobre el saldo deudor, no

puede perjudicar, por aplicación de la normativa protectoria del consumidor, a la parte más débil de la relación (art. 3, LDC). Discrepo así con la sentencia, que llegó a una solución contraria al aplicar el Cód. Civil como si fuera un contrato paritario.

Es que la incertidumbre generada tiene en definitiva su origen en una falla en la información, que no fue clara ni adecuada ni completa, y cuyo suministro era un deber de la emisora de la tarjeta (art. 42 CN, arts. 4, 36 y 37, LDC). Las consecuencias de esta confusión en la situación creada, contraria a la transparencia que debe regir estos contratos, deberán ser resueltas por el principio que favorece, ante la duda, al consumidor (arts. 3 y demás citados precedentemente, LDC; ver también arts. 7, última parte, 1094, 1095 y 1100, Cód. Civ. y Com. de la Nación **(8)**).

En conclusión, propongo admitir los agravios, revocar la sentencia en cuanto fue materia de apelación y desestimar la demanda promovida contra Florencia, Elizabeth y Adrián Garfinkel. Consecuentemente, queda firme la condena en primera instancia contra Paulina Ruth Treschanski, que no fue materia de apelación. Las costas de ambas instancias se imponen a la actora vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), pero limitadas —por el mismo argumento precedente— a las originadas con la parte apelante.

La doctora *Benavente* adhiere por análogas consideraciones al voto precedente. Se deja constancia de que la Vocalía N° 37 se encuentra vacante.

Visto lo deliberado y las conclusiones establecidas en el acuerdo precedente, el Tribunal resuelve: 1. Revocar la sentencia apelada únicamente en cuanto fue materia de apelación y, en consecuencia, desestimar la demanda promovida por American Express Argentina SA contra Florencia, Elizabeth y Adrián Garfinkel. 2. Con costas de ambas instancias a la actora en los términos del punto 4. 3. En atención a la forma en que se resuelve —que modifica la base regulatoria— se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de primera instancia (art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y art. 30, segundo párrafo de la ley 27.423). En consecuencia, se procede a adecuarlas de conformidad a la normativa mencionada.

El 4 de septiembre de 2018 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la aplicación temporal de la ley 27.423, en "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", de modo coincidente con lo decidido por la mayoría del Tribunal **(9)**. Desde esa perspectiva, el nuevo régimen legal no resulta aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante la etapa concluida durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución. Por eso, resultan de aplicación las pautas establecidas en las leyes 21.839 (y su modificatoria ley 24.432) y 27.423 según sea, respectivamente, el tiempo en que fueron realizados los trabajos como así también las etapas comprendidas que serán detalladas a continuación. Se tendrá en consideración respecto de las labores desarrolladas en las primeras dos etapas la naturaleza del asunto, el mérito, la calidad, la eficacia y la extensión de la labor desarrollada, monto comprometido, etapas cumplidas y pautas legales de los arts. 6, 7, 9, 19, 37, 38 y cc. de la ley 21.839. Se considerará además que por haberse rechazado la demanda respecto de los codemandados Garfinkel se toma como monto del juicio, en lo pertinente, el que se reclamó en la demanda y las pautas de los arts. art. 6°, incs. b); c) y d), 7, 8, 9, 19, 33, 37, 38 y cc. de la ley 21.839 **(10)**. En cuanto a la auxiliar de justicia, se ponderará la naturaleza del informe realizado, la calidad, la importancia, la complejidad, la extensión y el mérito técnico-científico y proporcionalidad que deben guardar estos honorarios en relación a los de los letrados actuantes en el juicio (art. 478 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Para el conocimiento de las labores desarrolladas en la tercera etapa (ver p. 134, del 01/03/2018), se considerará el monto del asunto conforme a los términos del art. 22, segundo párrafo de la ley 27.423 respecto de los codemandados Garfinkel en lo pertinente; el valor, motivo, extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada; la complejidad; la responsabilidad que de las particularidades del caso pudiera derivarse para los profesionales; el resultado obtenido; la trascendencia de la resolución a que se llegare para futuros casos; la trascendencia económica y moral que para el interesado revista la cuestión en debate y pautas de los artículos 1, 3, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 26, 29, 51, 54, 58 y c.c. de la ley 27.423. En consecuencia, se regulan los honorarios del Dr. Guillermo Fernando Combal, letrado apoderado de la accionante, por la demanda admitida y por las dos primeras etapas, la suma de $...; y por la tercera, la cantidad de ... uma ($...). Respecto de la acción rechazada, por las primeras dos etapas, se fijan los honorarios en la suma de $... y por la tercera etapa, la cantidad de ... uma ($...). Los honorarios del Dr. Jorge Manuel Kabakian, apoderado de los codemandados Garfinkel, se regulan en la suma de $... por las primeras dos etapas y la cantidad de ... uma ($...) por la tercera. Los honorarios de la Dra. Paulina Rut Treschanski, abogada en causa propia y su patrocinante Marcelo Daniel Lucero, por su actuación en las primeras dos etapas y por no haber alegado, se regulan en la suma de $... En lo que hace a la auxiliar de justicia, se fijan los honorarios de, la perito contadora Romina Mónica Cardozo, por su informe del 26/10/2017, en la suma de $... Con respec-

to a los honorarios de la mediadora Patricia Levaggi, se considerará el monto económico comprometido y pautas del Decreto Reglamentario 2536/2015 (art. 1 y 2, anexo I y art. 2, incs. "e" del Anexo III), razón por la cual se regulan en la suma de $... Por los trabajos realizados en esta instancia se regulan los honorarios del Dr. Guillermo Fernando Combal en la cantidad de ... uma, equivalente a $... y los honorarios del Dr. Juan Manuel Kabakian, por la contestación en la cantidad de ... uma, equivalentes a $... (conf. art. 30 de la ley 27.423). La equivalencia de la unidad de medida arancelaria (UMA) que se expresó es la establecida en la Acordada 7/2021 de la CSJN. 4. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia de que la vocalía N° 37 se encuentra vacante. — *Guillermo D. González Zurro. — María I. Benavente. — Adrián P. Ricordi.*

(1) Gonzalo Martín Rodríguez, en: Gabriel A. Stiglitz-Carlos Hernández, "Tratado de derecho del consumidor", Buenos Aires, LA LEY, 2015, T. 2, p. 750.

(2) Íd., T. 2, p. 752.

(3) Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, "Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor", 2ª ed., Buenos Aires, LA LEY, 2012, p. 141.

(4) Gonzalo Martín Rodríguez, en: Gabriel A. Stiglitz-Carlos Hernández, "Tratado de derecho del consumidor", Buenos Aires, LA LEY, 2015, T. 2, p. 754; Esteban Louge Emiliozzi y María Virginia Giuffo, "La reticencia en seguros de vida conexos a contratos bancarios", LA LEY, cita online AR/DOC/3468/2009.

(5) Gonzalo Martín Rodríguez, en: Gabriel A. Stiglitz-Carlos Hernández, "Tratado de derecho del consumidor", Buenos Aires, LA LEY, 2015, T. 2, p. 751.

(6) Ernesto Wayar, "Tarjeta de crédito y defensas del usuario", Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 148; Esteban Louge Emiliozzi y María Virginia Giuffo, "La reticencia en seguros de vida conexos a contratos bancarios", LA LEY, cita online AR/DOC/3468/2009.

(7) Ver, por ejemplo, opinión de Juan Agustín Brusa, "El consumidor financiero: víctima de cláusulas y prácticas abusivas", elDial.com, DC250F, del 04/05/2018; Juan M. Farina, Defensa del consumidor y del usuario, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 137.

(8) Esther Ferrer De Fernández y Daniela D. Rocha, "Derechos del consumidor en la contratación bancaria", Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 484.

(9) esta Sala en "Grosso, C. c. Greco, M." del 30 de mayo de 2018.

(10) CNCiv. en pleno "Multiflex SA c. Consorcio de Prop. Bartolomé Mitre 2257/59" del 30/09/1975.

FINALIDAD DEL SEGURO. DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Destrucción del vehículo. Falta de información sobre las modalidades del seguro. Falta de actualización de la suma asegurada. Daño punitivo. Desprecio por el consumidor ahorrista.

1. — Las apelantes no han podido desvirtuar los sólidos argumentos de la sentencia en crisis. De la lectura de esta se puede colegir que la magistrada tiende a desalentar, a través de la aplicación de esta sanción pecuniaria disuasiva de $200.000 (daño punitivo), prácticas contrarias a los derechos de los y las ahorristas que adquieren automotores por el sistema de ahorro previo, especialmente la falta de información sobre las modalidades del seguro sobre el automotor asegurado y la falta de actualización de la suma asegurada, todo ello como malas prácticas de la ahorrista que atentan contra el consumidor. Son dos las prácticas reprochables: por un lado, la mala práctica asegurativa que perjudica al consumidor y, por otro, la falta de información sobre el seguro sobre el bien adjudicado.

2. — La conducta de la sociedad administradora que ha implicado un grave menosprecio hacia los derechos de la actora consiste en la falta de información sobre el modo y alcances de los seguros sobre el bien tipo, especialmente la suma asegurable y su falta de actualización conforme evoluciona el valor del automotor adjudicado y la cuota. Nada se informó sobre la insuficiencia de la suma asegurada para cubrir el valor del automotor y que, en caso de destrucción solo alcanzaría para cubrir algo del crédito del acreedor prendario por el valor de las cuotas restantes, pero no para cubrir el porcentaje del valor del auto ya pagado, quedando la ahorrista sin indemnización por el valor que pagó, sin automotor y muy probablemente adeudando cuotas.

3. — La finalidad de este seguro es loable porque tiende a proteger al grupo de ahorristas que pueden ver disminuidos los ingresos mensuales del grupo cerrado lo que permitirá adjudicar los automotores. Lamentablemente, en la práctica esta finalidad loable se opaca cuando se descuida a los ahorristas individuales que, a menudo, ven desprotegidos sus derechos so

pretexto de proteger a los ahorristas de todo el grupo cerrado. Sería de esperar que la administradora no solo contemple el bien del grupo sino, también la de los ahorristas particulares.

4. — Todo esto sucede mientras el consumidor cree que tiene un seguro que lo va a amparar en caso de destrucción del vehículo y por el valor de este. Si esto no era así, la administradora debió explicar en forma sencilla y clara esta situación para que el consumidor estudiara otras alternativas para precaverse de este riesgo o asumir correrlo, luego de estar debidamente informado.

5. — Estas prácticas contradictorias de la administradora que, por un lado, actualiza la cuota del plan según un valor móvil del automotor, pero, por otro, omite solicitar a la aseguradora, que forma parte de su red contractual, el aumento de la suma asegurada, perjudican al consumidor. Al momento de cobrar la indemnización se tiene en cuenta, a favor de la administradora, el valor actualizado, por ende, es muy poco o nada el remanente que pueda quedar a favor de la ahorrista. Nada de ello es informado a la ahorrista para que tome sus decisiones.

6. — Este modo de accionar demuestra el desprecio por el consumidor ahorrista y burla las legítimas expectativas del consumidor que espera que, en caso de ocurrir la destrucción total del vehículo, el seguro alcance, también, para cubrir la parte del automotor pagada y no solo sirva para beneficio del acreedor prendario que, a su vez es la administradora del plan y quien elige a la aseguradora y las condiciones del seguro. Este tipo de prácticas conspiran contra el trato digno y equitativo (art. 8° bis, ley 24.240) que merecen las y los consumidores ahorristas que ven frustradas las expectativas e ilusiones que las demandadas generaron a través de la publicidad y de las facilidades para ingresar al sistema de planes de ahorro para adquirir un automotor.

7. — La multa impuesta y apelada por las demandas cumple con la función punitiva, pero, también y, muy principalmente cumple con la función de disuadir conductas similares en el futuro y alentar a que, en este tipo de contrataciones se dé a los ahorristas, un trato con la dignidad que merece (art. 8°, ley 24.240) lo que solo se logrará con condiciones contractuales más justas y una adecuada comunicación e información hacia el consumidor.

8. — No basta con el incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, sino que se requiere un plus más, que en el caso se configura con el trato indigno hacia el consumidor, configurado por la falta de información adecuada sobre las condiciones del contrato de seguros y su falta de preocupación en mantener la suma asegurada actualizada conforme evoluciona la movilidad de la cuota, de este modo se ha actuado con desidia, desprecio e indiferencia de los derechos del consumidor actor, que amerita confirmar la sentencia que impone la multa a los demandados.

9. — En el caso, la parte demandada no probó (art. 53, LDC) haber cumplido con este deber de información (en relación con el seguro contratado y sus alcances) al momento de la celebración del contrato ni con posterioridad.

C2aCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 31/05/2021. - Ghiotti, Franco Hernán c. Sancor Seguros y Chevrolet SA de ahorro para fines determinados s/ proceso de consumo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/64056/2021]

CUIJ Nº 13-04619871-3(55145)

Mendoza, mayo 31 de 2021.

En cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 160 de la Constitución Provincial y 141 del Código Procesal Civil, se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:

1ª Es justa la sentencia apelada?

2ª Costas.

1ª cuestión. — La doctora *Furlotti* dijo:

1. Las demandadas interponen recurso de apelación, según identificador OMHZV72358, en contra de la sentencia que rola a fs. 281/302 que admite parcialmente la demanda, impone costas y regula honorarios.

Para así decidir la Sra. jueza tuvo en cuenta que el Sr. Franco Hernán Ghiotti demanda a Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados, en su carácter de acreedor prendario y tomador del seguro. También demanda a Sancor Seguros, a fin de que cumpla con lo estipulado en la cláusula CA-CC 7.1, punto I de la póliza y, en consecuencia, abone al actor la suma de $ 348.049,24.

La doctora explica que no está discutido que:

El día 26 de agosto de 2018 se produjo un siniestro vial que derivó en la destrucción total del vehículo Chevrolet Classic, dominio AA367TG, de propiedad del actor, Franco Hernán Ghiotti;

El rodado se adquirió por plan de ahorro con la empresa Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados, en agosto de 2016;

Al ser entregado el automóvil al actor, se constituyó una prenda con registro a favor de Chevrolet;

El eje central de la controversia entre las partes está dado en determinar a quién le corresponde cobrar la suma asegurada de $ 186.000 por haberse producido la destrucción total del vehículo.

La parte actora aduce que las accionadas han incumplido con las cláusulas del contrato de adhesión y del seguro, respectivamente, al pretender que la totalidad de la suma asegurada sea entregada a Chevrolet en razón de ser el acreedor prendario del bien siniestrado.

Surge de la Pericial Contable presentada en autos por escrito digital de fecha 2 de julio de 2020, el porcentaje aportado por el actor es del 56,91% del valor total del automóvil, adeudando el 43,09%.

Chevrolet informa que la suma debida aún por el actor asciende a $ 215.000, por lo cual –y teniendo en cuenta el valor móvil del rodado a la fecha del siniestro y la cláusula de transferencia de derechos precedentemente aludida- la suma asegurada solo alcanza para desinteresar al acreedor prendario.

Si Chevrolet se arrogó la facultad de ir ajustando el valor de las cuotas del plan de ahorro, conforme al valor móvil del bien (el que es determinado por el fabricante General Motors), debió –como tomadora del seguro que es- pedir que Sancor ajustara el valor asegurado en caso de destrucción total. Como no lo hizo, esa actualización del valor del rodado es abusiva. Fácil es concluir que no es justo ni razonable que todo el riesgo caiga en cabeza del actor y que nada sea soportado por quien mayor poder de negociación tiene, al ser quien fija las condiciones generales de la contratación, siendo el actor un mero adherente de las mismas.

Al haber actuado con tal desprecio hacia los derechos del consumidor, siendo que podía haber evitado colocarlo en tal situación, entiende que Chevrolet debe responder de las consecuencias gravosas de su proceder.

El hecho de que Sancor no consignara la suma asegurada, frente a la oposición llevada a cabo por el actor de que los fondos fueran entregados a Chevrolet, determinó la necesidad de ser demandada en estos obrados.

En el caso de marras, se encuentran cumplidos los recaudos de procedencia del rubro en análisis, por cuanto resulta evidente que Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados, abusó de su posición dominante al vulnerar la legítima expectativa del ahorrista a obtener un resarcimiento por haber sufrido la destrucción total de su vehículo.

A ello se suma el deber de información omitido por parte de la accionada, como también la total y absoluta indiferencia de parte de la Administradora del plan de ahorros a la hora de brindarle al actor alguna solución a su problemática –la que fuera generada por la misma empresa demandada-.

Existiendo un incumplimiento grave por parte de Chevrolet y de General Motors a sus obligaciones contractuales, siendo notorio el menosprecio de parte de las accionadas hacia el resultado y consecuencias de su accionar, y habiéndose colocado al actor en una situación de desventaja patrimonial evidente, el daño punitivo debe prosperar por la suma pretendida por el actor, esto es, por $ 200.000, con más los intereses legales correspondientes.

2. Las demandadas apelantes expresan agravios según identificador OMHZV72358:

Su queja radica en la aplicación de la sanción de daño punitivo. Entienden que no han incurrido en graves inconductas. La sentencia no advierte que, en caso de haberse producido un siniestro con daño total del vehículo, la compañía de seguros cancelará la deuda contraída entre el asegurado y Chevrolet (acreedor prendario) mediante una indemnización, beneficiándose no solo el suscriptor que se libera de la prenda sino también los demás miembros pertenecientes al grupo.

Su parte no se ve beneficiada sino por el contrario, tal como se explicó a lo largo del proceso, el vehículo en cuestión se encuentra prendado atento la cláusula mediante la cual el asegurado transfiere sus derechos al acreedor prendario (Chevrolet).

De esta manera, al estar constituida la prenda a favor de Chevrolet, es la única garantía para asegurar el pago del crédito en caso de un siniestro o bien en caso de incumplimiento por parte del deudor prendario.

Por lo tanto, en caso de que el vehículo esté grabado por un contrato de prenda el fin de la suma depositada por la aseguradora en concepto de indemnización, tiene como principal objetivo saldar la suma adeudada en el plan de ahorro y evitar perjudicar a los

restantes suscriptores que aun aguardan salir adjudicados por sorteo o licitación.

3. La parte actora apelada contesta agravios a fs. 324/339.

4. El Ministerio Público toma intervención a fs. 348.

5. Anticipo al Acuerdo que propiciaré el rechazo del recurso en análisis.

Las apelantes no han podido desvirtuar los sólidos argumentos de la sentencia en crisis. De la lectura de esta se puede colegir que la magistrada tiende a desalentar, a través de la aplicación de esta sanción pecuniaria disuasiva de $200.000 (daño punitivo), prácticas contrarias a los derechos de los y las ahorristas que adquieren automotores por el sistema de ahorro previo, especialmente la falta de información sobre las modalidades del seguro sobre el automotor asegurado y la falta de actualización de la suma asegurada, todo ello como malas prácticas de la ahorrista que atentan contra el consumidor.

La sentencia tiene en cuenta que Chevrolet fue ajustando las cuotas del plan según el valor móvil del bien pero nunca actualizó la suma asegurada por destrucción total, que como tomadora del seguro le correspondía hacerlo. Esta es la razón que solo alcanza para cancelar las cuotas adeudadas, pero no para sustituir el 56,91% del auto que tiene pagado el actor.

De tal modo, la sentencia entiende que este proceder de las demandadas de actualizar el valor de las cuotas y, por ende, del crédito prendario, pero no el de la suma asegurada, va en perjuicio del consumidor deudor que frente a la destrucción total del vehículo, advierte que el seguro solo alcanza para cubrir parte de las cuotas adeudas, más no el porcentaje del valor del automotor que ya pagó. Entiende que Chevrolet como tomadora del seguro debió pedir la actualización de la suma asegurada. De este modo coloca todos los riesgos en cabeza de la parte ahorrista.

Este modo de actuar y la falta de información al respecto implican, a juicio de la magistrada, un actuar con total desprecio hacia los derechos de los consumidores, que podría haber evitado que la consumidora llegará a quedarse sin nada. De este modo, explica, que Chevrolet S.A. de Ahorro para Fines Determinados, abusa de su posición dominante al vulnerar la legítima expectativa del ahorrista a obtener un resarcimiento por haber sufrido la destrucción total de su vehículo, luego que se desinteresara el acreedor prendario.

Son dos las prácticas reprochables, por un lado la mala práctica asegurativa que perjudica al consumidor y, por otro la falta de información sobre el seguro sobre el bien adjudicado.

Sabido es que el derecho a recibir una información adecuada y veraz tiene rango constitucional (art. 42 CN). Rubén Stiglitz explica que: "El objeto del derecho del consumidor a la información, versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación realizada, de sus derechos y obligaciones consiguientes y esencialmente, de las características de los productos y servicios comercializados. Del cumplimiento de los deberes de información, depende la posibilidad concreta del consumidor, de emplear los productos y servicios con plena seguridad y de modo satisfactorio para sus inter-eses económicos."(Rubén S. Stiglitz en Stiglitz, Gabriel A. (dir.) Tratado de Derecho del Con-sumidor, Tomo I, Capítulo IX, Deber de información, La Ley, 2015, p.565.). Así mismo ex-plica que "la ley 24.240 impone a los empresarios el deber de suministrar a los consumidores, de manera cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las caracte-rísticas esenciales de los productos o servicios (art. 4°). Y "Que la información sea detallada, es cuestión atinente a que el consumidor tenga la posibilidad de informarse acerca de la pluralidad de características de los productos o servicios que le son ofrecidos pues, en el marco de los derechos fundamentales que le son reconocidos, el expuesto traduce una de sus mayores (y mejores) expresiones: el derecho a elegir". (op. Cit p. 587). Luego explica que: "La suficiencia alude a las características esenciales de los bienes o servicios ofrecidos, y a la necesidad de que los detalles, descripciones y especificaciones sean los indispensables (suficientes) para habilitar al consumidor a tomar una decisión reflexiva." (op. Cit. 587).

En autos la parte demandada no probó (art. 53 LDC) haber cumplido con este deber de información (en relación al seguro contratado y sus alcances) al momento de la celebración del contrato ni con posterioridad.

La inclusión de este tipo de seguro sobre el bien adjudicado, según art. 13 y conc. Resol 8/15 IGJ, en los contratos de ahorro previo, explica Sedita que: "tiene similar finalidad que la enunciada con respecto al seguro colectivo de vida cual es garantizar el pago efectivo de una deuda de dinero, para el supuesto que el deudor sufriera un siniestro que limitara o disminuyera el valor del bien tipo, que se encuentra prendado a favor de la sociedad administradora antes del vencimiento del plazo del pago y asegurar así el fiel cumplimiento de la obligación principal."

El autor citado expone que en el contrato de "seguro del bien tipo", "El adherente adjudicatario antes de recibir el bien deberá asegurarlo pero la socie-

dad administradora le exige que lo haga en una de las compañías aseguradoras que figure en la lista que le proporciona (elige con limitaciones impuesta por la sociedad administradora). El interés asegurable es el bien -generalmente un automotor-. El titular -en caso de siniestro- percibe una indemnización predeterminada, la que por su endoso le permite cobrar previamente a la sociedad administradora, las alícuotas pendientes de pago, pero si existe excedente queda a su disposición. Como así si el importe no resultare suficiente, el adherente deberá pagar la diferencia. El titular es el adherente adjudicatario quien endosa la póliza a favor de la sociedad administradora. El riesgo, el siniestro que se produzca "al" y/o "con" el bien. En ambos casos los gastos derivados del contrato de seguro y la prima son abonados por el adherente -adjudicatario o no-, juntamente con las alícuotas a la sociedad administradora." (Sedita, José L., Los sistemas de ahorro previo y la ley de defensa del consumidor, Jurisprudencia Argentina, cita Online: 0003/007546, ver también: Sobrino, Waldo, "Responsabilidad de las empresas de ahorro previo (Para la compra de automotores "círculo cerrado", en los casos de la liquidación de las compañías de seguros), DJ 1998-2, 725, AR/DOC/17408/2001; González Vila, Diego, "La tutela del consumidor en los planes de ahorro automotor", Ed. ACS, Mendoza, 2021, p.225 y ss.).

La finalidad de este seguro es loable porque tiende a proteger al grupo de ahorristas que pueden ver disminuidos los ingresos mensuales del grupo cerrado lo que permitirá adjudicar los automotores. Lamentablemente, en la práctica esta finalidad loable se opaca cuando se descuida a los ahorristas individuales que, a menudo, ven desprotegidos sus derechos so pretexto de proteger a los ahorristas de todo el grupo cerrado. Sería de esperar que la Administradora no solo contemple el bien del grupo sino, también la de los ahorristas particulares.

La conducta de la sociedad administradora que ha implicado un grave menosprecio hacia los derechos de la actora consiste en la falta de información sobre el modo y alcances de los seguros (art. 13, Resol 8/15 IPG) sobre el bien tipo, especialmente la suma asegurable y su falta de actualización conforme evoluciona el valor del automotor adjudicado y la cuota. Nada se informó sobre la insuficiencia de la suma asegurada para cubrir el valor del automotor y que, en caso de destrucción (como ocurrió) solo alcanzaría para cubrir algo del crédito del acreedor prendario (la administradora) por el valor de las cuotas restantes pero, no para cubrir el porcentaje del valor del auto ya pagado, quedando la ahorrista sin indemnización por el valor que pagó, sin automotor y muy probablemente adeudando cuotas.

González Vila señala que, muchas veces en la práctica, "Ese cobro de la suma asegurada por la administradora será para imputar en primer término el saldo de la deuda del plan ahorro considerando las cuotas pagadas por el ahorrista, y si queda un remanente será para el asegurado, es decir, en la práctica, la Aseguradora primero le paga a la administradora el importe de la suma asegurada hasta cubrir el saldo adeudado del plan de ahorro y solo si subsiste un remanente le será transferido al asegurado.en muchas ocasiones, no solo que no existe remanente a cobrar por el asegurado, sino que la suma asegurada no alcanza a cubrir el saldo de deuda provocando el sobreendeudamiento del asegurado,..." (op. Cit. P. 228).

Todo esto sucede mientras el consumidor cree que tiene un seguro que lo va a amparar en caso de destrucción del vehículo y por el valor de este. Si esto no era así, la administradora debió explicar en forma sencilla y clara esta situación para que el consumidor estudiara otras alternativas para precaverse de este riesgo o asumir correrlo, luego de estar debidamente informado.

Estas prácticas contradictorias de la administradora que, por lado actualiza la cuota del plan según un valor móvil del automotor pero, por otro, omite solicitar a la aseguradora, que forma parte de su red contractual, el aumento de la suma asegurada, perjudican al consumidor. Dicho de otro modo: Al momento de cobrar la indemnización se tiene en cuenta, a favor de la administradora, el valor actualizado, por ende, es muy poco o nada el remanente que pueda quedar a favor de la ahorrista. Nada de ello es informado a la ahorrista para que tome sus decisiones.

Este modo de accionar demuestra el desprecio por el consumidor ahorrista y burla las legítimas expectativas del consumidor que espera que, en caso de ocurrir la destrucción total del vehículo, el seguro alcance, también, para cubrir la parte del automotor por él pagada y no solo sirva para beneficio del acreedor prendario que, a su vez es la administradora del plan y quien elige a la aseguradora y las condiciones del seguro.

Este tipo de prácticas conspiran contra el trato digno y equitativo (art. 8 bis ley 24.240) que merecen las y los consumidores ahorristas que ven frustradas las expectativas e ilusiones que las demandadas generaron a través de la publicidad y de las facilidades para ingresar al sistema de planes de ahorro para adquirir un automotor.

De tal modo, entiendo que la multa impuesta y apelada por las demandas cumple con la función punitiva pero, también y, muy principalmente cumple con la función de disuadir conductas similares en el futu-

ro y alentar a que, en este tipo de contrataciones se de a los ahorristas, un trato con la dignidad que merece (art. 8 ley 24240) lo que solo se logrará con condiciones contractuales más justas y una adecuada comunicación e información hacia el consumidor.

En un trabajo doctrinal, citado en la sentencia en crisis, sobre el tema dije: ": "La principal función de la figura es la de prevención. Se busca que en el futuro ni el autor del daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves, en este sentido tiene fuerte sentido docente y ejemplificador." (LLGran Cuyo 2010 (octubre), 819). Y que: "el art. 8 bis de la ley extiende la aplicación de la multa a las "situaciones vergonzantes, vejatorias, intimidatorias" en contra de los consumidores, siendo responsable el proveedor y, solidariamente, "quien actuare en nom-bre del mismo". (op. Cit.). Así mismo expongo que para la procedencia de la sanción pecuniaria disuasiva debe cumplirse con un elemento subjetivo. "La aplicación de la figura requiere que se haya actuado con dolo o culpa grave, o se haya obtenido enriquecimientos indebidos, abuso de poder con notoria indiferencia o desprecio hacia los derechos individuales o de incidencia colectiva." ("Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de la ley 24.240", LLGran Cuyo 2010 (octubre), 819).

Es decir, no basta con el incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, sino que se requiere un plus más, que en el caso se configura con el trato indigno hacia el con-sumidor, configurado por la falta de información adecuada sobre las condiciones del contrato de seguros y su falta de preocupación en mantener la suma asegurada actualizada conforme evoluciona la movilidad de la cuota, de este modo se ha actuado con desidia, desprecio e indiferencia de los derechos del consumidor actor, que amerita confirmar la sentencia que impone la multa a los demandados.

Así voto.

Sobre la misma cuestión la doctora *Marsala* y la doctora *Carabajal Molina* dijeron que adhieren al voto que antecede.

2ª cuestión. — La doctora *Furlotti* dijo:

Atento el resultado al cual se ha arribado las costas se imponen a la parte apelante vencida. (art. 36 CPCCyT). ASI VOTO.

Los honorarios profesionales se regularán aplicando los arts. 33 apart. III del CPCCyT, y arts. 2, 3, 15 y 31 ley 9131, sin perjuicio de los honorarios complementarios que correspondan.

Sobre la misma cuestión la doctora *Marsala* y la doctora *Carabajal Molina* dijeron que adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación la sentencia:

Por lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

Resuelve:

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por las demandadas según identificador OMHZV72358, en contra de la sentencia que rola a fs. 281/302, que se confirma en todas sus partes.

2. Imponer las costas a la parte apelante vencida.

3. Regular los honorarios profesionales de las Dras. Mariela González e Ignacia Suárez en las sumas de $26.000 y $18.200, respectivamente más IVA en caso de corresponder.

Notifíquese y bajen. — *Silvina del C. Furlotti. — María Teresa Carabajal Molina. — Gladys D. Marsala.*

PENSAMIENTO JURÍDICO

Páginas Clásicas

La culpa como norma de clausura: ¿es un postulado verdadero? (*)

Alberto J. Bueres

I. El interrogante sobre si la culpa es *norma de clausura* —o *válvula de cierre del sistema*— solo puede plantearse en la responsabilidad extracontractual, pues las funciones que tiene la culpa en la responsabilidad contractual impiden por completo hablar de reglas y excepciones cualitativas en este ámbito.

II. En materia contractual, el *casus* (o *causa ajena*) es el único límite de responsabilidad, para todas las obligaciones —sean de medios o de resultado— y con respecto a cualquier tipo de infracción (incumplimiento definitivo, parcial, moroso y aun cumplimiento inexacto o írrito), y destruye la relación de causa a efecto.

La imposibilidad de pago no imputable al deudor produce dos efectos: extingue la obligación y exonera de responsabilidad al deudor (arts. 509, *in fine*, 513, 514 y 888, Cód. Civil) —*efecto extintivo y liberatorio*—.

Cabe precisar que el *casus* está formado por dos elementos indisociables, a saber: 1) *el hecho*, que causa la imposibilidad, que, en general, debe ser previsto o evitado por el deudor con la diligencia *ex* arts. 512 y 902, del Cód. Civil **(1)** —bajo esta óptica, la culpa es fundamento de atracción causal—. Y 2) la referida *imposibilidad de pago*, que debe ser objetiva y absoluta (vale decir, efectiva) **(2)**.

Las reglas que disciplinan la extinción de la obligación por imposibilidad y la exoneración de responsabilidad del deudor deben ser homogéneas, pues entraña una verdadera contradicción sostener que el deudor se libera de responsabilidad si prueba su falta de culpa (*casus* = no culpa o *mora iniusta dilatio*) y exigir que la extinción de la obligación ocurra por la presencia de la imposibilidad de pago —para evitar la ejecución forzosa—. La contradicción que ponemos de mani-

(*) Publicado en La Ley 2010-E, 1220.

(1) Comúnmente, se considera que la culpa en la previsión o en la evitación de la causa de la imposibilidad es la mencionada figura de los arts. 512, 902, 909, Cód. Civil. No obstante, las opiniones doctrinales son matizadas, pues hay autores que, a estos fines, propugnan el índice del esfuerzo de la causalidad adecuada objetiva (Pizarro-Vallespinos), una diligencia más intensa —aunque indefinida, acotamos nosotros— (Visintini) o, en fin, una diligencia distinta de la que cabe al buen padre de familia (Cabella Pisu), proposición esta última que no difiere mayormente de la que nosotros defendemos. Por otro lado, a veces se habla de hipótesis de imputaciones objetivas de la imposibilidad de pago (p. ej. el riesgo de empresa concebido por Trimarchi); pero al menos en gran medida las ideas apuntan a los imaginarios casos fortuitos internos respecto de la empresa —y esto pierde sentido si definimos el casus como un acontecimiento externo (jurídicamente) a la esfera de incumbencias del deudo—. En cualquier caso, el análisis exhaustivo del asunto excede en mucho el marco de esta modesta aportación.

(2) La imposibilidad absoluta puramente natural o fenoménica —muchas veces mal atribuida a Giuseppe Osti al captar sus ideas de forma incompleta, superficial y errónea—, en cualquier caso ha sido modelada por la actuación del principio de la buena fe, que permite hacer ingresar en el ámbito de la imposibilidad la subespecie de la inexigibilidad. De tal suerte, la *fides*, por un lado, permite fijar los contornos del plan de prestación y, por otro lado, reducir las posibilidades del acreedor de pretender una prestación cuando hay un conflicto de intereses y el intérprete opta por liberar al *solvens*. Comoquiera que sea, cuadra dejar en claro que el juicio de buena fe jamás reduce la imposibilidad objetiva y absoluta al obrar diligente del deudor. La imposibilidad, que siempre debe ser efectiva, enfoca el esfuerzo del susodicho deudor en términos de razonabilidad y no en términos de diligencia —nos hemos referido antes de ahora y varias veces a estas cuestiones con mayor detalle—.

fiesto puede advertirse en los razonamientos de importantes juristas (Badosa Coll, Llamas Pombo, Carrasco Perera, Trabucchi, etcétera). Este desacertado criterio, en tiempos del derecho común, fue defendido con ahínco por Donello y eficazmente refutado por Mommsen —de acuerdo con los postulados más genuinos de las fuentes romanas— **(3)**.

Hemos dicho que el *casus* es el único límite de responsabilidad en las obligaciones de medios y de resultado. Pero cuadra aclarar que en las obligaciones de medios, la culpa es elemento (o extremo) del incumplimiento en el cumplimiento inexacto (o defectuoso), exclusivamente, y no en las demás formas de prestar (incumplimiento definitivo, parcial o moroso). De ahí que, Luigi Mengoni, seguido por algún otro autor, haya dicho que la diligencia es criterio de exacto cumplimiento y, por contraposición, que la negligencia es criterio de cumplimiento inexacto. De donde, la falta de culpa es pago y no límite (eximente) de responsabilidad —asunto confundido con suma frecuencia—.

En rigor, el deudor responde por el *hecho del incumplimiento "tout court"* (a secas) de la ejecución forzosa en especie o en dinero (*aestimatio rei*) —art. 505, párr. 1º, Cód. Civil—, que pertenecen a la obligación originaria. Y también responde de los daños adicionales por el mismísimo *hecho del incumplimiento* —que sirve de causa fuente a la obligación de reparar—.

La culpa no es fundamento (o factor de atribución) de responsabilidad, dado que la susodicha culpa solo tiene el carácter de criterio de imputación de la imposibilidad de pago, en cuyo caso esta quedará excluida como límite o eximente de responsabilidad (la obligación subsistirá —*perpetuatio obligationis*—).

En definitiva, el incumplimiento es el único fundamento de la responsabilidad civil y no hay necesidad de acudir a un factor de atribución, pues este, como dice Carlo Castronovo, resulta superfluo frente a la presencia y el valor del vínculo jurídico, que no existe en la responsabilidad extracontractual (Castronovo, Di Majo, Franzoni, Visintini, sobre la base de las ideas de Osti —en Italia—, Jordano Fraga y Olmo Guarido —en España—, etc.).

Esta es la tesis que hemos sostenido en varios trabajos, tras reflexionar sobre el lugar que podría ocupar el factor de atribución —de cuya presencia nos ha costado despojarnos por el peso de la tradición que tiene en la doctrina nacional—. Pero lo cierto es que llegamos al convencimiento de que es un concepto estéril o inane (o inútil).

Sebastián Picasso, que adhiere a nuestras ideas, trata de ubicar el factor de atribución dentro del incumplimiento. Se trataría de un factor de atribución "intrínseco" —*que, al cabo, no se independiza del incumplimiento*—, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad aquiliana, en la cual existe un factor de atribución "extrínseco", pues no hay obligación preexistente, sino un deber genérico (el *alterum non laedere*) que pesa sobre todos los miembros de la comunidad, pero que no concede derecho subjetivo a ninguno de ellos (Santi Romano, Busto Lago, etc.).

Lo "intrínseco" y "extrínseco" conformarían una diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual, entre otras, que obstaría a la absoluta *reductio ad unum* de las dos órbitas.

III. Insistimos en que este modo de razonar es realista y parte del concepto mismo de obligación, la cual, en caso de ser incumplida, evidencia con plenitud el carácter de *vinculum iuris* (el binomio inseparable deuda-responsabilidad). La raíz de todo este proceso es una actuación de la tutela del crédito, que, al cabo, puede remontarse al fundamento de la fuerza obligatoria de los contratos. Para los clásicos, hacer honor a la palabra empeñada (Risolía); tal el sustrato ético del art. 1134 del Cód. Civil francés y de nuestro art. 1197. Y a tal fundamento, los autores modernos agregan que los contratos son medios de realización de intereses colectivos y, por ende, constituyen instrumentos de solidaridad social. La obligación —se ha dicho— es una trama, una

(3) En las fuentes romanas, la imposibilidad de pago originaria (*ad impossibilia nulla est obligatio*) traduce el principio lógico de no contradicción al sancionar con la nulidad el acto que crea una prestación irrealizable ab initio, en tanto que la imposibilidad sobrevenida de la prestación exonera de responsabilidad al deudor con sustento en el *casus a nullo praestantur*. No obstante, es menester manifestar que dentro del periodo bizantino del derecho romano y en tiempos del derecho común existieron marchas y contramarchas en derredor de estos conceptos.

urdimbre, un tejido, un pedazo de la vida social (Díez-Picazo).

Por tanto, la culpa en la responsabilidad contractual, en las funciones que le caben, no da margen para discurrir acerca de si ella (la culpa) es norma de clausura o si no lo es.

IV. En materia extracontractual, la culpa está consagrada en el art. 1109 del Cód. Civil, inspirado en el art. 1382 del Cód. francés (el contenido de la norma tiene su símil en casi todos los códigos del mundo). También la culpa aparece en la responsabilidad personal del funcionario público (art. 1112), lamentablemente desnaturalizada por algunos autores del derecho administrativo con teorías desacertadas. Acaso, podría discurrirse en torno a si la responsabilidad de los padres (art. 1114, Cód. Civil) es subjetiva u objetiva (hemos emitido opinión tiempo atrás en un trabajo que realizamos con Jorge A. Mayo).

Por otro lado, está muy claro que la responsabilidad objetiva ha sido consagrada en los arts. 1113, párrs. 1º y 2º —riesgo—, 1071 —abuso del derecho—, 2618 —riesgo o exceso de la normal tolerancia entre vecinos—, 1119 —riesgo—, etcétera.

En este orden de ideas, desde hace muchos años pensamos que la culpa no es regla general y, que, por consecuencia, los factores objetivos no son de excepción (el riesgo no entró por la ventana, como se dijo a poco de ser sancionada la reforma de 1968). Asimismo, la culpa no es residual, ya que el riesgo tiene carácter expansivo.

Ciertamente, la responsabilidad por riesgo del art. 1113, párr. 2º, último supuesto, del Cód. Civil, fue aplicada para responsabilizar al fabricante no vendedor de un producto —lanzado al mercado—, antes de dictarse la Ley de Defensa del Consumidor, por cuanto dicho sujeto, pese a no ser dueño o guardián, en algún momento puso un riesgo en acción (o por otras razones análogas). Además, parte de la opinión doctrinal y jurisprudencial, interpretan que la mención dueño o guardián del citado art. 1113 es ejemplificativa y no taxativa; y por tal camino, se responsabilizó al conductor de un automóvil que no era dueño ni guardián, también debido a que puso un riesgo en acción. Por otro lado, gran parte de la doctrina ha aceptado la aplicación del art. 1113 en caso de daños ocasionados por actividades riesgosas sin el empleo de cosas (el citado texto, en su esencia, luego se plasmó en leyes para proteger, sobre todo, a los consumidores y a los que han padecido daños ambientales). Bajo otra luz, una importante doctrina aplica la equidad del art. 907, párr. 2º, del Cód. Civil —responsabilidad por daño involuntario—, para dar sustento a la reparación del perjuicio cometido en estado de necesidad (Brebbia).

En definitiva, la respuesta al interrogante en la responsabilidad extracontractual es negativa: *la culpa no es norma de clausura o válvula de cierre del sistema*.